Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ENCUESTA: EL MÉTODO COMPARADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN

La encuesta que sirve de pórtico al presente número versa sobre un tema perenne en toda rama del Derecho. Es sobradamente conocido que el influjo de las normas más señeras en la elaboración de las ulteriores es una constante, como nos narran los historiadores del Derecho, cuando abordan el ancho impacto del Derecho Romano o el influjo en cascada de los códigos napoleónicos y otros innumerables supuestos.

También es sabido que Aristóteles comparó ya unas constituciones de su tiempo para obtener las mejores pautas con que debería regirse la *polis perfecta*; pero con realismo hubo de reconducir este objetivo utópico al fin pragmático de extraer del método comparado las líneas que permitieran acercar a lo óptimo las normas básicas de un pueblo, también deudoras de su trayectoria histórica y de su realidad social.

Ciertamente la utilidad del Derecho Comparado es difícil de negar, pero no siempre los juristas vemos con nitidez el sentido del mismo y ello se puede dar también en nuestra disciplina, y nos parece que les ocurría a los redactores del Decreto de 1900 que la adjetivaron oficialmente: «Derecho Político español comparado con el extranjero», lo que se justificaba en una exposición de motivos, que no tenía desperdicio, por la «solidaridad que por numerosas causas es cada día mayor entre todas las naciones; y el sistema de libertad que en materia de extranjería por todas partes impera».

En el ámbito del Derecho Constitucional el constructivo influjo de las buenas constituciones está fuera de discusión, desde que los padres de la Carta Magna norteamericana reinterpretaron la revolución del parlamento inglés y desde que el primer liberalismo francés extrajo enseñanzas fructíferas de ambos precedentes. Como a su vez hicieron nuestros doceañistas gaditanos al elaborar con esmero nuestra gran Constitución de 1812. Más complejo ha sido el que, en ocasiones, sistemas políticos no democráticos utilizaran los modelos demoliberales a efectos meramente semánticos. Lo que permitió escribir, en su día, al profesor Ramiro Rico, con su habitual sentido del humor, que «el Derecho constitucional comparado es una enseñanza esencialmente imaginaria, donde reina supremo el *quid pro*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quo, pues se quieren comparar regímenes de mejor o peor funcionamiento práctico en el país de origen, con sus espectrales remedos e imitaciones en el país receptor. En los Estados Unidos, por ejemplo, algún que otro General ha llegado a Presidente por la vía constitucional del sufragio, mientras que en la Argentina, sea otro ejemplo, los generales derrocan casi habitualmente a los presidentes electivos, y suplen el vacío político así creado como Dios les da a entender. No hay mucho que comparar —concluía Ramiro Rico en 1974— si somos sinceros».

Pero, aunque en ocasiones el método comparado haya servido de mera hoja de parra, con la que sistemas dictatoriales han intentado tapar las vergüenzas de sus leyes fundamentales meramente nominales, en la consagrada terminología de Karl Loewenstein, la comparación es fructífera, aunque la imitación de modelos lejanos, nacidos en contextos muy diferentes, no sea siempre fecunda. Recordamos la anécdota de un diputado tradicionalista que en un debate parlamentario durante nuestra Restauración objetó a quien desde la tribuna defendía como modelo una institución norteamericana: «El problema de los ejemplos que se traen desde muy lejos es que merman mucho en el transporte».

Desde ese ángulo, probablemente, en el actual contexto de lenta pero progresiva integración política de Europa, la consideración e incluso imitación de los tipos modélicos de formas e instituciones constitucionales, dotadas de prestigio cierto, se ofrece como un método fiable para el perfeccionamiento de las análogas, pero no tan perfeccionadas, de otros países de la Unión Europea. ¿El mimetismo y aún el plagio de soluciones jurídico-constitucionales en Europa por parte de otros países de la Unión dotados de instituciones perceptibles es recomendable? ¿En consecuencia, debemos los constitucionalistas españoles prestar mayor atención a un buen uso del método comparado, para extraer frutos de él?

Para afrontar estos y otros interrogantes, nuestra revista ha invitado a algunos de nuestros colegas, que vienen prestando atención a la cuestión, a contestar las abiertas preguntas de nuestra encuesta y a ilustrarnos con sus doctas respuestas. Las ofrecemos a los lectores interesados en extraer finas conclusiones sobre el uso del método comparativo para el avance de nuestro constitucionalismo vigente.

CUESTIONES

1. ¿Qué nos quiere decir sobre el papel que, a su juicio, desempeñó el Derecho Constitucional Comparado europeo como inspirador en la elaboración de nuestra Constitución vigente y/o en las principales leyes que la desarrollan?

2. ¿Qué desea destacarnos del rol de Derecho Constitucional Comparado como inspiración útil para el desempeño por nuestro Tribunal Constitucional de su función interpretativa de nuestra Lex Superior?

3. ¿Opina que, por lo general, los especialistas de las diversas ramas del Derecho, incluido el Derecho Constitucional —de especial dignidad material y formal bien

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conocida— debemos progresar en nuestros estudios con conciencia de las raíces históricas propias de las normas, pero con la vista puesta en los mejores modelos que ofrece el Derecho Comparado?

4. Los especialistas españoles en Derecho Constitucional, en su opinión ¿a la hora de estudiar Derecho Comparado, más allá de los grandes modelos históricos británico y norteamericano, deberíamos ser eurocéntricos? Concretamente ¿podríamos trasladar parte de las energías empleadas en estudiar derecho constitucional latinoamericano, u otro lejano, a profundizar en el conocimiento de los mejores sistemas constitucionales europeos?

5. ¿Piensa que sería una contribución positiva a posibles reformas de nuestra Constitución, sobre sus aspectos más mejorables, desplegar un esfuerzo de estudio sobre las mejores fórmulas que sobre la materia contienen otras constituciones europeas?

6. Recordamos que durante el periodo del Régimen franquista se escribieron buenos manuales de Derecho Constitucional Comparado, como los de los profesores García Pelayo o Jiménez de Parga, que eran textos muy recomendados en segundo curso de licenciatura. Al aprobarse la Constitución de 1978, lógicamente esta pasó a protagonizar la docencia de la disciplina. ¿Estima que en la actualidad tendría sentido didáctico sumar dosis de Derecho Constitucional Comparado en el grado o en estudios de postgrado? En caso de respuesta positiva ¿nos podría exponer qué enfoque recomendaría usted seguir?

ENCUESTADOS

BENITO ALÁEZ CORRAL. *Universidad de Oviedo*
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN. *Universidad de Granada*
RAUL CANOSA USERA. *Universidad Complutense de Madrid*
MARIA JESÚS GARCÍA MORALES. *Universidad Autónoma de Barcelona*
JAVIER GARCÍA ROCA. *Universidad Complutense de Madrid*
PABLO PÉREZ TREMPS. *Universidad Carlos III*

RESPUESTAS

1. *¿Qué nos quiere decir sobre el papel que, a su juicio, desempeñó el Derecho Constitucional Comparado europeo como inspirador en la elaboración de nuestra Constitución vigente y/o en las principales leyes que la desarrollan?*

BENITO ALÁEZ CORRAL

Es de sobra conocido que la CE de 1978 tuvo una marcada inclinación hacia el método comparado en su elaboración, lo que explica que el texto constitucional esté plagado de disposiciones normativas que trataron de incorporar instituciones y modelos constitucionales ya existentes en otros países de nuestro entorno

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

occidental, tratando así de superar las décadas de desconexión y aislamiento de nuestro país con respecto al constitucionalismo europeo que conllevó la dictadura franquista. Muchas de estas incorporaciones del derecho comparado han sido muy provechosas para el Derecho Constitucional español. Así sucede, por ejemplo, en materia de derechos fundamentales con los principios rectores del Capítulo 3º del Título I CE, inspirados por el constitucionalismo italiano, o con la figura del Defensor del Pueblo, creado con base en el Ombudsman sueco; en materia de fuentes del derecho con la Ley Orgánica o el Decreto-Ley, figuras normativas de claro cuño francés; en materia de relaciones gobierno-parlamento con la moción de censura constructiva o la cuestión de confianza (arts. 113 y 114 CE), diseñadas a imagen y semejanza de la *Grundgesetz* alemana para dar estabilidad al Gobierno; en materia de organización territorial del Estado con la denominada «coacción federal» prevista por el art. 155 CE siguiendo la tradición de Estados federales como el alemán; o finalmente en materia de jurisdicción constitucional con un Tribunal Constitucional cuya composición y competencias se asemejan también a las previstas para el *Bundesverfassungsgericht* alemán.

Sin embargo, no todo son luces en esta especie de globalización material que conlleva la europeización de nuestro Derecho Constitucional y la misma no siempre tiene por qué ser positiva. De un lado, algunas de las instituciones normativas antes mencionadas, a pesar de presentarse en abstracto como normativamente funcionales, han manifestado con el tiempo disfuncionalidades a la luz de los contextos políticos en los que han tenido que ser aplicadas. Tal es el caso, por ejemplo del abuso del Decreto-Ley o de la poca *auctoritas* que parece reconocerse al Defensor del Pueblo. Pero, además, dado que las estructuras constitucionales no siempre son idénticas, también puede resultar disfuncional la traslación normativa descontextualizada y automática de instituciones o regulaciones constitucionales de otros países. Tal sería el caso, por ejemplo, de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE, importada de sistemas federales como el alemán, pero que tiene su razón de ser en un reparto de competencias concurrentes, inexistente en nuestro Estado de las Autonomías, que está dando lugar en los últimos años a una cambiante y muy discutible jurisprudencia constitucional sobre la misma.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Se trata de una influencia muy importante, como es conocido, y que se extiende a muchos ámbitos de nuestro ordenamiento institucional, desde la vertiente institucional a la regulación de los derechos fundamentales, pasando por la organización territorial. En algunos casos se trata de una influencia de ida y vuelta, como ocurre con la regulación del Título VIII en relación con el Estado regional italiano, a su vez deudor de la formulación constitucional de la Segunda República española. En otras ocasiones, se produce, como indica Peter Häberle, una evolución gradual en los textos jurídicos, por medio de la cual, técnicas e institutos que

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estaban en otros ordenamientos en el nivel legal —como es el caso del voto particular en la jurisdicción constitucional— se incorporan al nivel constitucional, generando así nuevos desarrollos en el patrimonio constitucional común. En general, puede decirse, también con Peter Häberle, que nuestra Constitución ha participado activamente en lo que él caracteriza como procesos de producción y recepción en materia constitucional, recibiendo influencias de otros textos constitucionales pero realizando también sus propias aportaciones. En un tiempo en el que se cuestiona, con excesiva ligereza en ocasiones, el valor de nuestra Constitución, no está mal recordar que no solamente ha cumplido funciones esenciales en relación con la sociedad española sino que también ha generado nuevos desarrollos que se proyectan sobre el constitucionalismo de nuestra época. Todo ello sin perjuicio de indicar, naturalmente, que las cláusulas de reforma de la propia constitución tienen igualmente el sentido de hacer posible su adaptación a las transformaciones sociales y que, desde esa perspectiva, nuestro texto constitucional hace ya mucho tiempo que debería haber sido objeto de reformas en diversos ámbitos.

RAUL CANOSA USERA

Como en el caso de la Constitución de 1812 o en la de 1931 y en tantos otros, el conocimiento de las experiencias constitucionales ajenas, y no sólo de las europeas, fue siempre un elemento que se tuvo cuenta. El proceso constituyente que desembocó en la aprobación de la Carta de 1978 no fue una excepción, pero parece que entonces resultaron más útiles las concretas experiencias de ciertos ordenamientos extranjeros, señaladamente el alemán y el italiano que, como es de sobra conocido, influyeron sobremanera en el proceso de elaboración de la Constitución de 1978 y de las leyes que la vinieron a desarrollar.

Piénsese, por ejemplo, como la construcción de nuestra justicia constitucional no recorrió tanto los caminos seguidos por el sistema de nuestra segunda República, sino que adoptó las fórmulas de justicia constitucional concentrada, experimentadas en Italia y, sobre todo, en Alemania. A esta última también debemos, por ejemplo, el voto de censura constructivo, así como la mención expresa del contenido esencial de los derechos o el efecto de vinculación a los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. De Italia importamos la institución del Consejo General del Poder Judicial o la fuente normativa «decreto ley». Otra novedad rigurosa en nuestro constitucionalismo fue la introducción de la institución del Defensor del pueblo, adoptando no sin dificultades la de otras latitudes constitucionales.

En todas estas novedades me parece que primaron más los estudios de derechos extranjeros, de honda raigambre entre nosotros durante el franquismo. Desde luego hay que admitir que los estudios de genuino Derecho comparado, que también los hubo, influyeron igualmente, pero se buscaban más bien modelos específicos, soluciones concretas, que no siempre se hallaban en el puro

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Derecho comparado, sino en investigaciones instrumentales o en los análisis de determinadas experiencias extranjeras que ayudaron, primero, a construir nuestro nuevo Derecho constitucional y, luego, a comprenderlo.

Desde luego el constituyente español se desenvolvió con la vista puesta en un marco europeo de Estado constitucional, social y democrático de derecho que presuponía ciertos elementos centrales, presentes en todas las constituciones europeas coetáneas. Y este contexto (resumido en aquella frase hecha de «países de nuestro entorno) implicaba, de una suerte u otra, una comprensión global, abarcadora, explícita e implícitamente, de una consideración comparada. Esta aproximación teórica es patente en las obras generales de Derecho constitucional cuyo influjo recibimos y que en la doctrina española comenzaron a aflorar. En todas ellas el tratamiento de los conceptos generales no se hacía en el vacío, sino con referencia a realidades constitucionales nacionales. Ahora bien, la pretensión de estas obras, aun refiriéndose a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y coincidiendo parcialmente en este punto con el objeto del Derecho comparado, no era tanto la de este último —hallar las similitudes y diferencias— como la de crear conceptos generales válidos para entender cualquier realidad constitucional concreta, así que el método empleado no era el comparatista.

Mª JESÚS GARCÍA MORALES

Es una afirmación recurrente que el Derecho Constitucional Comparado europeo desempeñó un papel crucial en el proceso de elaboración de la Constitución española de 1978. Más allá de un terreno común, como es el acuerdo que concita la utilidad del Derecho Comparado en el momento de elaboración de un nuevo texto constitucional (y, como se verá después, de su reforma), me gustaría destacar aquí dos de los extremos que han situado a España como un país «importador» de Derecho Constitucional Comparado: por un lado, el contexto de elaboración de nuestra Carta Magna, y, por otro, la abundante recepción de influencias extranjeras y sus efectos en la Constitución española de 1978.

Por lo que respecta al contexto, el elemento cronológico en sí mismo ha contribuido obviamente a la importancia del Derecho Comparado en nuestro texto. La comparación constitucional jurídica resulta especialmente propicia y potencialmente útil en el caso de la Constitución de 1978. España llegó mucho más tarde al movimiento constitucional que se inició tras el final de la II Guerra Mundial en países de nuestro entorno, como Francia, Italia y Alemania. Sin embargo, esa misma circunstancia es la que favoreció que el constituyente contara con el acervo constitucional comparado especialmente de aquellos países con una trayectoria ya dilatada (en algunos casos de más de treinta años) respecto a la novel democracia española.

Más allá de ello, el contexto histórico-político, las propias y específicas circunstancias de acceso a la vida constitucional en España, convirtieron al Derecho

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Constitucional Comparado en un elemento insoslayable para el constituyente español. La elaboración de la Constitución de 1978 se realizó en el periodo de transición de la dictadura a la vida en democracia, esto es, no se trataba solo de aprobar una nueva Constitución, sino de un cambio de régimen. Por ello, el Derecho Constitucional Comparado —con tradición en nuestras Facultades de Derecho, pues se cultivó con buenos manuales durante el franquismo (como se indica en la última pregunta de este cuestionario)— se revelaba no sólo como un útil instrumento para conocer, y, en su caso, «importar» como se regulaban *ex constitutione* las instituciones en países democráticos, sino para dotar a España de unos estándares constitucionales homologables a los del resto de países de nuestro entorno.

Respecto a la concreta recepción del Derecho Constitucional Comparado, debería disociarse entre el *quantum* de la recepción, su calidad y el resultado final de la misma.

Con relación a lo cuantitativo resulta pacífico que no todas las Constituciones de países de nuestro entorno han tenido la misma importancia como elemento inspirador de nuestro propio texto constitucional. Sin perjuicio del influjo de la Constitución francesa de 1958, de la Constitución italiana de 1947, o de la Constitución portuguesa, casi coetánea de la Constitución española, ciertamente ha sido la Ley Fundamental de Bonn y el Derecho Constitucional alemán los que mayor influencia han ejercido en nuestra Carta Magna. El motivo principal debería ser la reputada fama que precede a la Constitución alemana, sin desdeñar la labor de *think tank* que desempeñaron diversas organizaciones alemanas a través de la celebración de congresos nacionales e internacionales, durante la fase previa a la aprobación de la Constitución de 1978, lo que propició no sólo el conocimiento puramente de textos jurídicos, sino el intercambio entre academias (véase, en particular, la acción de la Fundación Friedrich Ebert en el documento de dicha fundación, *30 Años en España*, Madrid, 2006).

Un tema diverso es la calidad de esa recepción. Aunque no han faltado voces académicas de la época especialmente críticas por el no siempre aquilatado uso del Derecho Comparado (entre otras, la mera transcripción de preceptos sin reflexionar sobre la oportunidad de importarlos en España), resulta innegable la importante influencia del Derecho Constitucional Comparado durante la elaboración de la Constitución y en su texto final. Ese papel clave del Derecho Comparado en nuestra Constitución, fue puesto rápidamente de relieve por estudiosos extranjeros. Además, pudo constatarse ya en los primeros Comentarios a la Constitución española a cargo del Profesor Óscar Alzaga, donde artículo por artículo, un apartado sobre «Derecho Comparado», tras los «Antecedentes» y «Precedentes históricos», daba cuenta de las influencias extranjeras antes de la sinopsis de cada precepto.

La Constitución española es, en términos del Profesor Pedro Cruz Villalón, una Constitución «aparentemente gemela» de la Ley Fundamental de Bonn, lo que se detecta en partes esenciales (y que configuran decisivamente la identidad de nuestra Constitución) que han sido «importadas» de la Constitución germana o se inspiran claramente en ella. A título de ejemplo, basta mencionar la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

recepción de la cláusula de Estado social democrático y de Derecho, el reconocimiento de la dignidad humana, el concepto de derechos fundamentales y la claramente germana categoría del contenido esencial de los derechos, el modelo de Tribunal Constitucional, la moción de censura constructiva e, incluso, en la organización territorial del Estado, a pesar de que la Constitución española no opta por el modelo federal de la Ley Fundamental de Bonn, sí se inspira claramente en ella, por ejemplo, en la coerción estatal del artículo 155 CE.

Más allá de la influencia del Derecho Constitucional Comparado en la recepción textual de preceptos concretos, debería también destacarse que el recurso a la comparación jurídica en la elaboración de nuestro texto constitucional trasciende lo textual. Desconozco si consciente o inconscientemente, pero dotarnos de una Constitución pergeñada de influencias extranjeras permitió no sólo acompasar nuestro texto constitucional con otros de nuestro entorno, sino, además, contribuir, así, a nuestro ingreso en la entonces Comunidad Europea y en el Consejo de Europa (dos organizaciones supranacionales a las que España, tras un largo aislamiento, aspiraba a ingresar) y en las que se exigía, para su pertenencia, la existencia de una Constitución y una vida constitucional equiparable al resto de Estados miembros, con instituciones democráticas, la garantía del Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos.

JAVIER GARCÍA ROCA

Sobre el influjo, a veces fue una recepción directa, del Derecho Constitucional Comparado en la Constitución española debe recordarse que nuestra ley fundamental se inserta en una generación de constituciones europeas que nacen tras la segunda posguerra: la Alemana, la Italiana, la Francesa, la Portuguesa[1]. Una familia de Constituciones que heredaron muchas cosas del constitucionalismo clásico del período de entreguerras, pero que albergan acusadas diferencias: el rechazo a la doble confianza del gobierno y al asamblearismo y, en definitiva, la preocupación por la gobernabilidad, un cierto escepticismo hacia la democracia directa o participativa que ya se había ensayado sin éxito en las Constituciones de los Länder, la definitiva consolidación de la justicia constitucional, una mejor garantía de los derechos y de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad ante la terrible experiencia de los totalitarismos, etc.

La recepción tardía en España del Derecho Constitucional que se hacía en Europa nada menos que treinta años más tarde se debió evidentemente a la

1 Algunas de mis respuestas emanan de un trabajo anterior escrito en contestación a otra encuesta en el escenario comparado europeo. Véase «El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España» en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi,* 2013 pp. 459-475, luego publicado en *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 14, 2014, pp. 1 -17. He vuelto a replantearme y a completar mis afirmaciones.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dictadura que nos separó —sin demasiado éxito— del continente, la cultura liberal-democrática y el proceso de integración económica europea, generando un retraso que nos ha costado superar. Pero lo hemos hecho. Este lapso de tiempo puede llevar a pensar que España y Portugal, el tardío constitucionalismo ibérico que emana de las transiciones a la democracia de los años setenta, representan un escalón posterior del constitucionalismo europeo. Algunas diferencias existen v.gr. en derechos. Pero creo que los rasgos de sus constituciones son esencialmente los mismos que los del modelo europeo de la segunda posguerra. Así es en cuestiones centrales como son la división de poderes, el sistema parlamentario o semipresidencial, el estado social, la justicia constitucional, e incluso también respecto de los derechos. La afirmación es más discutible en el caso portugués por el impacto de su proceso revolucionario que llevó a algunos ensayos fallidos y a excesos en la idea —limitada— de constitución dirigente.

Este rezago generacional supuso graves inconvenientes políticos y económicos, pero al tiempo ciertas ventajas. Nos permitió recibir en España el influjo de estos textos no sólo en sus normas sino también en sus experiencias en el desarrollo constitucional y en su funcionamiento real. Aunque no siempre observáramos bien los defectos en la realidad constitucional que importábamos. La recepción tuvo lugar no sólo al aprobarse la Constitución española sino también en los desarrollos legales posteriores y en las bases de la jurisprudencia constitucional. Mencionaré algunos ejemplos manifiestos.

De Alemania tomamos el diseño del parlamentarismo racionalizado alemán —muy diverso al británico— «como factor de estabilidad gubernamental», que inspiró el parlamentarismo español, aún si cabe más racionalizado, formalizado y previsible. Así el diseño del fuerte principio de liderazgo presidencial o de canciller que aminora otros principios, la moción de censura constructiva y el sacrifico de la responsabilidad política en aras a la gobernabilidad. Al servicio del mismo, se construyó en la transición, de cosecha propia, un sistema electoral proporcional, pero de hecho mayoritario, dadas las fuertes primas de sobrepresentación que se ofrecían a los dos primeros partidos en detrimento de los más pequeños de ámbito nacional. Un modelo de representación y parlamentarismo cuyos ingredientes deberíamos hoy replantearnos con prudencia, para perfeccionar nuestra democracia representativa, contemplando como referentes el flexible parlamentarismo británico y al tiempo la proporcionalidad personalizada alemana en las elecciones. Pero ese sistema era lógico entonces, huyendo de una Dictadura, y sin albergar experiencias en partidos políticos, la bestia negra del franquismo. Nuestros padres constituyentes fueron sabios, pero ya no los tenemos y han cambiado los tiempos. Debemos crecer solos como adultos.

De Alemania vino la idea de Estado social de Derecho, de estado de bienestar, y la regulación de algunos derechos, si bien no los sociales. Así como varios ingredientes del federalismo cooperativo como son los mecanismos verticales de colaboración y el sistema ordinario de financiación y de compensación, y otras técnicas que hemos usado con éxito en el Estado autonómico, o no hemos usado,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pese a que estaban en la Constitución, como la prevalencia del Derecho estatal o la coacción estatal e intervención federal.

Del mismo lugar, vino parte del diseño de la jurisdicción constitucional, sobre todo el controvertido recurso de amparo ciudadano frente a las violaciones de derechos y sus desbordamientos y sucesivas correcciones que han casi monopolizado nuestra justicia constitucional y es la parte más débil. También el recurso directo a instancias de las fracciones o minorías parlamentarias, y la cuestión de inconstitucionalidad que plantean los órganos judiciales, si bien la situación del juez español es intermedia entre el modelo alemán y el italiano a la hora de plantear la cuestión.

De Italia se tuvo presente, entre otras cosas, la idea de Estatuto de Autonomía como ley estatal, la descentralización en dos tipos de regiones, de Estatuto ordinario y especial, la figura del delegado del Gobierno, aunque no introdujéramos un control político de los intereses regionales frente al nacional. Un modelo regional, hoy en crisis aquí y allí, que a su vez había tenido en Italia el impacto del Estado integral de la Constitución republicana de 1931, y ya estaba en crisis a finales de los años setenta. Siempre lo estuvo, pues tardó más de dos décadas en implantarse y ahora la fallida reforma Renzzi ha intentado frenarlo. Recuerdo bien los problemas del diseño y de su implantación por mis lecturas como doctorando en los primeros años ochenta durante nuestra estancia en la Corte Constitucional de Roma con Pablo Santolaya. Italia es uno de los países que más comisiones de reforma constitucional ha creado y menos la ha aplicado. Quizás no advertimos bien en los años setenta y ochenta los defectos del modelo regional frente al buen federalismo y ahora lo pagamos.

He estudiado en otros lugares el continuado y evidente influjo de los Reglamentos parlamentarios italianos en los nuestros, y, en particular, las similitudes e influencias en el diseño y la comprensión de la esencial función parlamentaria de control[2], pero no puedo detallarlo aquí. Dije allí que la homogeneidad normativa abre la puerta a un Derecho Parlamentario comparado italo-español. Pero no se ha hecho.

Es muy notorio el influjo del excelente Derecho Procesal Constitucional italiano en nuestro Tribunal Constitucional: en la regulación de su organización y la elección de los magistrados, en competencias y procesos, en particular, en los conflictos de competencias territoriales y la cuestión de inconstitucionalidad, y luego en muchos de los criterios originarios de la jurisprudencia como la —discutible— aplicación del test de razonabilidad.

También en el sistema de fuentes del Derecho: la categoría italiana de ordenamiento jurídico recibida en 1974 en el Título Preliminar del Código Civil y la

2 «Lucas Verdú y las influencias entre constitucionalistas italianos y españoles. El ejemplo de los Reglamentos parlamentarios» en *Jornada de estudio en memoria de Pablo Lucas Verdú*, Bologna University Press, 2015, pp. 137-156. En colaboración con Renato Ibrido: «El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas» en *El control del gobierno en democracia,* Francesc PAU (dir.), Tecnos, Madrid, 2013, pp. 105-136.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

exégesis sistemática a la que aboca, la comprensión de los principios de jerarquía y competencia en la ordenación de las fuentes, en la regulación constitucional demasiado flexible y expansiva de los decretos leyes —aún más en España porque la ley de conversión no es necesaria—, en los decretos legislativos, en la naturaleza jurídica de las leyes regionales, etc.

Igualmente, de Italia tomamos la idea de las asociaciones judiciales, que tan malas prácticas como la *lottizzazione* en los altos nombramientos judiciales ha generado, y, en buena parte y entre otros modelos, la incorporación del Consejo General del Poder Judicial, sin duda, el órgano constitucional que menos pacíficamente se ha asentado en nuestra división de poderes, pues ya vamos por el cuarto desarrollo legal sin alcanzar una consolidación de su forma de elección, composición, dimensiones e incluso un acuerdo algunas de sus funciones.

Me he ocupado durante dos décadas del impacto de la declaración de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, un instrumento constitucional del orden público europeo y el germen de un nuevo *ius commune* que deja poco margen para los *iura propria*. Muchas de sus normas se recibieron en nuestra Constitución, y más tarde las líneas principales de la jurisprudencia de Estrasburgo permitieron sentar las bases de nuestra jurisprudencia constitucional sobre derechos desde un acertado diálogo que se ha mantenido. El Tribunal Constitucional se ha ido haciendo poco a poco más sensible al estudio del *acquis conventionnel*.

Podríamos seguir, pero es patente que la Constitución española es sobre todo derivada o escasamente originaria, siguiendo la conocida terminología de Löewenstein. Quizás esta tendencia a incorporar normas e instituciones ya experimentadas en cuanto —más o menos— exitosas haya sido una de las principales virtudes de nuestra Constitución[3]. Donde hemos inventado técnicas jurídicas, como ha ocurrido con el Estado autonómico, los resultados no han sido tan buenos, acaso porque nos faltaban conocimientos constitucionales y experiencias en los años setenta para crear cosas.

PABLO PÉREZ TREMPS

Creo que es fácil estar de acuerdo en el importante papel que tuvo el Derecho Constitucional Comparado europeo (más bien Derecho extranjero) para el constituyente y para el legislador de desarrollo constitucional. Ello por otra parte es muy comprensible. Por un lado no existía tradición constitucional en España y la que pudiera haber había quedado truncada por el régimen autoritario y por tanto «no constitucional» del General Franco. Por otro lado, y como consecuencia de

3 Debe recordarse el viejo trabajo de Santiago Varela: «La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional Comparado», en T.R. Fernández (Coord.): *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, UNED, Madrid, 1979, pp. 13-30.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ese «desierto» doctrinal, los estudios del entonces denominado «Derecho Político» habían tenido uno de sus objetos (refugio) en el Derecho Constitucional Comparado; L. López Guerra lo ha expuesto recientemente con precisión. Por último, y en íntima conexión con lo anterior, hay que tener presente que algunas experiencia constitucionales extranjeras, muy singularmente la de la República Federal de Alemania y la de Italia, guardaban un cierto paralelismo con el reto constitucional español, pasar de un régimen autoritario a uno democrático, por lo que se convirtieron claramente en puntos de referencia para el constituyente y el legislador español.

2. *¿Qué desea destacarnos del rol de Derecho Constitucional Comparado como inspiración útil para el desempeño por nuestro Tribunal Constitucional de su función interpretativa de nuestra Lex Superior?*

BENITO ALÁEZ CORRAL

Creo que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido afortunadamente muy en cuenta desde sus comienzos el relevante *rol* referencial que debe desempeñar el Derecho Constitucional Comparado en la interpretación del nuestra Constitución. Pero lo ha manejado, en general, con un adecuado respeto a las estructuras constitucionales que existen en nuestro sistema jurídico y, por tanto, nunca lo ha tenido en cuenta en la construcción de sus razonamientos interpretativos de forma descontextualizada. Así ha sucedido, sobre todo, por ejemplo, en materias como la teoría general de los derechos fundamentales, de inspiración mayormente germánica, en las que construcciones dogmáticas foráneas de conceptos como los de contenido esencial o principio de proporcionalidad han influido decisivamente en la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional de los mismos. Pero también en relación con la interpretación del alcance de concretos derechos fundamentales, como el derecho a contraer matrimonio o el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre otros, con respecto a los cuales nuestro alto tribunal ha tenido en cuenta el consenso o la ausencia de él en el Derecho Comparado respecto de la integración de determinadas facultades o medidas en el contenido constitucional de aquéllos. Y así debería seguir siendo, en mi opinión, siempre que esta toma en consideración se realice dentro de este marco de adecuación a las estructuras constitucionales propias del ordenamiento receptor.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Esta función inspiradora del Derecho comparado tiene que ver en gran medida con la propia influencia que tuvo en el proceso de elaboración de la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Constitución. Es natural, por ejemplo, que una vez que se incorpora a nuestro sistema constitucional la garantía del contenido esencial de los derechos, procedente del constitucionalismo alemán, se utilice posteriormente la doctrina del TCFA para establecer los criterios a partir de los cuales se puede determinar ese contenido o para incorporar principios como el de proporcionalidad, que tan útil ha sido en los procesos constitucionales relativos a derechos fundamentales. Por otro lado, el hecho de que nuestra Constitución forme parte del modelo de las constituciones normativas, conlleva necesariamente una atención a la labor jurisprudencial de los tribunales constitucionales vecinos, especialmente el italiano y el alemán, aunque también el portugués o el Consejo Constitucional francés. Algunos de estos tribunales tienen servicios de estudios dedicados al Derecho comparado, para la preparación de informes que permitan tener una visión amplia de las distintas soluciones jurisprudenciales que se han dado a problemas que son comunes. En otras ocasiones se recurre a la doctrina, incorporando estudios procedentes de congresos o seminarios en los que participan académicos de distintos países. Por lo que se refiere a las instancias jurisdiccionales supranacionales, el recurso al Derecho comparado es consustancial para el ejercicio adecuado de sus funciones, tanto en el TJUE como en el TEDH, en la configuración del parámetro de enjuiciamiento y en la definición de los límites o los condicionantes de aplicación del derecho supranacional. En todo caso, queda todavía mucho trabajo por hacer en esta labor de comparación jurídica previa a la argumentación judicial, que es fundamental incluso cuando las respuestas que se ofrecen sean diferentes y se descarten al final las soluciones ofrecidas por otros sistemas jurídicos. El derecho comparado no solo nos enseña el camino correcto a seguir sino que también puede servir de contraste justamente para dar soluciones distintas a las que se han dado en otros países. Pero, incluso en esas ocasiones, es importante el conocimiento previo de lo que se ha hecho por otros tribunales constitucionales, porque de ese modo se puede depurar el proceso argumentativo propio y ofrecer respuestas más sólidas a los problemas que se plantean. Resulta procedente recordar aquí la teoría häberliana del Derecho comparado como «quinto método de interpretación jurídica», que sintetiza la creciente relevancia del Derecho comparado en el proceso de interpretación y aplicación de las normas.

RAUL CANOSA USERA

Señala Pizzorusso, en su *Curso de Derecho comparado*, que el juez es el usuario por excelencia del análisis comparatista. No puede extrañarnos, pues, la atención prestada por el Tribunal Constitucional español al devenir constitucional de otras latitudes, y en particular, por lo decidido por otros tribunales constitucionales. Ya en una de sus primeras sentencias, la relativa a la huelga, nuestro alto Tribunal (STC de 8 de abril de 1981) siguió la estela marcada por la Corte Constitucional italiana acerca de la «huelga general» y declaró inconstitucionales los impedimentos para

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

su realización que el Real Decreto 17/1977 contenía. Y no olvidemos cómo nuestro Tribunal Constitucional construyó y continúa reconstruyendo su doctrina sobre los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *ex* artículo 10.2 de la Constitución.

Una vez más podríamos preguntarnos si, en casos así, estamos ante influencias comparatistas o ante simples préstamos tomados de experiencias ajenas. No es fácil responder a esta cuestión cuando se trata de resolver casos concretos, pero lo cierto es que en especial los máximos tribunales —desde luego el Tribunal Constitucional español— emplean lo resuelto en muchas materias por otros tribunales importantes y son útiles entonces los estudios que analizan diferentes soluciones jurisprudenciales comparándolas. Estos análisis son al menos parcialmente comparatistas ya que su objeto no se ciñe a un ordenamiento concreto, sino que aborda las distintas soluciones alcanzadas en una pluralidad de ellos y así se hallan diferencias y semejanzas. Estos análisis muestran que jurisprudencias diversas, aun interpretando órdenes jurídicos distintos, van con frecuencia alcanzando soluciones parejas porque parten todas de los mismos principios inspiradores, estos sí casi idénticos en todos los ordenamientos constitucionales. Tal cosa sucede sobre todo en materia de derechos fundamentales cuya proyección es también notable en la vida de las instituciones a través de la compresión de los derechos de participación que materializan el principio democrático.

Se ha hablado con razón, aunque a veces con alguna frivolidad, de un *Ius commune* y de un diálogo entre tribunales, diálogo que presupone un cierto Derecho comparado, es decir, una investigación comparatista de jurisprudencias diversas que llegan, empero, a las mismas soluciones. Por lo tanto, son utilísimos los análisis jurisprudenciales comparatistas, tanto los puros como los instrumentales.

En rigor estas investigaciones acerca del llamado «diálogo» entre tribunales son muy provechosas al aportar soluciones, en cierto modo estandarizadas, que pueden utilizar los máximos intérpretes de los derechos. Y esto es particularmente cierto si recordamos la función que cumple el precitado artículo 10.2 de la Constitución española que, como es notorio, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de hacer suyas interpretaciones ajenas de los derechos fundamentales, gemelos de los constitucionales, que reconocen los tratados sobre derechos suscritos por España. El citado artículo 10.2 implica por tanto la obligación de incorporar esa interpretación, lo que resalta la importancia de los estudios comparatistas en este terreno.

Mª JESÚS GARCÍA MORALES

En general, el recurso al Derecho Comparado por un Tribunal Constitucional debe servir para facilitar su tarea de máximo intérprete de la Constitución, lo que consiguientemente provoca la circulación de soluciones jurídicas entre

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tribunales Constitucionales y Tribunales supranacionales. Más allá de ese común denominador, en particular, en el caso español, me gustaría destacar en estas líneas algunos extremos sobre la influencia de la comparación jurídica en la labor de nuestro Alto Tribunal.

En un país como el nuestro donde tras cuarenta años de vigencia de la actual Constitución sólo se han llevado a cabo dos reformas de la misma, resulta particularmente interesante que el Tribunal Constitucional, en cuanto máximo intérprete de la Constitución, conozca el Derecho Comparado, no sólo la regulación constitucional, sino especialmente la interpretación que de la misma han hecho sus homólogos sobre problemas jurídico-constitucionales comunes que se han planteado previamente en aquellas jurisdicciones. En el ámbito europeo, los Tribunales Constitucionales son la principal aportación del Derecho nacional a las tradiciones constitucionales comunes (en alusión a la expresión que utiliza el art. 6.3 TUE), a la par que su jurisprudencia constituye una vía de recepción de las mismas.

En líneas generales, la jurisprudencia constitucional española ha estado atenta al Derecho Comparado y a los aspectos más emblemáticos de la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales europeos y de Tribunales transnacionales de ese mismo ámbito (en particular, del Tribunal Europeo de Derecho Humanos *ex* art. 10.2 CE, basamento constitucional de la recepción de su jurisprudencia en nuestro ordenamiento). Nuestro Alto Tribunal ha recurrido además a la comparación y a la búsqueda de soluciones jurídicas allende del ámbito europeo. En los últimos tiempos, ha sido particularmente habitual el recurso del Tribunal Constitucional a precedentes comparados no europeos sobre el presunto derecho de secesión y los referéndums de autodeterminación con motivo del proceso abierto en Cataluña (así el caso Texas vs. White, de 1868, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y sobre todo la frecuentemente citada declaración del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998, sobre el referéndum de Québec).

La jurisdicción constitucional española es, pues, una jurisdicción abierta al recurso de la comparación jurídica, tanto para asumirla en unos casos (por ejemplo, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales de su homólogo alemán), como para, conociéndola, distanciarse de ella, en otros (así, ha descartado entre nosotros el concepto de democracia militante, también del Tribunal Constitucional Federal, o ha renunciado, de momento, a construir un principio constitucional no escrito tan potente sobre la lealtad constitucional equiparable a la *Bundestreue* de la jurisprudencia alemana).

El recurso a la jurisprudencia comparada, especialmente cuando se difunde un determinado posicionamiento jurisprudencial, debería estar atento no sólo al primer pronunciamiento sobre el tema en un determinado país, sino a la evolución del mismo en el país de origen.

Esto conviene destacarse ya que hay algún supuesto en los primeros años de andadura constitucional donde nuestra jurisprudencia echó mano de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pronunciamientos de otras jurisdicciones constitucionales. En tales supuestos, nuestro *leading case* sigue siendo entre nosotros aquel primer pronunciamiento —y como tal sigue siendo citado y reiterado en pronunciamientos posteriores—, pero la jurisprudencia extranjera que allí sirvió de base o que fue invocada ya se ha visto superada por otras sentencias ulteriores en aquel país.

Esto ha sucedido, por ejemplo, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre control de contenidos y censura tempranamente abordada en la sentencia sobre el depósito de publicaciones, donde el nuestro Alto Tribunal sustenta un concepto de censura similar al mantenido por la Corte constitucional italiana y sobre todo por el Tribunal Constitucional federal alemán a principios de los años setenta (aunque no lo menciona expresamente, llama poderosamente la atención la similitud —casi identidad textual— de esa definición con el concepto de censura sustentado por el Alto tribunal germano).

En este caso, nuestro Tribunal ha hecho propio un posicionamiento de otra jurisdicción constitucional, pero no ha seguido siempre su evolución en el país de origen donde puede haberse matizado en sentencias ulteriores. Por ello, tan importante es conocer la interpretación de otras jurisdicciones, como observar la evolución de esa jurisprudencia en especial en aquellos casos donde el recurso a la jurisprudencia comparada fue temprano. Sólo la atenta lectura de esa evolución y la comparación jurídica puede mostrarnos por qué textos con el mismo tenor, a lo largo del tiempo, están abiertos o precisan una interpretación diversa.

JAVIER GARCÍA ROCA

En este terreno, la influencia comparada ha sido determinante y muy positiva. El Tribunal Constitucional sentó su organización, con mucho trabajo y prudencia y merced a una gran primera selección de sus magistrados por consenso y una excelente cosecha de primeros Letrados que les asistían, tras visitar otros tribunales europeos. Normalmente, se acuñaron las bases de la jurisprudencia constitucional conociendo las elaboraciones de sus homónimos europeos. La misma idea de jurisdicción constitucional, concentrada, es una elaboración típica de la cultura jurídica europea y no deben existir fronteras para los investigadores en su diseño y reforma; así lo procuré los muchos años en que centré mis investigaciones en estudios de Derecho Procesal Constitucional, y esto mismo creo hicieron mucho otros durante algo más de dos décadas.

Existe una conferencia de tribunales constitucionales europeos a la que se llevan periódicamente informes (recuerdo haber redactado uno con otros Letrados sobre la inexistencia de jerarquía entre las normas constitucionales, salvo en Turquía). Igualmente, la labor de instituciones como la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, con una espléndida web y constantes seminarios, ha sido útil para una aproximación regional comparada a las cuestiones propias de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la justicia constitucional, que se parecen mucho en todo el continente, como he podido comprobar cuando trabajé en ocasiones como experto independiente de la misma (recuerdo una interesante conferencia de tribunales constitucionales centroeuropeos y la introducción del recurso de amparo en Polonia, Azerbaiyán y Ucrania).

Ante los nuevos problemas (v.gr. es patente en el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de las leyes viejas o preconstitucionales, porque la sentencia recoge expresamente la polémica) ha sido un recurso habitual en la sede de Doménico Scarlatti reflexionar sobre las opciones en la jurisprudencia de otros tribunales europeos, especialmente, el alemán y el italiano. Claro está, siempre que esto era posible, lo que muchas veces no ocurría en el escenario del Estado autonómico por su originalidad. Recuerdo como Letrado del Tribunal Constitucional los informes de Derecho comparado que se hicieron en la casa v.gr. sobre la retroactividad de las leyes tributarias, o el desbordamiento del recurso de amparo y las soluciones organizativas comparadas.

Muchos de los criterios con los que la jurisprudencia constitucional ha interpretado los procesos emanan del diálogo o la importación de categorías de otros tribunales (v.gr. la vieja idea italiana, hoy obsoleta, de la *vindicatio potestatis* como vicio de los conflictos de competencia que he criticado doctrinalmente y tuvo que ser flexibilizada por la jurisprudencia). Cuando se ha discutido la insuficiente regulación por reenvío de la recusación de los magistrados constitucionales en la Ley Orgánica, tras el episodio nacional del Estatuto de Cataluña, no han faltado las referencias a la muy distinta y más lógica solución alemana. Referencias comparadas análogas se han hecho al criticar el nuevo y polémico incidente de ejecución de sentencias que se incorporó en 2015 y todavía sigue matizando la doctrina y el propio Tribunal.

Es, sobre todo, notorio que la reforma legal del recurso de amparo de 2007, la objetivación del mismo en torno a la admisión si existe trascendencia constitucional, estuvo influida por las sucesivas reformas en Alemania, aunque finalmente se desechara el grave daño a la parte. Una reforma esencial por la importancia estadística del amparo y las dilaciones estructurales indebidas que produjo muchos años y aún no han acabado de solventarse, pese a lo que se ha avanzado.

La interpretación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales en los procesos (artículo 24 CE), el precepto estrella y central en las labores del Tribunal, ha venido presidida mucho tiempo por un impreciso juicio de razonabilidad de las actuaciones judiciales, deudor de la *ragionevolezza* italiana, y es una de las razones por las que sus contornos han crecido tanto. En las ocasiones, más modernas, en que se ha usado el juicio de proporcionalidad se ha hecho siguiendo elaboraciones alemanas y europeas sin —creo— aportar rasgos nuevos y específicos. La proporcionalidad homogeniza o estandariza la interpretación constitucional en Europa.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La lista de los asuntos sería interminable tanto en la especificación de concretos derechos, como en los criterios de la interpretación constitucional y la configuración de los procesos constitucionales. Esta perspectiva abierta debe mantenerse.

Creo que el principal reto futuro en toda Europa es la europeización de las jurisdicciones constitucionales. La progresiva fusión de unos controles de constitucionalidad y convencionalidad, que no deberían continuar disociándose, adelantándose los tribunales constitucionales nacionales al control de Estrasburgo, aportando sus propias exégesis convencionales-constitucionales mediante una interpretación conforme de los derechos propios, aprovechando el margen que ofrece la lógica de la subsidiariedad. Pero esta labor ingente y novedosa no puede hacerlo un único tribunal constitucional y será preciso mucho diálogo judicial en la fase ascendente con Estrasburgo y también con Luxemburgo.

PABLO PÉREZ TREMPS

Creo que un somero conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite percatarse de esa inspiración, muy especialmente en sus primeros años de funcionamiento, pero no sólo. Es cierto, y así lo ha señalado la doctrina (S. Ragone), que nuestro Tribunal Constitucional, en la tradición general de los tribunales españoles, no es muy dado a citar expresamente ni jurisprudencia ni legislación ni doctrina foráneas y cuando lo hace es sólo de forma muy genérica («así lo pone de manifiesto la doctrina o la jurisprudencia extranjera», por ejemplo sin mayor concreción) o en asuntos muy concretos y específicos, en los que sí se ha citado en ocasiones alguna resolución foránea. Pero ello no oculta que en el trabajo diario del Tribunal esas doctrina, jurisprudencia y legislación —constitucional y ordinaria— son fuente habitual de la propia elaboración de la doctrina constitucional española. Ello sin contar con la llegada indirecta del Derecho extranjero a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que se hace confeso uso dado el mandato del art. 10.2 de la Constitución y también más recientemente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No puede olvidarse que en el trabajo de ambos órganos jurisdiccionales el Derecho Comparado supone un pilar, a veces incluso, como imperativo; piénsese en el juego del Derecho Comparado para fijar standars mínimos, o comunes, o para definir «tradiciones constitucionales comunes» o incluso para definir conceptos como el de «identidad constitucional», que, aunque esencialmente estatal, tiene en el Derecho Comparado uno de sus puntos de referencia.

3. *¿Opina que, por lo general, los especialistas de las diversas ramas del Derecho, incluido el Derecho Constitucional —de especial dignidad material y formal bien conocida— debemos progresar en nuestros estudios con conciencia de las raíces históricas propias de las normas, pero con la vista puesta en los mejores modelos que ofrece el Derecho Comparado?*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

BENITO ALÁEZ CORRAL

Sin duda que sí. Los problemas sociales a los que tenemos que dar respuesta los juristas en un mundo crecientemente globalizado son cada vez más comunes, y las respuestas tienen también a ser convergentes y a globalizarse materialmente. Aunque las estructuras político-constitucionales tienen raíces históricas particulares y aún no se han globalizado formalmente, como lo han hecho algunas regulaciones del mundo iusprivatista, no cabe duda de que el Derecho Comparado europeo tiene una necesaria consideración en la interpretación de nuestras normas constitucionales vigentes o en las propuestas de reforma constitucional *de constitutione ferenda* entre otras directamente por la vía de la base común que respecto de su entendimiento representan los valores del constitucionalismo desde las revoluciones ilustradas, pero también indirectamente por la vía de la interpretación conforme con los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que España es parte (art. 10.2), en la medida en que los órganos que interpretan dichos tratados (muy en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité Europeo de Derechos Sociales) toman en consideración el Derecho constitucional comparado de los Estados signatarios a la hora de construir el sentido obligatorio de los derechos convencionales. Además, esos valores constitucionales comunes aparecen enunciados muy genéricamente en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, y los derechos fundamentales, tal y como los recoge el Convenio Europeo de Derechos Humanos, también son parte de las tradiciones constitucionales comunes a la Unión Europea como principios generales conforme a lo dispuesto en el art. 6.3 TUE. Por ello, el conocimiento del Derecho Constitucional comparado de al menos los Estados de la Unión resulta imprescindible, junto con la interpretación del Tribunal de Justicia de la UE, para determinar lo que en concreto sean las tradiciones constitucionales comunes a los Estados de la Unión, parte de ese derecho supranacional que nos vincula como miembros de la Unión y que condiciona orgánico-procedimentalmente, cuando no también materialmente, nuestro propio Derecho Constitucional.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Desde luego. Por un lado es muy importante conocer el contexto en el que se incorporó una norma al ordenamiento y tener en cuenta la finalidad con la que se redactó y se promulgó. Pero, por otro lado, teniendo en cuenta el carácter dinámico que tiene todo sistema jurídico, no podemos desconocer que esa finalidad puede transformarse con el paso del tiempo, de manera que la misma norma puede servir para resolver cuestiones diversas de las que le dieron origen o, por el contrario, carecer ya de la funcionalidad para la que fue diseñada en su momento. En muchas ocasiones será el Derecho comparado el que nos permita comprender mejor ese sentido dinámico del sistema jurídico en la medida en que en otros países se hayan producido interpretaciones que nos resulten útiles para comprender

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esa evolución o que se hayan formulado nuevos institutos o técnicas a través de las cuales podamos configurar de manera más adecuada nuestro sistema normativo. En tiempos de globalización, esta apelación al derecho comparado resulta inevitable, no es algo opcional. La desconsideración del Derecho comparado solamente puede conducir a una debilidad creciente de la doctrina y la jurisprudencia y a una incapacidad progresiva para dar una respuesta adecuada a problemas compartidos en el contexto de la globalización. En el ámbito europeo, por otro lado, el recurso al Derecho comparado es ineludible, porque se trata de un principio metodológico que se inserta dentro de la estructura fundamental del Derecho constitucional supranacional en formación. Uno de los grandes problemas que tenemos en la actualidad es que las doctrinas nacionales siguen todavía centradas en el espacio nacional, abordando las temáticas constitucionales desde una perspectiva estrictamente interna y sin asumir las transformaciones esenciales que se han producido no solamente en nuestro Derecho constitucional sustantivo sino también en el tratamiento metodológico que debemos aplicar a la materia constitucional en tiempos de globalización y de integración supranacional. La materia constitucional no se sitúa ya exclusivamente en la Constitución nacional, sino que una parte de nuestro Derecho constitucional está fuera de nuestras fronteras y eso marca un cambio esencial que debe ser interiorizado por la comunidad de juristas para realizar adecuadamente nuestra labor.

RAUL CANOSA USERA

Nadie podrá negar la necesidad de situar las vigentes instituciones en la perspectiva histórica, con referencia no sólo a los antecedentes patrios sino también a los coetáneos de éstos en la experiencia de otros ordenamientos, comparándolos entre sí. Porque puede haber un Derecho comparado histórico o una Historia del derecho que incorpore elementos comparatistas.

Es obvio, por ejemplo, que el análisis de la declaración de derechos contenida en la Constitución de 1812 merece adentrarse en el estudio de los antecedentes históricos patrios, a los que invoca Argüelles en su Discurso preliminar a la Carta gaditana, pero es igualmente útil comparar aquella declaración con las francesas y americanas que la precedieron en no muchos años. En este sentido recuérdese la comparación entre estas últimas y las francesas desarrollada por Jellinek.

En definitiva, el conocimiento de nuestros antecedentes exige contextualizarlos comparativamente en su marco histórico. Por ejemplo, el parlamentarismo racionalizado por el que la Constitución de 1978 opta es el fruto del discurrir del constitucionalismo europeo que culmina en la Ley Fundamental de Bonn cuya moción de censura constructiva incorporamos. En este caso se tuvieron presentes: la historia del parlamentarismo patrio y comparado, así como el Derecho comparado en la materia para comprobar las diferencias y semejanzas y advertir, entre las primeras, las derivadas del parlamentarismo con alto grado de racionalización (el alemán) con otras

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que producían inestabilidad gubernamental (el caso italiano). Se optó por la vía alemana que era preciso conocer también con un análisis de Derecho extranjero.

En la materia apuntada como en otras que podríamos señalar, tuvieron que superponerse estudios de Historia del derecho español, de Historia del Derecho comparado, de genuino Derecho comparado y también de Derecho extranjero. Todos fueron útiles.

Mª JESÚS GARCÍA MORALES

Me resulta muy difícil pensar que los juristas y, en particular, los profesores de Derecho, puedan impartir docencia e investigar sobre su disciplina sin la aproximación al Derecho Comparado. El Profesor Peter Häberle afirmó hace años que además de los métodos clásicos de la interpretación jurídica —gramatical, histórico, sistemático y teleológico— los juristas debían también contar con el Derecho Comparado como herramienta hermenéutica al que él ha designado como «el quinto método de interpretación».

No cabe duda de que conocer no sólo el texto, sino el contexto, las raíces históricas, por qué, para qué y cómo se aprueba una norma, pueden obedecer a razones privativas y entenderse sólo en clave de la cultura jurídica y constitucional de un determinado país. Sin embargo, ello no es incompatible, sino al contrario, complementario, respecto a la pregunta de cómo está regulada esa cuestión más allá de aquel Estado.

En un mundo globalizado y europeizado se plantea de una forma particularmente intensa la necesidad de alejar el enfoque y ampliar el campo de visión más allá de las normas nacionales, conocer más allá del derecho propio y estudiar no sólo cuál, sino porqué ha sido la solución jurídica adoptada en otros países para buscar el punto en común, pero también la diferencia y, en su caso, abordar si podría importarse a nuestro sistema.

JAVIER GARCÍA ROCA

Creo que ha habido desde hace mucho tiempo un uso preferente y constante del Derecho comparado en nuestro Derecho Constitucional como método y criterio hermenéutico. Había ya una larga e ininterrumpida experiencia en la formación de los investigadores españoles en el extranjero en sus primeros años de carrera en particular desde las labores de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas iniciadas en la primera parte del siglo XX, y la tendencia no se ha perdido. Desde la aprobación de la Constitución, la apertura del Derecho Constitucional español al influjo de otros países de nuestro entorno se reforzó. Fue una comparación fundada en la necesidad. Necesitábamos concluir con urgencia nuestro desarrollo constitucional democrático en

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

muchas instituciones, carecíamos prácticamente de experiencia y tradiciones constitucionales propias, y tuvimos que acudir como referentes a la ayuda de otras experiencias europeas. Tengo la sensación de haber hecho eso toda mi vida como investigador y algunos años como Letrado al servicio del Tribunal Constitucional.

Este rasgo inicial no se ha perdido en nuestras investigaciones, pero puede haberse debilitado últimamente. A diferencia de otras doctrinas más solipsistas, endogámicas y nacionalistas, como la alemana, la británica y desde luego la estadounidense, saciadas con autorreferencias nacionales, las buenas monografías españoles suelen aportar citas de trabajos escritos en otras lenguas. Los estudios que se hacen sobre el freno constitucional al endeudamiento, los convenios de cooperación y los mecanismos de colaboración, o la financiación de las Comunidades Autónomas, o sobre los procesos constitucionales, o las fuentes del Derecho, o los derechos fundamentales y cualesquiera otros asuntos suelen tener abundantes referencias legales, jurisprudenciales y doctrinales del Derecho de otros ordenamientos europeos. Existe la creencia generalizada de que no es normalmente posible la investigación sin el recurso a una metodología comparada. El propio artículo 10.2 CE nos impone como deber una apertura amistosa al Derecho Internacional sobre los derechos lo que facilita también una voluntaria apertura al Derecho comparado. Quizás por eso no haya sido necesaria la configuración en España del Derecho comparado como disciplina científica autónoma en los planes de estudio. La doctrina y la cultura jurídica española no han sido nacionalistas o aislacionistas. A muchos juristas españoles nos sorprende leer revistas de países que únicamente introducen referencias de la propia doctrina nacional. Una cerrazón cada vez más absurda en un doble escenario: globalizado y de integración europea. Los tiempos de la autarquía pasaron.

Es una aplicación intuitiva y natural del Derecho comparado como método para la construcción de nuevas reglas y, sobre todo, para la exégesis de las propias. Una aproximación basada en cotejar categorías, instituciones y normas nacionales con las de otros ordenamientos con herramientas semejantes. Una metodología fundada en una «microcomparación» más que en una «macrocomparación» según una terminología muy extendida. Más que un Derecho Constitucional Comparado tenemos un Derecho Parlamentario comparado, una jurisdicción constitucional comparada, una doctrina comparada del Estado autonómico, o una teoría de los derechos fundamentales comparada. Incluso puede reducirse aún más el objeto y recordar que hemos hecho un análisis comparado de la moción de censura constructiva con Alemania, de la cuestión de confianza con Francia, del conflicto entre órganos constitucionales o de la cuestión de inconstitucionalidad con Italia y Alemania, del nombramiento de los magistrados constitucionales y de los decretos-leyes con varios países, de la libertad de información con Estados Unidos, o del derecho a la autodeterminación informativa con Alemania.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Es común pues admitir en España que una aproximación comparada contribuye a un mejor conocimiento del ordenamiento propio, a su revisión y actualización, y que estudiar problemas semejantes en otros países ayuda a inventar soluciones propias. Tiende a aceptarse que el Derecho comparado posee una función auxiliar en la interpretación del Derecho positivo. Sabino Cassese nos enseñó que comparar no es un divertimento, un puro esfuerzo intelectual para conocerse mejor el uno al otro, sino que posee una relevante función práctica en la creación de reglas y exégesis y en la solución de conflictos.

No hemos creado, en líneas generales, un Derecho Constitucional nacionalista y solipsista, basado en la introspección y los monólogos, sino un Derecho Constitucional español con vocación europea y desde una aproximación amistosa al Derecho Comparado y a un emergente *ius commune* europeo. Deberíamos estar orgullosos.

PABLO PÉREZ TREMPS

La realidad constitucional es una realidad cultural y política que trasciende de las fronteras nacionales, Por ello, desde el nacimiento del constitucionalismo, la «mirada a los otros» ha sido un elemento esencial para el análisis y transformación de esa realidad. Y el tiempo no ha hecho más que incrementarlo tanto por las facilidades crecientes de comunicación como por la similitud, a veces identidad, de diversos aspectos de las diversas realidades constitucionales estatales.

4. *Los especialistas españoles en Derecho Constitucional, en su opinión ¿a la hora de estudiar Derecho Comparado, más allá de los grandes modelos históricos británico y norteamericano, deberíamos ser eurocéntricos? Concretamente ¿podríamos trasladar parte de las energías empleadas en estudiar derecho constitucional latinoamericano, u otro lejano, a profundizar en el conocimiento de los mejores sistemas constitucionales europeos?*

BENITO ALÁEZ CORRAL

Sí, deberíamos centrarnos más en la Europa continental y en particular en los modelos más influyentes de la Unión Europea, en buena medida por las razones que he aducido en mi respuesta a la pregunta anterior. Además, creo que el estudio del Derecho Constitucional comparado debe hacerse analíticamente y no por imitación. En ese sentido, es preciso hacerlo teniendo en cuenta que primero hay que conocer bien la estructura constitucional de los sistemas con los que se compara para poder contextualizar normativamente las instituciones o disposiciones que se ofrecen como objeto de comparación, pues solo así es posible concluir si las

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mismas podrían integrarse de forma estructuralmente coherente y armónica, es decir, sin quebrar el principio de unidad constitucional ni la necesaria concordancia práctica de la interpretación de nuestro sistema constitucional. Y es, sin duda, el principio de integración europea y la globalización tanto formal como material que en buena medida se deriva de nuestra pertenencia a la UE, el que más contribuye a aproximar ese marco estructural de principios constitucionales y valores fundamentales que compartimos los Estados miembros de la Unión Europea, y que no siempre comparten —o no siempre en la misma extensión— países con los que se puede compartir una historia común como los latinoamericanos. De ahí que considero necesario profundizar más en el estudio del Derecho Comparado europeo, pero ello sin dejar fuera de la atención ni al Derecho Constitucional norteamericano ni al Derecho Constitucional latinoamericano, pues los mismos, aunque en general más alejados de las dogmáticas constitucionales europeas de Estado social y democrático de derecho, ofrecen regulaciones y fórmulas constitucionales innovadoras para nuevos problemas que van surgiendo en una realidad social altamente cambiante y cada vez más globalizada

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

En mi opinión se trata de dos cuestiones diferentes. Por un lado, el estudio de fórmulas procedentes de países y sistemas no europeos (siempre que hablemos, naturalmente, de constituciones democráticas) es interesante en cualquier caso y lo es especialmente en países latinoamericanos, porque en algunos de ellos se ha generado una especie de laboratorio constitucional con la incorporación de institutos y técnica procedentes del constitucionalismo estadounidense y europeo que terminan por integrarse de manera más o menos armónica generando nuevos desarrollos. Es preciso tener en cuenta también que el Derecho comparado nos ayuda a comprender mejor nuestra realidad jurídica al establecer una referencia que puede ser utilizada como instrumento de contraste. Por otro lado, el conocimiento de los sistemas constitucionales europeos cumple otras funciones adicionales a las que se derivan simplemente de la necesidad de utilizar el Derecho comparado como método de interpretación jurídica. Teniendo en cuenta la debilidad del proceso de integración desde el punto de vista constitucional y la necesidad de avanzar en la constitucionalización de Europa, resulta fundamental propiciar procesos de convergencia constitucional que hagan posible una cierta armonización de la materia constitucional a nivel europeo. Naturalmente, estos procesos deben basarse en el respeto de la identidad constitucional nacional, pero deben estar orientados a facilitar e impulsar la integración europea en ámbitos en los que la diversidad puede ser disfuncional o resultar directamente contraria al Derecho europeo, como puede ser el caso de los Derechos Fundamentales. Por tanto, el Derecho comparado debe servir en el ámbito europeo para avanzar en el proceso de integración y hacer posible la configuración

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

más constitucional del derecho europeo, al tiempo que se armonice el derecho constitucional nacional de los Estados miembros en un sentido europeísta haciéndolo más europeo. La primera de estas funciones ya la viene realizando desde hace tiempo mediante el papel que los principios constitucionales comunes de los Estados miembros están teniendo en la construcción del Derecho Constitucional de la Unión Europea. La segunda encuentra todavía resistencias importantes en las doctrinas nacionales, pero se abrirá camino progresivamente a medida que se tome conciencia de la necesidad de contribuir también desde el Derecho constitucional nacional al avance y a la consolidación del proceso de integración europea. El Derecho constitucional europeo es, desde esa perspectiva, una disciplina estrechamente vinculada al Derecho comparado, al que debe recurrir para hacer más constitucional el Derecho europeo y más europeo el Derecho constitucional nacional. En última instancia, ambas vertientes son parte de la formación progresiva de un «Derecho constitucional supranacional» que en parte es europeo y en parte interno, porque incide tanto en el ámbito europeo como en el interno, obligando a interpretar en clave supranacional el derecho constitucional nacional.

RAUL CANOSA USERA

Por razones evidentes, el marco europeo es nuestro referente principal y a él deberemos seguir prestando la debida atención. Piénsese cómo las experiencias foráneas, fundamentalmente europeas, son sistemáticamente tenidas en cuenta en el monumental Comentario de la Constitución Española dirigido por el profesor Alzaga. Y en esta dirección tal vez debamos mirar con más cuidado las Constituciones de los países del este de Europa que conforman la más actualizada manifestación del constitucionalismo europeo.

Aunque observar las experiencias constitucionales exóticas puede ser interesante para completar un Derecho comparado realmente abarcador, no me parece especialmente útil para entender mejor nuestras instituciones. Sin embargo, creo imprescindible abordar el Derecho constitucional iberoamericano con perspectiva comparada para hallar las diferencias o semejanzas que entre los particulares ordenamientos iberoamericanos existen, es decir, comparándolos entre sí, y asimismo es menester compararlos con los europeos y, por lo que nos atañe, con el español.

Son varias las razones en las que me baso. En primer lugar, por los vínculos históricos, tan estrechos, que tenemos con aquellas naciones con las que compartimos la primera de nuestras Constituciones, la de 1812; recuérdese la feliz expresión «españoles de ambos hemisferios». El primer ámbito personal de validez de un ordenamiento constitucional hispánico fue común.

En segundo lugar, porque estos vínculos históricos son actuales y están vigentes ya que pertenecemos a la misma familia de sistemas jurídicos. Por añadidura, el intercambio entre alumnos y profesores de un lado y otro del océano

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es permanente y muy profundo. La inmensa mayoría de nuestros doctorandos extranjeros son iberoamericanos y el contacto con los profesores de allí es constante en la investigación científica y en la actividad docente. Compartimos proyectos de investigación y las tesis doctorales presentadas en nuestras Universidades contienen casi siempre análisis comparados elaborados con más o menos acierto.

En tercer lugar, el constitucionalismo iberoamericano es hoy objetivamente el más interesante, el más creativo, para lo bueno y para lo malo. El laboratorio constitucional ya no está en Francia como se decía antaño, sino en Iberoamérica donde suceden cosas de sumo interés, a veces chocantes, tanto que yo me atreví a hablar de «constitucionalismo mágico», evocando aquel «realismo mágico» de la literatura iberoamericana que nos cautivó en el último tercio del siglo XX.

Por último, el constitucionalismo iberoamericano merece nuestra atención porque en el debate doctrinal, pero no sólo, se ha traído a colación la necesidad y la conveniencia de incorporar algunas experiencias constitucionales de Iberoamérica. Piénsese, en materia de derechos o a propósito del llamado control de convencionalidad. Así que lo hecho allí lo estamos estudiando aquí, no sólo las puras experiencias constitucionales estatales sino asimismo sus procesos de integración supranacional, en especial el quehacer de la Corte interamericana de derechos humanos. Nuestra percepción de las cosas está cambiando a la luz de estas experiencias e incluso el debate político español está muy influido, sobre todo por ciertas peripecias de allende los mares, que algunos ofrecen como modelo para nuestro país.

Mª JESÚS GARCÍA MORALES

Mi trayectoria académica desde su inicio está ligada al Derecho Constitucional extranjero y comparado especialmente de los países centroeuropeos y, en particular, al estudio de su organización federal, así que la respuesta a esta pregunta en mi caso debe ser necesariamente afirmativa. El estudio del Derecho de otro país, y la comparación, no la suma de Derechos extranjeros, me han ofrecido no solo la aproximación al Derecho de otros países, sino también a su historia, a su política, a su cultura, incluso a su geografía, demografía y economía. El estudio del Derecho ajeno, y el hallazgo de las diferencias y de lo común entre ellos, y entre ellos y nosotros, también me ha permitido entender mejor mi Derecho.

Alemania constituye posiblemente el sistema federal por excelencia en Europa y así va a seguir siéndolo. El carácter de referente que tiene el federalismo alemán es indiscutido. Todo lo que sucede en la vida jurídico-constitucional alemana tiene interés (y no sólo en España). Alemania es un país «exportador» de Derecho. Sin embargo, más allá de la admiración por el modelo alemán y de la atención que genera siempre en la doctrina española, es un modelo que difícilmente puede entenderse sin la historia, la política y la cultura alemanas. El

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bundesrat, uno de los emblemas del federalismo germano, es una institución única en el microcosmos mundial del federalismo y, lejos de una visión idílica, no está exenta de críticas en la propia Alemania. La arquitectura del federalismo alemán es única y Alemania es federal no solo por una regulación *ex constitutione*, sino por una cultura federal que acepta que este país es y sólo puede ser federal.

La sombra del federalismo alemán es tan grande que, sin embargo, no deberíamos pasar por alto otros sistemas federales clásicos como Austria o Suiza. La Constitución austriaca de 1920 ha tenido escasa influencia en la actual Constitución española (no así en la Constitución de la II República que tuvo en cuenta Constituciones de la misma época, las de Weimar, Austria y Checoslovaquia). Austria, cuya aportación al constitucionalismo a través de la construcción kelseniana del Tribunal Constitucional debería siempre destacarse, es un federalismo de devolución, desde el centro a la periferia, que tiene a veces muchas más concomitancias con nosotros que el federalismo alemán y del que pueden extraerse también valiosas lecciones sobre cómo construir un sistema federal a partir de un sistema fuertemente centralizado.

Asimismo, Suiza cuya historia constitucional ha tenido también cierto influjo en nuestra Constitución (así, la inspiración del 145.1 CE y la prohibición de federación entre CCAA en el art. 7 de la Constitución helvética de 1874) no debería pasar desapercibida. Ciertamente, puede haber muchos motivos para creer que el constitucionalismo suizo nos queda lejano: no es miembro de la Unión Europea, aunque sí del Consejo de Europa, tiene un peculiar sistema de partidos y de gobierno, y la democracia directa goza de una implantación sin parangón en Europa continental. Sin embargo, es un Estado federal, no sólo otro de los federalismos clásicos, sino un Estado políticamente descentralizado, multicultural y plurilingüistico (algo que comparte con España).

Además, el sistema suizo presenta una utilidad instrumental para el estudioso del Derecho Comparado que debe ponerse en valor: el plurilingüismo jurídico-constitucional helvético permite y facilita los tránsitos semánticos al menos en tres lenguas (allí oficiales) diferentes e importantes para el constitucionalismo (alemán, francés e italiano). Ello ayuda a abordar el primer reto al que debe enfrentarse quien analice otro Derecho: el dominio de la lengua extranjera y del lenguaje jurídico como descriptor de realidades y de categorías que quizá no existen en el sistema propio.

Más allá de ello, cultivar el Derecho Constitucional Comparado de los países europeos es una necesidad entre nosotros, ya que la pertenencia en particular a la Unión Europea ha generado un proceso de interacción con ella y de transformación de las estructuras constitucionales nacionales. Entre los Estados de la Unión se ha generado una comunidad de problemas y retos que deben encarar todos ellos. El impacto de la europeización en los Estados miembros y de lo doméstico en lo europeo plantea una interacción en múltiples niveles y especialmente palpable en el Derecho Constitucional en dos ámbitos: los derechos fundamentales y la organización territorial.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por un lado, los estándares de protección de los derechos fundamentales (algo que afecta a todos los Estados de la Unión) se están construyendo con la interacción y con el diálogo entre tribunales de países con tradiciones constitucionales comunes. Junto a ello, la organización territorial interna (en los países políticamente descentralizados) se vincula ya con un nuevo término, el gobierno multinivel, que designa las implicaciones que se derivan de la Unión Europea como sistema emergente de gobernanza de varios niveles incluidos, destacadamente, los niveles territoriales.

Además, en ese proceso de interacción se produce también la construcción del llamado Derecho Público Europeo, una expresión que en los últimos tiempos ha encabezado uno de los manuales más extensos y reputados, editado en Alemania por los Profesores Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón y Peter M. Huber [von Bogdandy, Cruz Villalón, Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Beck, München, 2007-2016]. Se trata de una obra magna (un total de seis tomos) donde, utilizando el Derecho Comparado como método se analizan y comparan (en los dos primeros) las estructuras de las Constituciones en una selección de doce países de la Unión y se extraen notas comunes entre esos ordenamientos, sobre las que se está construyendo ese espacio jurídico europeo común conformado conjuntamente por el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros.

Con la doctrina alemana (con destacada participación española) marcando el paso, resulta muy difícil sustraerse a esa corriente de estudio y de comprensión de este Derecho Público Europeo en construcción, que, según todo apunta, parece que ha llegado para quedarse y para hablar cada vez más sobre el mismo.

JAVIER GARCÍA ROCA

Me parece que el marco que plantea la pregunta es falso y debe ser modificado para alcanzar una perspectiva integrada. Debemos mirar a Europa y a Iberoamérica: a cada una con un ojo.

Hasta hace poco no había habido casi, en las cuatro últimas décadas en España, trabajos de Derecho Constitucional General, de Teoría de la Constitución, y de Teoría del Estado. Pese a que fueron frecuentes antes de la Constitución de 1978 y en toda la primera mitad del siglo XX. Unas disciplinas que se prestan a un enfoque comparado. Últimamente algunas investigaciones originales —pero no muchas— se están haciendo por algunos autores insertadas en el seno de los problemas del Derecho Europeo tanto de la Unión como del Consejo de Europa.

No son insólitas reflexiones sobre la soberanía en transición, el margen de apreciación nacional, la subsidiariedad, la cultura jurídica, la idea de integración europea, el pluralismo de constituciones y el constitucionalismo en red, la estatalidad constitucionalmente limitada, la ciudadanía europea, la supremacía material de los tratados constitutivos de la Unión como una nueva constitución

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

material, los conceptos de derechos fundamentales inherentes a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la eficacia de cosa interpretada e interpretación vinculante de las sentencias del Tribunal Europeo, la consolidación y estabilidad presupuestaria europea, la política monetaria y económica común, la fusión entre los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y un largo etcétera de cosas.

No sé si puede hablarse ya de una Teoría Europea del Estado sin Estado o de un Derecho Constitucional Europeo. Pero es en buena medida una reflexión estatiforme y constitucional en cuanto se proyecta sobre la comunidad de Estados europeos que es la Unión y sobre el Consejo de Europa. Es una teoría fragmentaria y emergente, aún sin pretensiones de sistematicidad, a diferencia de la que tuvo origen en el siglo XIX en Alemania y hace tiempo se extinguió al no ser capaz de incluir los nuevos fenómenos y transformaciones. No creo sea posible otra cosa durante bastante tiempo.

Me parece que ésta debe ser en el futuro una línea prioritaria de investigación en la que efectivamente deberíamos centrarnos. Nuestros problemas más importantes en el gobierno de la economía, los recortes en el estado social, la consolidación presupuestaria, la interpretación de los derechos, la jurisdicción constitucional, y el parlamentarismo tienen una dimensión europea.

También se está produciendo un debate sobre el contenido y alcance del Derecho comparado respecto de la ambigua y flexible noción de diálogo judicial, que está muy extendida dentro del Derecho de la Unión y del Consejo de Europa que se escribe en inglés.

Mi equipo de investigación lleva tiempo proyectando asimismo este diálogo a las relaciones de comunicación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de San José. Es esencial el papel de España como mediador entre las culturas jurídicas de ambos hemisferios por su importante presencia en Iberoamérica y su contribución a la formación de los juristas de aquella región.

Efectivamente, mucho se está escribiendo sobre los diferentes diálogos. Un trabajo de Giuseppe Vergottini ha contribuido a fortalecer la polémica sobre a qué llamamos diálogo al distinguir de forma analítica distintas situaciones: influencia unilateral o bilateral, importaciones y exportaciones, o recíproco enriquecimiento (*cross fertilization*); sólo algunas de estas situaciones responden a los patrones del clásico Derecho comparado. Identificar a qué llamamos diálogo, reclama mayores dosis de reflexión sobre los métodos propios del Derecho comparado. Pero es verdad que, en muchas de esas situaciones, la comparación no lleva realmente a la construcción de normas nuevas por el juzgador con el fin de aplicarlos a los supuestos de hecho enjuiciados sino a un escenario más próximo a una comprensión semejante del asunto: a cargarse de razón y argumentos el juzgador. Sinceramente, no estoy seguro de que de esta calculada ambigüedad sea mejor salir, dada la conveniencia de favorecer un trabajo judicial en red, no basado en la jerarquía, entre sujetos que vienen de tradiciones jurídicas muy plurales y distintas.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El Tribunal Europeo es hoy el tribunal comparatista por excelencia y ha reabierto el debate sobre el Derecho comparado. Antes de resolver el conflicto ponderando los derechos o aplicando el juicio de proporcionalidad, tiende a hacer un análisis sobre la regulación de la institución controvertida en los diversos países del Consejo de Europa entre otros ejemplos: en prostitución no forzada, investigación de la paternidad, derecho a la adopción de los matrimonios homosexuales, sistemas de administración y procedimientos electorales, derechos políticos de los presos, etc... Si tras este análisis, detecta un consenso europeo, un *common background*, parece lógico que el Tribunal Europeo no respete un margen de discrecionalidad al Estado demandado que se encuentra descolgado del resto e imponga un estándar europeo a quienes se alejan del consenso. El método comparado refuerza la autoridad —la antigua *auctoritas* del Derecho Romano— y la legitimidad de la decisión fundada en un amplio consentimiento de los Estados. El método del consenso europeo está revitalizando el Derecho comparado.

También con la lenta y compleja confección de las normas en el Derecho de la Unión pueden hacerse unas consideraciones semejantes. Existe un proceso consensuado de creación de unas normas comunes tras la comparación de las nacionales ya sea para ratificarlas, armonizarlas o, normalmente, para modificarlas. Igualmente, el Tribunal de Justicia utiliza a menudo los principios del Derecho comunes a los ordenamientos de los Estados miembros para resolver cuestiones y para obtener esos principios debe proceder a una comparación.

Respecto de la otra cara de la misma moneda, la importancia del Derecho Constitucional Iberoamericano en la doctrina española, creo que debe seguir siendo central y no pueden orillarse esfuerzos en el futuro ni minusvalorarse ni menos aún abandonar nuestra presencia en la región. Los constitucionalistas españoles cruzamos con frecuencia el charco. Que vengamos obligados a crear un Derecho Constitucional Europeo no quiere decir que debamos olvidar nuestra influencia en Latinoamérica. España tiene dos almas y una doble vocación histórica: Europa e Iberoamérica. Esta dualidad —y la enriquecedora influencia árabe— son la clave de nuestra identidad nacional, de nuestra especificidad europea y de nuestra pequeña importancia en el mundo. Abandonar una de esas almas constituiría un craso error.

Buena parte de los profesores, jueces, políticos e investigadores latinoamericanos se forman en las Universidades españolas. Los estudiantes de nuestros doctorados, Másteres y otros posgrados son en gran medida Latinoamericanos. Los artículos y monografías de la doctrina científica española se leen y citan en Iberoamérica por la doctrina y los órganos judiciales mucho más que en el resto de Europa, y lo mismo ocurre con la jurisprudencia de nuestras altas cortes y con sus relaciones de cooperación. Mi experiencia personal es que la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) está perfectamente integrada en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de manera mucho más confortable y protagonista que en la *International Association of Constitutional Law* (IACL) muy dependiente de la hegemonía anglosajona y asentada en la confusión entre

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ciencia Política y Derecho Constitucional y un desfallecimiento o despreocupación metodológica típicamente estadounidense, a diferencia de la rica tradición europea. Algo semejante a nuestra comunidad Iberoamericana ocurre en los antiguos dominios de la *Commonwealth*.

Me parece, en definitiva, que debemos atender los dos frentes y contribuir a la edificación del Derecho Constitucional Europeo desde el Derecho comparado y mantener nuestra influencia en Iberoamérica, y al tiempo impulsar el diálogo constitucional entre ambas regiones. Es un reto que merece la pena asumir.

PABLO PÉREZ TREMPS

Nuestra inserción en las instituciones europeas de todo tipo, singularmente la Unión Europea y el Consejo de Europa, hace que una fuerte perspectiva eurocéntrica tenga que estar en nuestro trabajo, sin darle al término «eurocentrismo» una carga peyorativa que sólo comportaría en un hipotético aislamiento continental. Pero el mundo no se acaba en Europa, y menos para un país como España, cuya cultura, y también en su dimensión jurídica, tiene una proyección latinoamericana que, además de un valor histórico, supone uno de los grandes «activos» también para el Derecho español. Y afortunadamente ello se ha captado por buena parte de la doctrina constitucional e incluso de nuestras instituciones constitucionales. Una y las otras tienen una clara proyección, a veces incluso institucionalizada, de estudio e intercambio con la realidad latinoamericana. Piénsese, por poner sólo algunos ejemplos, en la existencia y participación española en el ámbito doctrinal en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional o en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. En el ámbito institucional la presencia de las Cámaras, del Tribunal Constitucional, de la Defensoría del Pueblo, del Tribunal Supremo en foros latinoamericanos. Tampoco cabe olvidar la importante tarea de intercambio de múltiples universidades españolas con universidades latinoamericanas, lo que ayuda a crear un campo de cultivo intelectual a ese intercambio intercontinental de habla hispana (y portuguesa).

5. *¿Piensa que sería una contribución positiva a posibles reformas de nuestra Constitución, sobre sus aspectos más mejorables, desplegar un esfuerzo de estudio sobre las mejores fórmulas que sobre la materia contienen otras constituciones europeas?*

BENITO ALÁEZ CORRAL

Sin duda, pero siempre teniendo en cuenta que la construcción del Derecho Constitucional es piramidal. Por ello, aunque todas las disposiciones

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constitucionales puedan tener el mismo rango —monomorfismo o polimorfismo constitucional equivalente—, su valor funcional difiere y las disposiciones que estableces y/o concretan los principios estructurales, o los valores superiores de un ordenamiento jurídico, tienen una función constitucional integradora y armonizadora que conforme al principio de concordancia práctica alcanza a disposiciones orgánicas o dogmáticas más concretas. Todo ello refleja un modelo teórico-constitucional que debe ser tenido en cuenta a la hora del análisis comparado y de las posibles reformas constitucionales que incorporen regulaciones constitucionales que ya existen en otros ordenamientos jurídicos, puesto que, de no ser así, la propia coherencia aplicativa e interpretativa del sistema constitucional se pondría en peligro.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Sería una contribución muy positiva y valiosa, con independencia de que esas fórmulas se incorporen o no finalmente a las eventuales reformas constitucionales que puedan producirse. Es importante que las reformas constitucionales tengan en cuenta la experiencia previa de otros sistemas, por ejemplo en materia de financiación territorial o de configuración del Senado. Seguir la senda de seriedad que marcó nuestro proceso constituyente en la utilización del Derecho comparado es fundamental para impedir que las reformas constitucionales se basen en propuestas poco meditadas. Por otro lado, tampoco podemos desconocer que las reformas tienen que insertarse en nuestra propia realidad constitucional y que no pueden desatender la lógica fundamental del sistema en el que se integrarán. Desde esa perspectiva es importante que los estudios de derecho comparado no operen fuera de contexto, ignorando así una premisa metodológica esencial en esta disciplina. Esa consideración del contexto debe operar tanto el ordenamiento de origen de las instituciones o técnicas que se pretenden aplicar cuanto en nuestro propio ordenamiento constitucional. La Constitución es, sobre todo, un sistema, que debe hacer viables los principios fundamentales con los que se construye cualquier ordenamiento jurídico: la unidad, la coherencia y la plenitud. Por tanto, la reforma constitucional no puede pretender operar en el vacío sino que tiene que tener en cuenta, cada vez que se mueve una pieza, el impacto que ese movimiento puede tener sobre el sistema en su conjunto. No es posible trasplantar una institución o una técnica sin tener en cuenta las peculiaridades de nuestro sistema constitucional y eso incluye también la vertiente territorial, el sistema de partidos y, en general, la cultura constitucional interna. La utilización del Derecho comparado debe basarse, por tanto, en la contextualización previa, en su ordenamiento de origen, de las instituciones y técnicas que podrían inspirar las reformas constitucionales y el análisis sucesivo del impacto que pueden tener sobre nuestro sistema constitucional, atendiendo a las diversas variables que se pueden ver afectadas por la reforma.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RAUL CANOSA USERA

Sin duda, cualquier reforma constitucional futura necesitaría contar con investigaciones comparatistas sobre las fórmulas adoptadas por otros países europeos en las materias que nos propusiéramos reformar. Añadiría que serían bienvenidos también otros estudios de ámbito más abarcador y pienso naturalmente en las experiencias iberoamericanas como apuntaba más atrás.

Si se propone, como parece, clarificar nuestra descentralización política (tan profunda y sustancialmente federal), habrá que considerar las experiencias extranjeras y tenerlas presentes, no tanto como casos individuales, sino como un conjunto de problemas y de soluciones posibles en el que se aprecien similitudes y diferencias.

Es obvio también que si a un cierto problema todos los Estados federales han respondido de la misma manera (semejanza completa), la solución que deberíamos adoptar, salvo buenas razones para sostener una posición excéntrica, habría de ser la misma. En contraste, detectadas diferencias de soluciones en otro punto, el Derecho comparado no nos aportaría solución inequívoca y el margen del poder de reforma desde una perspectiva comparatista se ensancharía.

En materia de derechos sociales, por ejemplo, muchos han propuesto un mayor reconocimiento en línea con el Derecho iberoamericano que, casi sin excepciones, ofrece un modelo de intensa constitucionalización, de «expresionismo constitucional», en cuya estela, por cierto, se encauzaron las declaraciones de derechos de los Estatutos de autonomía aprobados en el bienio 2006-2007. En contraste, el canónico constitucionalismo europeo es mucho más modesto en el reconocimiento constitucional de derechos sociales, fiado más bien a su protección a través de la ley.

Mª JESÚS GARCÍA MORALES,

La redacción y la reforma de una Constitución precisa una sensibilidad comparativa. Más aun en un país, como el nuestro, receptor de Derecho Comparado. Si eso se hizo en 1978, no tendría sentido que no se hiciera en una reforma constitucional del siglo XXI y con una España miembro de la Unión Europea. Es más, España es un país de constitucionalistas con contrastada sensibilidad comparatista y, en el caso de que esa reforma llegue, no veo otra opción que no pase por estudiar (otra cosa es «importar») las mejores fórmulas de otras constituciones de países de nuestro entorno. Es importante conocer dichas fórmulas, lo que no obliga a su recepción en nuestro texto, ya que un análisis riguroso de Derecho Comparado también puede concluir que una fórmula constitucional exitosa en un país podría no serlo en el nuestro.

Debe atenderse a que la mera reproducción de un precepto de un texto constitucional a otro no es garantía de éxito en el país receptor, ya que hay muchas

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

variables —jurídicas y no jurídicas entre países— que pueden ser muy diversas y alterar el resultado final. De este modo, aquello que funciona en un país quizá no funcione en otro, ya que, al «trasplantarse» (en especial, si no tiene su misma configuración constitucional y paraconstitucional) se puede correr un alto riesgo de que se produzca el «rechazo», o sea la inoperancia y el fracaso en el país receptor.

Por ello, el recurso al Derecho Comparado en un momento tan importante para cualquier país como una reforma constitucional debería basarse en estudios que no sean meramente descriptivos de análisis de textos positivos, sino que partan de un conocimiento más amplio del sistema del que se quiere «importar», no sólo de una determinada institución o fórmula concreta.

Si queremos que tomar el Derecho Comparado en serio, y más aún su papel en una reforma constitucional, éste debe nutrirse de forma destacada de estudios avalados por trayectorias, a ser posible, respaldadas con estancias en el extranjero (no sólo fundamentales para la formación de constitucionalistas, sino porque sobre ellos recae la responsabilidad técnica de asesorar al ser llamados en ese proceso). Ni la mejor y más potente base de datos con los artículos más reputados sustituye al poso que da el contacto personal e *in situ* que brinda el intercambio académico.

JAVIER GARCÍA ROCA

Ese esfuerzo está hecho. No creo haya otro país con más estudios comparados sobre el Senado, o sobre el federalismo, o la jurisdicción constitucional por señalar algunos ejemplos. La apertura que vengo señalando del Derecho Constitucional española a la microcomparación ha producido ya este resultado. Este rasgo, unido a que los expertos independientes llevamos hablando una década de la reforma de la Constitución (y me temo sigamos otra hasta que el asunto madure y aparezcan unas condiciones materiales que permitan un nuevo pacto constituyente entre los partidos políticos, ojalá me equivoque) ha llevado un resultado en el que albergamos amplia información comparada sobre nuestros problemas y defectos.

Pero no creo sea ésta la perspectiva adecuada, eso que un maestro como Jesús Leguina denunció como un «papanatismo comparado». Este error de perspectiva podría ser un problema. De hecho, detecto la tendencia entre algunos de los más jóvenes estudiosos en buscar prontas soluciones fuera que no hagan imprescindible el lento y tedioso estudio de nuestras experiencias; y las conclusiones de esos estudios son a veces precipitadas. La situación no es ya la misma que en 1977, hoy tenemos amplias experiencias en conflictos constitucionales y un océano de legislación, jurisprudencia y monografías doctrinales nacionales. En definitiva, buenas y malas tradiciones constitucionales en todos los terrenos después de cuatro décadas de desarrollo constitucional muy intenso. Debemos pesar por nosotros mismos y subir a la Constitución nuestras experiencias, corrigiendo o mejorando los defectos comprobados en ese buen laboratorio político que es la realidad

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constitucional. Claro está que detectados los problemas y halladas soluciones se puede buscar información comparada con más detalle donde resulte menester. Pero no es una perspectiva correcta poner el carro delante de los bueyes.

PABLO PÉREZ TREMPS

Pues siempre es positivo el análisis comparado y de la realidad externa para mejorar posibles reformas. Pero creo que este momento exige sobre todo un análisis detenido de la realidad constitucional española desde 1978 para diseñar las reformas adecuadas.

6. *Recordamos que durante el periodo del Régimen franquista se escribieron buenos manuales de Derecho Constitucional Comparado, como los de los profesores García Pelayo o Jiménez de Parga, que eran textos muy recomendados en segundo curso de licenciatura. Al aprobarse la Constitución de 1978, lógicamente esta pasó a protagonizar la docencia de la disciplina. ¿Estima que en la actualidad tendría sentido didáctico sumar dosis de Derecho Constitucional Comparado en el grado o en estudios de postgrado? En caso de respuesta positiva ¿nos podría exponer qué enfoque recomendaría usted seguir?*

BENITO ALÁEZ CORRAL

Sin duda, tendría sentido didáctico incluir un mayor análisis del Derecho Constitucional Comparado en el grado en Derecho, por las razones expuestas hasta ahora sobre el valor del método comparado, pero sigo siendo partidario de que en el grado, más allá de que se puedan introducir específicas materias curriculares de derecho comparado público o privado, es preciso integrar el derecho comparado en el estudio de las propias instituciones y disposiciones constitucionales. Se podría hacer, por ejemplo, dentro de las materias curriculares ordinarias existentes a través del manejo de supuestos prácticos sacados del derecho comparado que nos lleven igualmente a comparar las respuestas que dan unos y otros sistemas constitucionales y las razones que las avalan, para determinar en último extremo si esas soluciones del Derecho Constitucional comparado podrían tener indirectamente —sobre todo por la vía de la globalización material que tiene lugar a través de la Unión Europea y de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos— eficacia normativa o incidencia interpretativa sobre nuestro Derecho Constitucional.

En el postgrado sería muy interesante que se diseñasen Másteres sobre estudios de Derecho Comparado europeo en diversos ámbitos del Derecho Constitucional, de modo que podamos contribuir con su conocimiento a la construcción

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de un *ius commune* constitucional europeo en el que se puedan ir identificando las diferencias pero también los aspectos comunes que concretan la identidad constitucional común de la Unión Europea y a los que hacen referencia los arts. 2 y 6 del TUE antes mencionados.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Una disciplina de Derecho Constitucional Comparado sería fundamental teniendo en cuenta tanto el contexto globalizador como el proceso de integración europea. En particular, de acuerdo con lo que se ha dicho anteriormente en relación con la necesidad de fomentar la convergencia constitucional en Europa, sería muy importante que la comunidad jurídica tuviera un conocimiento básico de los otros sistemas constitucionales europeos, en sus rasgos esenciales. Una asignatura de Derecho Constitucional Comparado en el grado sería muy aconsejable, desde esa perspectiva. Por lo que se refiere a los estudios de postgrado, también sería de gran interés, especialmente para aquellos que tengan relación con el Derecho europeo. Naturalmente, esta presencia del Derecho constitucional comparado en los planes de estudios no es incompatible, sino todo lo contrario, con el reforzamiento de la perspectiva comparatista que se debe dar en el interior de todas las disciplinas jurídicas. Más bien, podría decirse que una disciplina específica podría aportar un tratamiento metodológico sustantivo que resulta necesario para la utilización adecuada del Derecho comparado. Hay que tener en cuenta que la aplicación poco rigurosa de los institutos, las técnicas y las doctrinas que se han elaborado en otros países, puede dar lugar a resultados deficientes cuando no se utilizan teniendo en cuenta todos los elementos en juego. Por poner un ejemplo, la caracterización de la reserva de ley como «reserva de Parlamento» que es una teoría alemana perfectamente congruente con un sistema constitucional en el que no se admiten los actos con valor de ley del Gobierno, resulta incoherente e inaplicable como tal a sistemas constitucionales en los que sí existen este tipo de fuentes con fuerza de ley que proceden del Gobierno. La apelación al Derecho comparado debe ir acompañada de una metodología que lo convierta en un instrumento útil y con esa finalidad sería positivo el establecimiento de alguna disciplina específica en la que esa vertiente metodológica fuera abordada. Con buen criterio, el título que se le ha dado a esta Encuesta «El método comparado en el Derecho Constitucional» sitúa en la metodología la perspectiva adecuada para analizar la incidencia que el Derecho comparado puede tener en nuestra disciplina en particular, pero también en el conjunto de las disciplinas jurídicas, dado el papel central que le corresponde a la Constitución en la configuración del ordenamiento jurídico. Desde mi punto de vista, un curso de Derecho constitucional comparado sería lo más indicado para incorporar a los planes de estudios tanto esa vertiente metodológica como la sustantiva relacionada con los elementos estructuradores del sistema jurídico,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que forman parte integrante de la Constitución y el Derecho constitucional. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que existe una continuidad esencial en la materia constitucional en sus diversos espacios, tanto europeo como estatal y territorial. Desde esa perspectiva, una disciplina de Derecho constitucional comparado también resultaría útil para facilitar la comprensión de la diversidad de espacios constitucionales y jurídicos que confluyen actualmente sobre la ciudadanía y del juego que le corresponde a cada uno de ellos en la conformación de las normas que inciden sobre sus derechos.

RAUL CANOSA USERA

El interés de los constitucionalistas españoles durante el franquismo por el Derecho constitucional extranjero y comparado obedecía, me parece, a la incómoda situación de un constitucionalista sin constitución, es decir, en busca de objeto, inclinado a analizar fuera lo que no tenía dentro. En efecto, durante el franquismo muchos profesores de Derecho político, acaso los mejores y desde luego los que no simpatizaban con el régimen entonces vigente, o bien se dedicaban a la abstracta teoría de la constitución o al análisis, con método comparatista o no, del derecho extranjero. De todo ello da cuenta el profesor Lucas Verdú en su prólogo al *Derecho constitucional comparado* de Giuseppe de Vergottini.

Pero como aconteció en Italia tras la Segunda Guerra Mundial, con la aprobación de su Constitución, los estudiosos en España se volcaron en el análisis del nuevo ordenamiento constitucional. Para ello utilizaron con frecuencia e instrumentalmente el Derecho comparado y el extranjero, pero ya no se focalizaron en ninguno de ellos como muchos hicieron en el pasado. Ya había un orden constitucional vigente, vivo y con problemas que abordar y resolver.

A la vista de lo anterior, la perspectiva no podía ser sino centrar el objeto principal: el orden jurídico español, de suerte tal que el estudio de la pluralidad de ordenamientos constitucionales podía seguir interesando, pero sólo para comprender mejor el propio. Y era indispensable también que los estudiantes se centraran igualmente en el nuevo orden jurídico vigente, el mismo objeto que captaba la atención de sus profesores.

Con todo, el Derecho comparado es materia importante en toda investigación y didáctica constitucional y sería útil que se promoviese su conocimiento, especialmente en el postgrado de cada disciplina. Aunque admitamos que el foco principal está en el orden jurídico propio y, en lo que nos atañe, en el Derecho constitucional español y su desarrollo infraconstitucional, el Derecho comparado es una ayuda indispensable, tanto la macrocomparación (de sistemas jurídicos) como la microcomparación (instituciones, derechos fundamentales concretos, etc.). Añadiría, pues, en los estudios de postgrado y doctorado materias de Derecho comparado, más o menos amplias en su objeto, según la amplitud de un concreto master o de un programa de doctorado.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Más dudas tengo respecto a la introducción de materias específicas de Derecho comparado en el grado. Entiendo que, al hilo del tratamiento de las diferentes ramas del Derecho español, son esclarecedoras las referencias al Derecho comparado que lo sitúen en un marco global. Sin embargo, no creo que, en un programa de grado, quepa una asignatura de Derecho constitucional comparado que además debería impartirse al principio. Por eso insisto en la conveniencia de que esas consideraciones comparatistas señaladas para enmarcar el análisis del orden constitucional español, se ofreciesen a los estudiantes al hilo de las explicaciones de la parte general de nuestra asignatura.

Lo que tal vez tendría sentido sería introducir, como ocurre en otras latitudes (también aquí cabe comparar programas de estudios) una asignatura que versase sobre sistemas jurídicos comparados. Tal materia conectaría muy estrechamente con la de Teoría del derecho en la que, por su parte, debería hacerse referencia al menos a los grandes modelos occidentales de entender el Derecho (*Civil Law* y *Common Law*). Así las cosas, la relación entre esta macrocomparación con la Teoría del derecho sería paralela a la de la microcomparación con las asignaturas específicas de cada materia.

Mª JESÚS GARCÍA MORALES

Me parece oportuno sumar dosis de Derecho Constitucional Comparado en los itinerarios de nuestras titulaciones. Ciertamente, todos nosotros explicamos el Derecho Constitucional español con referencias comparadas e investigamos con fuerte sensibilidad comparativa, pero el recorte de contenidos en los planes de estudios y el creciente volumen de materia a impartir no siempre permite dedicar al Derecho Constitucional Comparado una atención más monográfica.

Imagino que algunas de nuestras Facultades imparten Derecho Constitucional Comparado, pero no tengo la certeza, ni menos de cuántas de ellas lo hacen, ni con qué enfoque. Es posible que el Derecho Constitucional Comparado haya sido abandonado en España o, por lo menos, no tenga en nuestro país el protagonismo de que dispone en los planes de estudio de otras Facultades de Derecho europeas e internacionales.

A diferencia de los años donde el Derecho Político se debía explicar en clave comparada, pues no había Constitución (ya se han destacado los Manuales de los Profesores Manuel García Pelayo y Manuel Jiménez de Parga), hoy disponemos de una nutrida manualística sobre Derecho Constitucional español, pero no de Derecho Constitucional Comparado.

Afortunadamente, la tradición manualistica comparativa se ha recuperado con obras como, por ejemplo, el ejemplar sobre *Derecho Constitucional Comparado* dirigido por los Profesores Diego López Garrido, Marcos Francisco Massó Garrote y Lucio Pegoraro {última edición, revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017}, esto es, un equipo de profesores italo-español, un

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

detalle no baladí, ya que Italia dispone de una tradición comparatista más asentada que en España, tanto por la existencia de cátedras, manualística, asociaciones de profesores e, incluso, revistas de larga trayectoria exclusivamente de Derecho Comparado.

Podría resultar de interés hacer un mapa de las Facultades de Derecho españolas que disponen de la asignatura de Derecho Constitucional Comparado como tal, en qué curso, con qué carácter se incorpora en el itinerario de la titulación y cuál es el enfoque material del programa a impartir.

En concreto, sobre el contenido de esa asignatura, las opciones pueden ser variadas. Por un lado, la asignatura podría configurarse como Derecho Constitucional Comparado europeo circunscrito a una selección de países de la Unión con unos puntos en común históricos, culturales, políticos y jurídicos. Otra posibilidad sería su configuración más amplia como Derecho Constitucional Comparado con un espectro de países más amplio y/o con menos puntos en común.

La primera opción fácilmente puede tacharse de eurocentrista, pero brinda ventajas prácticas importantes. Los países que comparten la pertenencia a la Unión son actores, a través de sus Constituciones y de sus Tribunales Constitucionales, en la creación de las tradiciones constitucionales comunes. Desde las diferencias, la comparación jurídica en este campo ha servido para constatar, en los términos ya vistos, un Derecho Público Europeo. Además, la docencia de ese Derecho Constitucional Comparado intra-europeo puede contribuir a que nuestros estudiantes, futuros profesionales del Derecho —llamados a vivir en una sociedad donde la movilidad entre países va a ser habitual (y probablemente más fácil dentro del ámbito de la Unión)— puedan entender la forma de razonar y de actuar de sus futuros colegas.

Si se opta por una asignatura de corte más amplio, al estilo de un Derecho Constitucional Comparado, que además de Europa contenga la comparación con ordenamientos extra-europeos se amplía más el campo de estudio y pueden ser más las diferencias que los puntos en común. En ese caso, inexorablemente, se debería estudiar Estados Unidos, como cuna del constitucionalismo, pero también Canadá, que ha suscitado un importante interés en España e, incluso, considerar otros más lejanos como Australia (con una destacada escuela de constitucionalistas y de Derecho Constitucional Comparado). Tampoco debería pasar desapercibida la comunidad iberoamericana con la que nos une la lengua, el instrumento más potente de comunicación (y sobre la que no deberíamos olvidar el interés que suscita en países de reconocido buen constitucionalismo, como Alemania), o incluso otros países que pertenecen a culturas jurídicas desconocidas entre nosotros (constituye también un motivo de reflexión el número creciente de programas de partenariado e intercambio de las más prestigiosas Facultades de Derecho alemanas con China, Japón y Corea y la circulación de soluciones jurídicas que ello va a generar).

El Derecho Constitucional Comparado como asignatura no sólo sería de interés para la formación de nuestros futuros juristas, sino para estudiantes de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

disciplinas universitarias afines, los estudiantes Erasmus que año tras año recibimos en nuestras Facultades de Derecho (España es uno de los destinos más solicitado para cursar estas estancias por los estudiantes europeos), así como estudiantes de otros programas de intercambio con terceros países.

Y por último, una sugerencia. Explicar Derecho Comparado no es fácil. El docente debe disponer de herramientas para el objeto de estudio: por lo pronto, en la docencia, manuales. En las políticas de adquisiciones de las Bibliotecas de las Facultades de Derecho debería introducirse también la perspectiva comparada, a través de la compra de manuales de Derecho Constitucional Comparado, de Derecho extranjero (por lo menos, de un manual referente de cada uno de los Estados de la Unión Europa) y ampliar la adquisición progresivamente a tratados u manuales de otros países de *common law*, iberoamercicanos o de culturas jurídicas poco o nada conocidas entre nosotros.

JAVIER GARCÍA ROCA

Efectivamente, la pobreza intelectual de las Leyes Fundamentales de la Dictadura —un entramado normativo semántico— empujó a algunos de los mejores universitarios a escribir manuales de Derecho Constitucional Comparado como es el excelente estudio de Manuel García Pelayo, que aún puede leerse como introducción con provecho, o el de Luis Sánchez Agesta. Igualmente, obras como el enciclopédico Derecho Político de Pablo Lucas Verdú estaban mucho más llenas de referencias de doctrina extranjera de diversos países europeos que de la española; recuerdo como alumno los problemas que esta distancia y densidad ocasionaban en su comprensión.

También algunos manuales extranjeros de Derecho Constitucional Comparado, convenientemente traducidos, fueron utilizados durante mucho tiempo en la docencia de la parte general del Derecho Constitucional (era realmente Derecho Político) con la finalidad y la determinación democrática de encuadrar los estudios jurídicos y la formación de los alumnos en un panorama cultural que no estuviera limitado por las pobres opciones políticas y normativas de nuestro país durante la Dictadura. Fueron preferentemente buenos manuales italianos de Derecho comparado como son los de Paolo Biscaretti di Rufia, Giuseppe de Vergottini, o Alessandro Pizzorusso.

Pero también se tradujeron y usaron con idéntica finalidad obras de Derecho extranjero, lo que no era lo mismo sino harto más discutible. Recordemos manuales franceses de Derecho Constitucional e instituciones políticas como los de Maurice Duverger y André Hauriou. O de Ciencia Política, pues insistiré en que estábamos en tiempos del viejo Derecho Político, como el de Georges Burdeau. O incluso manuales ingleses como el clásico de Sir Ivor Jennings. O manuales alemanes como el Ekkehart Stein. En pocos países creo haya habido un uso tan amplio de manuales extranjeros.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En mi memoria de acceso a la cátedra revisé con detalle este extremo desde el siglo XIX, señalando ejemplos como «el Macarel», y advirtiendo que acaso éste fuera uno de los defectos que impidió consolidar una verdadera dogmática nacional, centrada en nuestros propios problemas reales. No deberíamos reproducir tamaños excesos.

A esa parte general se destinaba buena parte del tiempo de la enseñanza de la asignatura, que abarcaba dos cursos, en el primer año de la Licenciatura en Derecho. Pero su extensión fue menguando progresivamente hasta casi desaparecer de los programas y guías docentes según crecían en extensión y profundidad los amplísimos contenidos del Derecho Constitucional «especial» y español. Un Derecho que resulta indefectible explicar a los alumnos junto al Derecho europeo. Para la docencia de estos temas centrales, siquiera existe ya tiempo, pues el Grado de cuatro años que incorpora el llamado Plan Bolonia ha obligado a jibarizar la enseñanza en dos cuatrimestres. Es una situación preocupante, pues ha llevado a una formación mucho más elemental de los alumnos, menguando de la función crítica de la universidad y la función formativa y propedéutica, antes que descriptiva, que es propia del Derecho Constitucional.

Probablemente deben incorporarse programas de Derecho comparado en el posgrado. Pero yo no lo haría como un comparado general sino en concretas materias. Así p.ej. en la Complutense se imparte: un Master en «Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos»; un *Joint Master, Erasmus Mundus*, en inglés sobre «*Procedures and legislative drafting*» (EUPADRA); así como un título propio en «Los sistemas del Convenio Europeo y la Convención Americana de Derechos Humanos». En los tres títulos, el método comparado y una aproximación supranacional es esencial en la docencia y las primeras investigaciones que hacen los alumnos.

Retomando el hilo central del discurso, la pérdida de una aproximación comparada, cultural y general, en el Grado en Derecho en provecho de contenidos estrictamente normativos redunda en una formación menos crítica y reflexiva de los nuevos juristas. Se ha hablado de un Derecho Constitucional como una «ciencia justificadora de lo existente» (Lucio Pegoraro), y se ha reprochado un «positivismo jurisprudencial» (Pedro de Vega), pese a que tal crítica no estaba exenta de excesos, porque sin jurisprudencia ya no cabe una ciencia jurídica.

Pero es verdad también —justamente en sentido contrario— que la fuerte comprensión cultural de los derechos fundamentales, fundada en los principios y valores del constitucionalismo y abierta al Derecho Internacional y al Europeo, ha contribuido a frenar un resultado localista por la misma transversalidad de los derechos. Igualmente, la relevancia decisiva y creciente del Derecho de la Unión en la parte organizativa, que condiciona la práctica totalidad de la actividad legislativa de las Cortes Generales y la distribución de competencias entre entes territoriales en un sistema multiniveles de gobierno, debería hacer el resto a la búsqueda de un equilibrio entre lo nacional y lo comparado o supranacional.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

PABLO PÉREZ TREMPS

Intensificar los estudios de Derecho Constitucional Comparado, de acuerdo con las respuestas anteriores no creo que sea conveniente, creo que es muy necesario.

En cuanto al enfoque yo lo resumiría en varias ideas.

Sería conveniente incorporar datos y experiencias de Derecho extranjero y comparado tanto en la labor docente como investigadora.

Sería muy deseable la existencia de alguna asignatura (al menos optativa) de Derecho Constitucional Comparado

Sin perjuicio de arrancar del análisis de instituciones y experiencias foráneas sería muy conveniente desarrollar los estudios con un método realmente comparado, esto es, no de yuxtaposición de experiencias sino de construcción de categorías a partir, eso sí, de experiencias foráneas concretas.

***

TITLE: *Academic survey about the comparative method in Constitutional Law actor*

ABSTRACT: *In this academic survey a group of Constitutional Law Professors answer some questions about the role of the comparative method in the Spanish constitutional law, and the influence of foreign models in the constitutional process, the legislator and the Constitutional Court, as well as about the present situation of comparative constitutional law studies.*

RESUMEN: *En esta encuesta un grupo de Catedráticos de Derecho Constitucional contestan un conjunto de preguntas sobre el uso del método comparado en el derecho constitucional español, y sobre la influencia de modelos o referentes extranjeros durante el proceso constituyente, en la actividad legislativa y en la del Tribunal Constitucional, así como también algunas preguntas sobre los estudios de derecho constitucional comparado.*

KEY WORDS: *Comparative Constitutional Law, Comparative Method, Comparative Constitutional Law Studies*

PALABRAS CLAVE: *derecho constitucional comparado, método comparado, estudios de derecho constitucional comparado*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EDMUND BURKE HA VUELTO A MORIR (PARLAMENTO Y DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA)

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de A Coruña

SUMARIO

I. El correcto orden de las cosas. II. La arquitectura del estado liberal y el principio de división del trabajo. III. Bicameralismo y representación territorial. IV. La alternativa de un consejo federal. V. El particular caso del Senado español. VII. Intereses político-territoriales y parlamento. VIII. Nuevos caminos, nuevas respuestas.

Una constante hasta ahora inalterada. Ni la diversidad de su expresión, ni los cambios habidos a lo largo de la historia han hecho que la política pierda su fundamento territorial. El poder político es un esfuerzo permanente de delimitación, de apropiación y configuración de un espacio en el que construir identidad. El poder es jurisdicción y su lenguaje, la política, respira ese mismo oxígeno. Antes de existir la opinión pública, antes, por tanto, de la llegada del estado, la política como simbolización y socialización del poder ya era una forma de marcar el territorio, de representarlo[1]. Incluso, el internacionalismo político, el derecho de gentes, la kantiana paz perpetua o los balbuceos del constitucionalismo global de nuestros días, no son más que la búsqueda de una última frontera, de un nuevo espacio de poder.

La política dimensiona la superficie del poder y, al hacerlo, lo representa. Esa función topológica y, en cierto modo fractal, escapa a la geometría tradicional del jurista en la que la distancia mas corta entre dos puntos siempre es la recta que se

1 La literatura sobre ese proceso y sus efectos es amplísima. Por todos vid. SASSEN S. *Territory, Authority, Rights*, Princeton, Princeton U.Press, 2006 (hay una versión en castellano traducida por M.V.Rodin y publicada por Katz editores, 2010. Asimismo, es de obligada consulta la obra de ROKKAN. S., *StateFormation, Nation-Building and MassPolitics in Europe* ,New York, OUP, 1999.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

traza sobre el plano de la constitución (cuyos contenidos pueden cambiarse, pero no su lógica).

Estas páginas pretenden evidenciar la estéril circularidad de un debate cargado de nominalismos constitucionales y que no ofrece respuestas convincentes. Me refiero a la larga discusión académica y política surgida ante la necesidad de tener que justificar constitucionalmente, es decir, en una sociedad de patrón democrático, la existencia de una segunda cámara parlamentaria.

El solo hecho de tener que explicarlo, nos advierte sobre la presencia de un factor subyacente que desborda la previsión natural de las cosas: que, en democracia, la constitución garantice la existencia de un órgano que representa la voluntad del pueblo es algo pacífico y coherente; sin embargo, que se constitucionalice la concurrencia de otras representaciones en competencia con la primera es algo que debe ser adicionalmente motivado.

De entre todos los intentos hasta ahora habidos (cámara de moderación que representa a las élites, cámara corporativa que representa intereses económicos…) el que ha mostrado un mayor grado de compatibilidad y adaptabilidad institucional con la obligada existencia de una cámara de representación del pueblo ha sido el de la representación territorial, presente, incluso, en estados tan poco descentralizados como el francés. Pero, ¿puede existir una representación territorial distinta de la política? y, al tiempo, ¿puede hablarse de una representación política sin dimensión territorial?

I. EL CORRECTO ORDEN DE LAS COSAS

La política, entendida como relato de lo público ante el público, supuso la configuración de un nuevo territorio: la nación. Fue el estado el que creó la nación y no se produjo, como a veces se argumenta, el proceso inverso[2]. Con el estado,

2 Como ha escrito R. MÁIZ «En un primer momento, la Nación se construye desde el Estado (lengua estándar, mitos y símbolos compartidos, historia nacional etc.) como refuerzo comunitario de la ciudadanía individual, legitimador del esfuerzo jurídico, fiscal y bélico exigido a las poblaciones. Más tarde, la creación de capitalismos de base estatal al hilo de la competencia y coordinación internacional entre grandes potencias, se tradujo en el reforzamiento del nacionalismo de Estado a finales del siglo XIX (…) La identidad nacional —siempre políticamente creada, nunca natural— resulta previa a la defensa de intereses económicos nacionales, porque provee el criterio de lectura a través del que se interpretan estos últimos (Hale 2008). De este modo, el proceso de construcción del Estado liberal se dobla con el proceso de la construcción nacional: no es la Nación la que segrega un Estado propio, sino el Estado el que conforma su Nación. Es el Estado el que, en determinados casos, procesos y contextos, y no en otros, monopoliza el poder político como *Estado-naciónal* tiempo que construye un *Estado nacional*, esto es, una comunidad más o menos homogénea con una misma cultura, lengua, historia, mitos y símbolos compartidos por la mayoría de los ciudadanos. También aquí algunos Estados (Francia) mostraron más capacidad de nacionalización de sus poblaciones que otros, los cuales, en sus trayectorias dispares de construcción como Estados- nacionales, mantuvieron o incentivaron una crecientemente activada estructura plurinacional (España, Reino Unido)», «El dios mortal.¿Implica la globalización una progresiva desaparición de los estados?», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 37. 2017, cit. en pp. 29 y 30.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

territorio y pueblo se hacen uno y, de ahí, las dificultades de la teoría del estado para explicar la plurinacionalidad, tanto en su interior (bien sea por la presencia de comunidades históricamente diferenciadas, bien por procesos migratorios generadores de sociedades cosmopolitas) como, hacia afuera, al definir su papel en la generación de organizaciones supraestatales.

Sabemos que el proceso de construcción del estado ha sido complejo y evolutivo, y que esa circunstancia ha repercutido en las instituciones y tradiciones constitucionales de cada país. Ahora bien, el constitucionalismo ha elaborado y suministrado un argumentario básico común, tanto desde el punto de vista de la estructura de las fuentes del derecho, como desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos o la relativa a la organización del poder (elecciones por sufragio universal, división de poderes, *check and balance*…) en el que ir acomodando diversas singularidades. Dentro de ese sustrato explicativo, que persigue dar encaje en la teoría constitucional a peculiaridades derivadas del proceso evolutivo de cada estado, nos encontramos con el concepto de representación territorial que nace para agrupar/camuflar diversos arreglos institucionales cuyo único fin es contener o limitar posibles desviaciones del órgano que representa política y democráticamente al pueblo, ya sea bajo la excusa de la participación (gobiernos locales) ya, en el caso de los estados de tipo federal, con el pretexto de crear la necesaria ficción institucional de que los pueblos de los estados miembros cuentan con un circuito representativo propio, distinto del que corresponde al pueblo federal, que les permite modular/contener la voluntad política de este último.

La fragmentación del poder legislativo en varias Cámaras o, como alternativa institucional, la obligada y decisoria intervención en el proceso de elaboración de las leyes de órganos de relevancia constitucional funcionalmente asimilables (al estilo del *Bundesrat* alemán), encuentra sus raíces en los precusores medievales de los modernos parlamentos y en la tradición jurídica de cada país. El constitucionalismo rompió conceptualmente con ese pasado, con un mundo de súbitos y señores que fue progresivamente sustituido por otro de servidores públicos y ciudadanos. En ese mundo en transformación, también mutó la vieja idea de representación hasta convertirse en algo radicalmente distinto. Como ha escrito Francisco Rubio Llorente: «Lo que reciben los Parlamentos democráticos, los parlamentos contemporáneos, no es la representación que ostentaban las viejas cámaras estamentales; nuestros parlamentos no son herederos de esas Cámaras, sino de la *repraesentatio absortiva* que ostentaban los antiguos monarcas absolutos. La representación es, por definición, representación libre; y el parlamento como órgano del Estado integrado por la totalidad de los representantes, ha de organizarse y actuar de acuerdo con este principio de la total igualdad y la absoluta libertad de quienes lo integran»[3].

3 «El parlamento y la representación política», *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993, p. 224.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aunque las primeras asambleas revolucionarias se dotaron así mismas de competencias típicamente ejecutivas y judiciales, en clara contradicción con alguno de los principios que sus miembros proclamaban, resultaba materialmente imposible que un órgano de deliberativo y de amplia composición asumiese el gobierno diario de los asuntos públicos. Los representantes políticos del pueblo, en coherencia con los postulados que defendían, pronto se centraron en aprobar las leyes y controlar el gabinete del rey o el órgano equivalente de dirección y gobierno. Si bien la voz del parlamento era la voz de la nación, ésta no tenía, como la del rey, un alcance ilimitado. Ni la teoría (división de poderes), ni la práctica lo hacían posible.

El parlamento sustituía al rey como principal representante del pueblo, pero no era el único. En el proceso de construcción del estado los parlamentarios tuvieron que convivir con otros representantes que de forma indirecta también actuaban por delegación del pueblo al que decían servir: los agentes y empleados públicos, incluidos los encargados de impartir justicia. Los representantes de la ley también lo hacían por mandato y en nombre del pueblo al que servían. Diferenciar entre el pueblo como actor político y el pueblo como mero referente de la legitimación del estado se convirtió así en una necesidad estructural.

No todos los asuntos públicos eran asuntos políticos. Los asuntos públicos comenzaron a tener una doble dimensión: la política y la no política. El parlamento no podía ni juzgar ni gobernar. Su soberanía se iría construyendo como una soberanía especializada. El concepto de representación política permitió delimitar funcionalmente ese espacio, otorgarle carácter excluyente y diferenciar la representación producida en el parlamento de otras representaciones. Al principio y al final de ese proceso selectivo de transformación sólo la parlamentaria fue considerada como representación política: la única, la genuina.

Al no existir vínculo jurídico entre representantes y representados no se trataba de trasladar la voluntad del pueblo al parlamento y, de éste, al estado, sino de que, a través de la representación operada en y por el parlamento, se escenificase la formación de una voluntad única del pueblo, inexistente con anterioridad[4]. De este modo, se habilitaba un cauce para superar la primera de las aporías que presentaba la teoría de la representación sobre la que se estaba edificando el

4 Aunque la base democrática de la representación política siempre generó movimientos y tendencias que a modo de tácitos mensajes partían del electorado hacia sus representantes, lo cierto es que, con algunas excepciones, a la doctrina del derecho público solo le interesó la dimensión autorreferencial de la representación, hasta convertirla en una función estatal en la que los ciudadanos y sus derechos —especialmente los de participación— eran contemplados como una pieza menor de todo el engranaje. Desde la *Teoría General del Estado* de Jellinek, pasando por Carré de Malberg hasta llegar, por ejemplo, a la mejor doctrina italiana del pasado siglo, puede apreciarse como al abordar este tema se piensa más en el estado que en las personas y sus derechos. Las siguientes palabras de Balladore-Pallieri, «los parlamentarios no ejercen la función legislativa en lugar de un sujeto —el pueblo— al que tal función correspondiera in proprio, sino que la ejercer porque compete al Estado, del que ellos, en tanto que miembros de las Cámaras, son órgano», podrían ser de otros muchos autores. (*Diritto Costituzionale*, 11.°ed., Milán, Giuífré, 1976, p. 102).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estado constitucional: ¿cómo legitimar el poder político en la voluntad general si ésta no existía como tal antes del hecho mismo de la mediación representativa?

Por tanto, primero fue el estado y después la nación; y, primero fue la representación y después el parlamento, tal como hoy lo entendemos.

II. LA ARQUITECTURA DEL ESTADO LIBERAL Y EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DEL TRABAJO

El intercambio de pareceres, sin poner en peligro la libertad personal, era uno de los requerimientos presentes en las viejas asambleas medievales. Esta garantía se acomodaba a la perfección a las demandas del estado liberal y, particularmente, a la necesidad de contar con un público cuya opinión pudiese ser contextualizada y conocida. El parlamento era el lugar ideal para crear ese público y donde formar y procesar una opinión que después se pudiese imputar al pueblo.

El primero en advertir sobre la conveniencia de esa especialización representativa fue Emmanuel Sieyès, para quien era una obligada consecuencia del principio de división del trabajo sin cuya concurrencia era imposible distinguir «una nación organizada en cuerpo político, de una inmensa turba de hombres esparcida sobre una superficie de veinticinco mil leguas cuadradas[5]». Especialización que estimaba imprescindible para diferenciar entre la soberanía de la nación que se expresa mediante el poder constituyente y la soberanía del parlamento en tanto que poder constituido; para definir a los electores y a los elegidos; y, en fin, para acotar el espacio del parlamento en relación con los demás órganos del estado[6].

5 «Ideas sobre los medios de actuación que podrán disponer los representantes de Francia en 1789», *El Tercer Estado y otros escritos políticos de 1789* (R.Máiz, edit.), Espasa-Calpe, Madrid 1991, p. 39.

6 Al obviarse esta perspectiva, algunos autores han advertido sobre la contradictoria posición de Sieyès quien, tras defender con vehemencia la imposibilidad de dividir al cuerpo de representantes en dos cámaras terminaría justificando la constitucionalidad de un sistema bicameral y hasta siendo, con Napoleón, presidente del Senado (1799). Sin embargo, si examinamos con atención sus textos, singularmente el Artículo II de la «Declaración voluntaria propuesta a los patriotas de los ochenta y tres departamentos de Francia (17 de junio de 1791)» puede comprobarse que Sieyés no se opone a la división del trabajo de los representantes en dos secciones, aunque se encuentren físicamente separadas, sino a «formar varios todos o Cámaras ejerciendo un veto una sobre otra». Prueba de la incomprensión actual en la lectura de aquél texto es que, a pesar de los esfuerzos del autor, dos días después de su publicación se le incoó un procedimiento criminal en el Club de los Jacobinos por pretender una regresión de la Revolución argumentando la vuelta a la instauración de una segunda cámara. Del mismo modo, cuando en sus «Bases del orden social» (1794) explica su giro en torno a la estructura del legislativo, sin que neguemos aquí el cambio producido, puede apreciarse que, en su justificación, subsiste la apuntada idea de división del trabajo: «El Poder Legislativo, a su vez, no ha de ser confiado a la solo Cámara de los Diputados. En efecto, hemos llegado a la conclusión de que resulta necesario dividirlo en tres partes: el Jefe del Estado, el Senado y la Cámara de Diputados. Ninguna de estas tres partes puede arrogarse por entero el Poder Legislativo; ninguna, tampoco, considerarse el legislador o representante legislativo. Estas cualidades, en efecto, no pertenecen sino a la reunión de la tres partes. Los textos citados pueden verse en R. Máiz, *Escritos y discursos de la Revolución*, CEPC, Madrid, 2007, cít. en pp. 350 y 388 respectivamente.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta interacción parlamento/representación política dio lugar a una singular especialización del poder, a la que los teóricos del estado denominaron después «función representativa».

Importa no perder de vista esta vinculación originaria y a menudo olvidada entre la representación política y el principio de división del trabajo. La representación política no nació como un mecanismo de transmisión de la voluntad del pueblo, sino como una herramienta especializada para su recreación institucional, sujeta cíclicamente a una válvula de seguridad democrática: la confianza otorgada y periódicamente manifestada en las urnas[7].

Atribuir a la nación el origen de todo el poder es un enunciado más próximo a la idea de democracia que imputárselo a la divinidad, pero, cuando menos en sus comienzos, resulta difícil identificar aquella primera representación política con la existente en las actuales democracias. Más bien podríamos sostener que la representación política que sirvió de fundamento al estado constitucional fue una simbiosis entre los condicionantes derivados del acceso de la burguesía al parlamento y la reasignación institucional que ello comportó desde la perspectiva del principio de división del trabajo. No discuto la importancia del avance ni la de su horizonte (el pueblo). Tan solo pretendo subrayar cómo la nueva clase dominante contuvo el concepto de representación para convertirlo en un poder instrumental a su exclusivo servicio, puesto que tal circunstancia es importante para comprender por qué desapareció por completo la posibilidad de revocación del mandato —presente, aunque curiosamente olvidada—, en la obra de Sieyès[8] o las dificultades y resistencias con las que se encontró la ampliación del sufragio cada vez que intentó abrirse camino.

La oposición del rey y de las fuerzas que lo apoyaban tuvo claras manifestaciones en las primeras constituciones liberales europeas (co-soberanía, veto real sobre la ley, control del ejército y de la Administración…). Si los que se sentaban en los escaños del parlamento ya no defendían mayoritariamente los intereses de aquellos grupos (aristocracia y clero) próximos al monarca, poniendo en peligro su subsistencia y la estabilidad de gobierno, nada mejor para contener aquel ímpetu transformador que aplicar institucionalmente su misma receta: *divide et impera*.

El bicameralismo apareció, así, como una solución casi natural, que permitía establecer en favor de las viejas élites una caja de resistencia política que

7 Sobre esta visión funcional de la representación vid. Rubio Llorente, F., para quien «La necesidad de división del trabajo y especialización es así una de las dos raíces del principio representativo. De acuerdo con esta concepción de Sieyès, que después se repite con otras variantes en Schumpeter y que en terreno de la Teoría del Estado tiene una expresión clásica también en la obra de Hans Kelsen, la representación política es la resultante de la actuación conjunta de dos principios distintos: el principio democrático de una parte, y el principio de división del trabajo de la otra», en «El parlamento y la representación política», *La Forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, cít. p. 224.

8 Por todos, R. MÁIZ, *Nación y Revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*, Tecnos, Madrid, 2007.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aprovechaba las inercias de la historia y ofrecía la gran ventaja de participar plenamente de la nueva lógica del constitucionalismo y, particularmente, de su idea de establecer frenos y contrapesos al ejercicio del poder. Para prevenir y equilibrar los potenciales excesos de la asamblea nada mejor que dividir su representación, incorporando la tradición de las dos cámaras, dotando de mayor complejidad a sus procesos de decisión y administrando los ritmos y los tiempos. Una sola representación y dos cámaras: una principal y otra de moderación, que sería conocida como la «alta». Pero la solución política no era institucionalmente posible. Si había dos cámaras, debería haber dos representaciones.

Con el bicameralismo se abrió en el circuito de la representación política una puerta a otras representaciones —que algunos, posteriormente, bautizarían como especiales— pues, para justificarse y evitar la reiteración, ya no podían calificarse de «políticas». Toda vez que carecía de sentido replicar en una segunda cámara las sensibilidades políticas de la primera y, asumido que el poder legislativo no podía invadir las competencias de otros poderes del estado, la única alternativa viable para alcanzar aquel estratégico fin moderador, pasaba por variar la composición de la cámara alta, cuyos miembros tendrían que seleccionarse mediante un criterio distinto (procedencia territorial, linaje, adscripción corporativa…) a los de la cámara baja. En definitiva, revestir la misma representación política con una representatividad distinta[9].

Este persuasivo movimiento de los herederos del *AncienRègime* tuvo una consecuencia trascendental: quebró la coherencia y la filosofía constructiva del concepto de representación política tal como había sido conformado en el ideario de la revolución liberal (las primeras constituciones disponían asambleas unicamerales: una sola nación una sola representación) y permitió introducir en el circuito político representativo otras representaciones que no eran, formalmente, «políticas». La idea de moderar al pueblo y a sus políticos por otros actores políticos que no dependiesen directamente de la voluntad popular fue el germen de una desconfianza en la autenticidad de la representación política, que, bajo nuevas formas, perdura hasta nuestros días.

La brecha abierta en la noción de representación política dio lugar a un concepto amplio y otro estricto. El primero engloba a todas las representaciones —sean o no políticas— que forman parte del circuito político-representativo del estado, mientras que el segundo sigue significando su concepción original. La

9 Sobre la clásica diferencia entre representación y representatividad me remito al trabajo de R. PUNSET «El concepto de representación territorial en la Constitución española», RDP, nº 7, 1980, pp. 105-118. Como explica el citado autor, «es indudable que la configuración constitucional del modo de reclutamiento de los órganos estatales supremos persigue una finalidad representativa o, más exactamente, pretende construir una concreta *representatividad*. De igual modo, parece evidente que la representatividad perseguida no es la misma en unos órganos que en otros; y ahí está la historia del bicameralismo para demostrarlo, toda vez que la razón de ser de las Segundas Cámaras ha girado casi siempre en torno a su especificidad representativa respecto de las Cámaras Bajas» cít. en p. 109.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

confusión entre la representación política y sus diversas representatividades estaba servida.

III. BICAMERALISMO Y REPRESENTACIÓN TERRITORIAL

Pero no todas las consecuencias de esa impropia ampliación del concepto de representación fueron necesariamente negativas. El bicameralismo, como arreglo constitucional, resultó ser un remedio constructivo muy útil para favorecer la unidad política de aquéllos estados que tenían una amplia extensión territorial o en los que se agrupaban comunidades con identidades culturales diferenciadas y resistentes culturalmente al proceso de construcción nacional. La cámara alta, al menos en teoría, ofrecía una oportunidad para dar soporte político a otra representación, la de los territorios, que se anunciaba como distinta de la tradicional representación política, con el claro propósito justificativo de hacer entender que su cometido ya no era moderar los impulsos de la cámara baja (co-gestionar una misma representación), sino incorporar al parlamento una representación distinta de la política en sentido estricto.

Se propugnó, así, la conveniencia de habilitar constitucionalmente órganos material y funcionalmente especializados en determinadas tareas representativas que, además, pudiesen servir, por su composición, para desatascar y dar curso a situaciones políticas complejas[10]. No obstante, siempre que esta solución institucional se canalizó a través de una segunda cámara parlamentaria, ello no se debió al hallazgo de una representación territorial distinta de la política, sino a la aplicación, una vez más, del principio de división del trabajo.

Como de forma muy concisa explica Meg Russell[11], cuando se constituyeron las federaciones de los Estados Unidos de América, Canadá y Australia (1787, 1867 y 1901, respectivamente), los parlamentos nacionales se crearon con unas primeras cámaras que seguían el modelo Westminster. Estas cámaras eran elegidas directamente por los ciudadanos y los escaños se distribuían en circunscripciones nominales, mediante un sistema mayoritario («first past the post») en el que toda la población tenía una representación aproximadamente igual. Pero esta sistema de provisión de escaños dejaba a los estados más pequeños y menos poblados en una situación de notoria inferioridad, cuando no, de práctica exclusión del principal órgano democrático de la federación recién constituida. Las segundas Cámaras vendrían a poner remedio a esa situación.

10 La configuración constitucional del Senado de los Estados Unidos de América es, en este sentido, ejemplar. Los Papeles del Federalista son testimonio escrito de esa pretensión. En particular es de interés la lectura de la carta núm 62 «Criterios que definen al Senado» (Publius/Madinson), *El Federalista*, (R. Máiz, ed.) Akal, Madrid, 2015.

11 «The territorial Role of Second Chambers»,*Seconds Chambers*. N.D J.BALWIN Y D. SHELL Eds., Frank Cass, London, 2001, pp. 105-116

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Dicho con otras palabras: la integración de los estados en la federación exigía que se compensasen representación y geografía[12] (las zonas menos pobladas del país también tenían derecho a sentirse partes del nuevo proyecto). El tradicional diseño de distrito electoral anglosajón no permitía corregir ese desequilibrio que perjudicaba la presencia suficiente de todos los estados en la federación y, sobre todo, la de la federación en todos los territorios, algo que en los sistemas electorales proporcionales y de circunscripciones plurinominales se consigue de modo mucho más sencillo, adjudicando un número mínimo de escaños por circunscripción, fórmula que opera como una garantía de presencia en el parlamento de las circunscripciones más pequeñas o menos pobladas.

Las segundas cámaras federales no surgieron, al menos en estos países, para canalizar una representación territorial distinta de la política sino, por razones mucho más pragmáticas, para solventar problemas relativos a la base territorial de la representación política, articulándose un mecanismo de equilibrio entre la democrática y el asentamiento del electorado en todo el territorio de la federación. Los senadores no tenían por cometido representar unos intereses territoriales distintos de los políticos, sino hacer política en nombre de unos estados que, de otro modo, tendrían una presencia muy disminuida en el principal órgano de decisión federal.

Cuestión distinta es que esta necesidad constructiva o de diseño se adornase de argumentos favorecedores de las bondades políticas de la federación, hasta producirse un progresivo salto conceptual: la representación que asumía la segunda cámara no era una representación política expresada a través de otra representatividad (la de los elegidos por los estados y no por la federación) sino una representación —la territorial— auténtica y completamente distinta. De este modo, mientras la cámara baja expresaba, a través de la representación política, las preferencias y los posicionamiento ideológicos del pueblo federal, la cámara alta no representaría a ciudadanos sino a los territorios, aceptándose, en cierto modo, que la voluntad conjunta de todos los ciudadanos que viven en ellos no tendría por qué coincidir con la suma de los ciudadanos que viven en la federación[13].

12 Sobre el diseño de los distritos electorales y su condición de pieza medular de todo el sistema representativo vid. *The concept of constituency. Political Representation, Democratic Legitimacy and Institucional Desings*, Andrew Rehfell, Cambridge University Press, 2005.

13 Consciente de ello, F. RUBIO LLORENTE ha llegado a afirmar que «La noción puramente intuitiva de representación territorial se hace más y más opaca cuanto más se ahonda en ella y es indispensable ir hasta el fondo para realizarla. Ni siquiera en su forma más simplista, que parte, por así decir, de la equiparación entre territorio e individuo, y atribuye a cada territorio un voto (o dos, como en los Estados Unidos de América) resulta sencillo realizarla, pues siempre cabrá discutir quién o cómo se habrá de elegir o nombrar a los representantes del territorio que por definición no es una simple circunscripción electoral, sino un cuerpo político estructurado y dotado en consecuencia de órganos propios. Pero, además, esta forma simplista de dar a todos los territorios la misma representación con independencia de cuáles sean sus dimensiones geográficas o demográficas, conduce inevitablemente a situaciones de infra —supra— representación que pueden lastrar gravemente el funcionamiento de sistema en su conjunto, atribuyendo, por ejemplo, como sucede actualmente (se refiere a la España), un peso desproporcionado a la población rural en relación con la urbana», «La necesidad de la reforma constitucional», *La reforma constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004. p. 35

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A nadie escapa que en ambos supuestos los ciudadanos son los mismos y que lo único que cambia es la corrección introducida en el modo en que son institucionalmente representados en función del distinto sistema electoral establecido para elegir a los miembros de cada una de las cámaras[14].

Puede, en efecto, argumentarse, como incentivo favorecedor de la solución federal —sobre todo en el federalismo dual originario—, que el gobierno de la federación se sostiene sobre dos realidades cada una de las cuales cuenta con su propia casa: una para los estados y otra para las personas. Pero lo cierto, es que en uno y otro caso, nos encontramos ante una misma representación: la política. Una expresada por el gobierno federal y otra por cada uno de los gobiernos estatales. Y es, precisamente, esa política la que se representa y la que define, en su devenir, la dinámica interior de los respectivos territorios[15].

Por este motivo, cuando los partidos políticos consolidaron sistemas para monopolizar y controlar el acceso a la «política» (instituciones federales y estatales) aquella dualidad de origen se fue progresivamente diluyendo hasta ser sustituida —como decía al comienzo de estas páginas— por una nueva geometría fractal: el eje partidos en el gobierno/ partidos en la oposición que se reproduce, en distintas escalas pero con idéntico formato, tanto en la política local, como en la del estado como, finalmente, en la política federal.

Allí donde la competencia entre partidos a nivel federal es, básicamente, una amplificación de la competencia partidaria existente mayoritariamente en los estados, la segunda cámara, por mucho que diga la constitución federal es, en la práctica, un órgano que, al igual que la cámara baja, se rige por el eje mayoría/ oposición articulado por los partidos políticos, y su representación no difiere de la de aquélla[16].

14 Este es el principal inconveniente de la que podríamos denominar tesis del desdoblamiento representativo del pueblo, por cuanto, considera que los ciudadanos pueden ser, al tiempo, miembros de la federación y miembros del estado al que también pertenezcan. Por su primera condición estarían representados en la Cámara baja y, por la segunda, lo estarían en la alta. La dificultad de este enfoque reside no tanto en esta imaginativo Jano, cuanto en explicar su utilidad, pues, no se acaba de comprenderse por qué los ciudadanos van a sentirse más integrados al verse representados como ciudadanos de un estado que como ciudadanos de la federación o por qué los ciudadanos van a corregir o modular la voluntad que manifiestan en una cámara por el hecho de que aparezca representada, de otro modo, en la otra. El solo hecho de pensar que un mismo votante puede actuar movido por intereses territoriales (y no ideológicos) cuando vota la senado y desprovisto de ellos cuando vota a la cámara baja resulta muy difícil de asumir. Sin embargo, ha de reconocerse que esa formulación cuenta con un importante respaldo teórico que, con diversas modulaciones, se sostiene en el tiempo desde los comienzos del federalismo. Así, vid. ALBERTÍ ROVIRA, E., «La representación territorial»,*Fundamento*s, nº 3, 2004, Oviedopp. 279 a 330; y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Nuevas perspectivas sobre la reforma del Senado», en *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*, Madrid, Secretaría General del Senado, 2008, pp. 23 a 58.

15 Así, la experiencia institucional ha demostrado que el Senado de los EEUU siempre ha sido una Cámara de representación política y que los intereses territoriales se han hecho llegar a los cuerpos legisladores federales por otras vías. Vid..ZIMMERMAN, J.F., *Contemporary American Federalism*, Praeger, Westport, Conneticut, London.

16 Desde hace tiempo puede consultarse una amplia literatura que ha analizado, incluso, cuantitativa y sociológicamente, esta cuestión que, en algunos países federales, ha traspasado las paredes de la academia

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Contrariamente, en aquellos estados políticamente descentralizados en los que no se ha logrado concluir un proceso de homogeneización capaz de asegurar un sentimiento dominante y preferente de pertenencia nacional (estado-nación) y, por ello mismo, como parte de su expresión democrática, cuentan con partidos nacionalistas especialmente implantados en los territorios que políticamente reivindican su diferencia, la contienda política incluye la variable territorial como parte de la ideológica y las primeras cámaras se convierten inexorablemente en cámaras de debate territorial, puesto que ese asunto es un elemento inexorablemente constitutivo de la política en esa clase de estados (Bélgica, Canada, Reino Unido, España).

En suma, en uno y otro supuesto, la democracia de partidos desliza a las segundas cámaras hacia la nada, del mismo modo en cómo, una vez elegidos, los sistemas proporcionales convierten en jurídica y políticamente irrelevante el distrito electoral de procedencia de los miembros de la cámara baja. Como ya he dicho otras veces, no conozco a ningún senador sin ideología, ni a ningún diputado sin territorio[17]. La política incorpora la dimensión territorial y en ella se define y representa.

La anterior conclusión es fácil de constatar a poco que se observe con atención la evolución institucional de los senados en las principales democracias federales. Sin embargo, no estimo necesario emprender aquí esa tarea de acreditación, puesto que tanto fuera como dentro de nuestras fronteras existen abundantes trabajos doctrinales que analizan con detenimiento ese asunto[18]. Las segundas cáma-

para incorporarse a la arena pública, tal como se refleja en múltiples artículos de opinión. Las sociedades democráticas se preguntan de manera insistente qué hacer con sus segundas cámaras y a ese interrogante no es ajena la ciudadanía de los estados de tipo federal. Un interesante resumen de situación puede verse en vid. LÓPEZ GARRIDO, C. «Pero…¿Puede ser el Senado una Cámara de representación territorial?», op. supra cit., quien llega a sostener que »El Senado, en fin, se instituyó en el momento fundacional de los Estados federales surgidos por asociación para garantizar la identidad de las partes frente a la unidad del todo, pero poco aporta hoy a la estructura federal, reproduce la misma dinámica partidista característica de la primera Cámara y difícilmente puede ser considerado, por su falta de funcionalidad específica, esencia de los Estados federales», cit. en p. 81. Asimismo, puede consultarse el trabajo de SANZ ROYO, E., «El bicameralismo en el S. XXI. Los últimos debates sobre el senado en el derecho comparado», *TRC,* nº 40, 2017, pp. 507 a 526. Ambos parecen inclinarse por la supresión del senado, una hipótesis que, siempre que se ofrezcan otras alternativas para articular la realidad política de los estados complejos, no me parece que deba ser desatendida, pues, como he escrito en otro lugar, «la representación territorial —como realidad distinta de la representación política de base ideológica—, en las modernas democracias articuladas en torno a los partidos políticos, es más una «cortesía institucional», producto de la historia que ofrece algunas rentabilidad adicionales (reubicación de cargos públicos, escenarios de renegociación política de segunda oportunidad…) que una solución eficiente y necesaria», *Democracia Federal. Apuntes sobre España*, Turpial, Madrid, 2014, p. 254.

17 *Democracia federal*…op. supra cít., p. 253.

18 En nuestra doctrina, afrontan directamente ese tema, SÁENZ ROYO, E., en «Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado», *RDP*, nº 85, 2012, 173-193; y de la misma autora *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico*. Madrid, Marcial Pons, 2014 y, más recientemente, en «El bicameralismo en el S XXI. Los últimos debates en el derecho comparado». Apuntando más directamente al corazón de lo que llega a tildar como la «quimera» de la representación territorial en la democracia de partidos» vid. también el ya citado estudio de López Garrido. En ambos trabajos, con los que comparto

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ras no sólo están siendo cuestionadas en cuanto a la naturaleza de su representación (Francia, Italia, Irlanda, Australia, Canada, Bélgica o España) sino que, en algunos casos, también se denuncia su incomodidad democrática (falta de legitimación de origen o sobrerepresentación por asignación indebida de escaños por circunscripción, como ocurre en Canadá o Australia).

Con todo, es de interés subrayar que, si bien perduran las propuestas, más o menos imaginativas, para su reforma, cada vez son más las voces que propugnan abiertamente su supresión, convencidas de que, en las modernas democracias, ya no hay razones para su sostén y de que todos los argumentos hasta ahora invocados se han demostrado sistemáticamente contradichos por la realidad. De hecho, si esa supresión no se ha producido ello se debe, en mi opinión, a tres circunstancias fundamentales. La primera de ellas está relacionada con la dificultad jurídica que, en algunos países, comporta la reforma del senado por cuanto exige una compleja modificación constitucional[19], requiriéndose, en ocasiones, que los senadores voten

muchas de sus afirmaciones, el lector podrá encontrar una completa visión acerca de este asunto y una excelente descripción del estado de la cuestión en el derecho comparado.

19 Las experiencias de dos grandes federaciones territoriales como las de Canadá y Australia es sumamente ilustrativa. En el caso de Canadá, la principal dificultad para acordar la abolición del senado reside en la complejidad y la duración temporal del procedimiento de reforma que debe activarse.Como recordaba Jason Fekete, comentarista del Ottawa Citizen en un artículo publicado el 19 de junio del 2015, en día y mes igual, solo que sesenta y cinco años antes (10-6-1950) ya se discutía sobre la necesidad de abolir la Cámara roja. «Es hora de déjàvu. Pero hoy, pocos piensan que solo «alguna» reforma puede ser necesaria. Muchos están pidiendo el desmembramiento al por mayor del Senado (…)». La situación producida en torno a este asunto había llegado a tal punto que el primer ministro canadiense, S.Harper, solicitó al TS de Canadá su opinión sobre los planes del Gobierno para suprimir de forma unilateral la cámara alta o hacerlo a través de cauces indirectos (no designando senadores, circunscribiendo al máximo sus funciones y capacidades de actuación hasta convertirlo en una instancia inoperante). En una severa decisión, la *Reference re SenateReform*, de 25 de abril de 2014, el Tribunal determinó que el Senado estaba arraigado en la Constitución y que su supresión sólo era posible si el Gobierno federal concitaba, además, el acuerdo de siete provincias con la mitad de la población del país para avanzar no ya en la supresión, sino en posibles reformas mucho más modestas como la relativa a los límites del mandato de las elecciones al Senado en las provincias. También advirtió el Tribunal sobre la inconstitucionalidad de todas aquellas medidas orientadas a desactivar tácitamente la institución. La dificultad que entraña la puesta en marcha de un procedimiento de reforma constitucional intergubernamental hizo que algunas fuerzas políticas apostasen por dotar de sentido al Senado comprometiéndose a proponer miembros representativos de la sociedad canadiense y no adscritos a ningún partido, mientras que otras formaciones políticas han comenzado a negociar con los gobiernos provinciales la posibilidad de que apoyen la supresión del Senado y promover, una vez alcanzado los acuerdos mínimos constitucionalmente exigidos, su supresión. Aunque, con perfil propio, la supresión del Senado es otro de los temas recurrentes de la política Australiana desde hace bastantes años, pero sobre todo a raíz de la crisis de 1975 en la que su bloqueo sobre la cámara baja provocó la convocatoria de elecciones. A día de hoy nadie duda de que es una mera cámara de revisión que reproduce el esquema de fuerzas representado en la cámara baja con alguna prima en favor de ciertos partidos minoritarios, como consecuencia de la sobrerepresentación de la que gozan los estados de menos población. Pero quizá el argumento de mayor peso para justificar su supresión resida en la propia experiencia constitucional de los distintos estados que integran la federación. Todos ellos, excepto Queensland, tienen una segunda Cámara y todos comparten una historia de crisis y bloqueos, razón por la cual Queensland abolió su Consejo en 1922. Recordemos, también, que en 1951, Nueva Zelanda suprimió su segunda cámara con el argumento de que se había vuelto ineficaz y políticamente irrelevante.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a favor de su propia desaparición. La segunda, tiene que ver con la vieja idea de introducir en el circuito de la representación otras voces —a día de hoy de procedencia no partidaria— que contrarresten el monopolio representativo de los partidos. Esta incauta esperanza es la que creo que, en último término, decantó la posición mayoritaria de los electorados de Irlanda e Italia cuando se han pronunciado en referéndum sobre este tema[20]. Y, por último, no debe olvidarse que la supresión del Senado conduce en muchos casos a una inevitable reforma de la cámara baja y, previsiblemente también, del sistema electoral establecido para la elección de sus miembros. En todo caso, se mire hacia donde se mire, en las democracias parlamentarias, las segundas cámaras son más un problema que una parte de la solución.

IV. LA ALTERNATIVA DE UN CONSEJO FEDERAL

Llegados a este punto, cabe preguntarse si, a diferencia de la fórmula bicameral hasta ahora descrita, el modelo de un consejo federal, que exprese la voluntad de los gobiernos territoriales, a modo de conferencia de embajadores de los estados federados con capacidad y competencia para intervenir en le proceso de elaboración federal de la leyes y en otras decisiones relevantes para la federación es capaz de transmitir a la federación decisiones adoptadas en función de una representación distinta de la política.

Antes de adentrarnos brevemente en esta cuestión, cumple recordar que el *Bundesrat* no es una Cámara parlamentaria sino un órgano de colaboración intergubernamental y que sus miembros no son, técnicamente, representantes políticos de los ciudadanos de los estados, sino agentes vicariales de la voluntad del gobierno del *Land* que los elige, a la que están jurídicamente vinculados, hasta el punto de que no pueden votar de forma personal e independiente, pues, si los votos de los delegados de un *Land* no son coincidentes todos ellos quedan anulados.

Por tanto, no estamos hablando ni de un parlamento, ni de representantes políticos. El *Bundesrat* no persigue recrear deliberativamente una voluntad posteriormente imputable al pueblo, sino habilitar un espacio de encuentro en el que negociar la voluntad previamente acordada por cada uno de los ejecutivos de los estados miembro. Lo único que hace que un circuito comunicativo jurídicamente tan distinto al de una segunda cámara llegue en la práctica a parecerse funcionalmente a ella es, precisamente, la política.

La fórmula —poco común— de habilitar constitucionalmente un órgano capaz de integrar en la voluntad del estado unos supuestos intereses territoriales distintos de los políticos no puede evitar que quienes los promueven sean sujetos políticos —responden ante un electorado— que defienden intereses igualmente

20 Me refiero a los celebrados el 4 de octubre de 2013 (participación 39,17%; votos no 51,73%) y el 4 de diciembre de 2016 (participación 68,48 %; votos no, 59,95%), respectivamente.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

políticos. La obtención de ventajas o beneficios locales requiere de una política de alianzas y estrategias compartidas con otros estados miembro que inevitablemente se proyecta en el nivel federal. Dentro de una federación carece de sentido una política territorial del aislamiento. Solo el acierto en la estrategia federal puede redundar en una mejor defensa de los intereses del territorio que se representa.

El *Budesrat* ejemplifica cuanto se acaba de decir. No es una segunda cámara parlamentaria. Sus miembros no son representantes políticos del pueblo alemán. Sin embargo, aunque no en igual medida, adolece de muchos de los inconvenientes de los senados federales, además de tener alguno propio[21]. En efecto, a pesar de su diseño constitucional, el *Bundesrat* decide sistemáticamente en coherencia con una democracia de partidos.

Cuestión distinta es que, como consecuencia del viejo principio de división del trabajo, tan unido al de representación, se haya habilitado un cauce diferenciado para su expresión y articulado procesos internos de control y de distribución de funciones pretendidamente útiles a los fines de la integración federal. Ahora bien, aunque las normas que regulan el *Bundesrat* persigan otra cosa, la representación presente en ese órgano es, en último término, la misma que rige al *Bundestag*. Solo, así, se explica la facilidad con la que los partidos políticos han reutilizado la institución hasta convertirla en un órgano de apoyo político del gobierno federal o de bloqueo, cuando la mayoría parlamentaria-gubernamental que sostiene la federación no coincide políticamente con la que forman los delegados gubernamentales de los *Länders*.

Ni los senados federales ni el modelo de consejo de gobierno alemán producen una acción integradora distinta de la que produce la política. Y, si en algún caso, se defiende su utilidad, ello se debe a su mayor o menor acierto regulatorio para reproducir o indexar de otro modo la representación política ya presente en la cámara baja y no al hecho de que aporten una nueva y distinta variable —la territorial— al sistema constitucional mediante el que se conforma la adopción de desiciones relevantes para la comunidad.

V. EL PARTICULAR CASO DEL SENADO ESPAÑOL

Hace ya doce años, en esta misma revista, escribió Fernández-Carnicero: «Ante la maraña de tópicos, ocurrencias arbitristas o abuso políticamente cínico

21 La mecánica de la institución basada en las alianzas entre ejecutivos estatales ha llevado a una sucesión de reformas constitucionales que pretenden volver a los inicios y limitar la capacidad de intervención del *Bundesrat* en los procesos de elaboración de las leyes, reduciendo los ámbitos materiales en los que es exigible su concurrencia. En efecto, la pretendida función integradora del *Bundesratha* desembocado en una situación ciertamente paradójica en la que, como ha escrito Th. DARNTÄDT, «dieciseis estados pueden decidir cada vez menos pero, como consuelo, pueden bloquear más», *La trampa del consenso*, Trotta, Madrid, 2005. Para una reflexión más amplia sobre los problemas del federalismo de cooperación alemán me remito a mi *Democracia federal…op*. supra cit. p. 119-134 y a la bibliografía allí citada.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Derecho Comparado, no deja de ser arriesgado el intento de contribuir con una reflexión jurídica más (…) al hasta ahora frustrado debate sobre la reforma del Senado.Antes que un análisis teórico del fundamento o sentido que entre nosotros justifica el bicameralismo, entiendo que se debe partir de un reconocimiento crítico del motivo real de una Segunda Cámara en el actual régimen constitucional español. Porque la Constitución de 1978 no trató de reanudar el tracto interrumpido con una tradición bicameral concluida con la II República y, obviamente excluida, durante las dictaduras de Primo de Rivera y Franco. En realidad lo único que hizo nuestra Ley de Leyes fue mantener, con algún retoque, el Senado preconstitucional de la Ley para la Reforma Política de 1977, cuya única razón de ser fue la de reubicar a parte de la clase política del régimen anterior. Sin duda, este espíritu de órgano «nominal» (en el doble sentido de falto de realidad propia y de instrumento o cobertura de una nómina retributiva) ha marcado el perfil de la denominada, con más ironía que respeto, Alta Cámara. Es hora, por tanto, de reconocer el lastre de esa marca o vicio de origen para, a partir de los principios y la estructura orgánica del marco jurídico-constitucional vigente, superarlo y hacer de la necesidad circunstancial virtud institucional[22]».

También puede ser hora, me atrevo a añadir, de plantearse, como ya ocurre en otras latitudes, la conveniencia de su supresión.

Entre los muchos estudios disponibles acerca del significado de la expresión «Cámara de representación territorial» (art. 69.1 CE) como atributo esencial del Senado, parte del órgano constitucional Cortes Generales, que «representan al pueblo español» (art.66.1 CE), merece destacarse, por su sincero esfuerzo de acomodación[23], el llevado a cabo por el Consejo de Estado en su Informe sobre la reforma de la Constitución española (22-2-2005), en el que se procuró aportar una mirada jurídica reflexiva sobre algunos de los principales pilares de la Constitución (la Corona, el Senado, las CCAA) con el fin de encarar con bases teóricas más definidas los retos, no ya de la reforma, sino también aquellos otros a los que tendría que hacer frente una hipotética constitución reformada.

En apenas cinco páginas, el Informe aplica el clásico fundamento del federalismo dual al modelo territorial de la Constitución 1978, tras treinta años de experiencia democrática y, por tanto, una vez despejadas muchas de las dudas iniciales a las que no había encontrado solución el constituyente. Detallo algunas de las afirmaciones allí contenidas: — «Si el Senado ha de seguir siendo una de las dos

22 «La representación territorial: ¿representación política o representación de intereses?», *TRC*,nº 17, 2006, pp. 331-336, cit. en p. 31.

23 Sinceridad sobre las dificultades intelectuales de su propósito, que se aprecia en afirmaciones como «La expresión «*representación territorial*», que el artículo 69.1 de nuestra Constitución utiliza para caracterizar al Senado, carece de precedentes en la historia constitucional española y es poco frecuente en el Derecho Comparado» (p. 182) o «Como quiera que (…) cualquier sociedad política ocupa un espacio bien delimitado, toda representación es, en cierto modo, representación territorial» p. 183), *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, ed. a cargo de F. RUBIO LLORENTE Y J. ALVAREZ JUNCO, CEPC, Madrid, 2006.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cámaras de las Cortes Generales, la representación que sus miembros ostentan ha de ser política…»Una Cámara de representación territorial solo existe (…) cuando sus miembros ostentan una representación «política», entendida como representación del cuerpo de ciudadanos delimitado por el territorio…»; —…en los Estados federales o, de modo más amplio, en los Estados compuestos…los ciudadanos tienen una doble condición que se refleja en la estructura bicameral del Parlamento: a) la simple condición de ciudadanos, miembros de una comunidad política única, personificada por el Estado compuesto y representada por una Cámara elegida por el voto igual de todos los ciudadanos…; b) la condición, derivada y dependiente de la anterior, de miembros de una de las comunidades políticas territorialmente delimitadas a las que la Constitución dota de poderes propios, indisponibles por el legislador ordinario. *A través de la estructura bicameral, el cuerpo político es representado así en su unidad y en su diversidad, de manera que solo la conjunción de ambos momentos hace visible una representación plena*»[24].

De los dos apartados en los que he agrupado de forma sintética los argumentos esenciales que constituyen, en este punto, el núcleo del Informe, comparto el primero de ellos: la representación territorial es siempre representación política. Discrepo, sin embargo, del segundo de los razonamientos, en mi opinión, claramente forzado. Son varias los motivos que me mueven a ello. En primer lugar, porque la estratégica equiparación entre estado federal y estado compuesto, que pretende tender un elegante puente mediante el que aproximar el estado de las autonomías y el modelo territorial de la Constitución de 1978, a los estados federales, desconoce que estos últimos obedecen a pautas y principios preformativos muy distintos[25]. Como se sabe, en la simbolización política

24 Citas en pp. 185 y 186

25 No hace falta subrayar que los ingredientes típicos del federalismo y de su cultura política, no solo no están presentes en la Constitución de 1978, sino que las pocas posibilidades interpretativas que podrían permitir un acercamiento al mismo han sido obturadas por la STC 31/2010. En efecto, que en nuestra Constitución no exista un pacto constituyente de ciudadanos y pueblos como en el federalismo, no significa que en ella no se reconozcan otros pueblos distintos del representado por las Cortes Generales. De hecho, los pueblos de las CCAA del art. 151 CE tienen la facultad constitucional de rechazar en referéndum la propuesta de estatuto de autonomía que para su comunidad hubieses aprobado los representantes del pueblo español. Y, en este caso, que hasta ahora no se ha dado, tampoco cabría hablar de un ciudadano «dual», y sí de cierto pacto de respecto territorial en relación con comunidades de ciudadanos que reclaman algún espacio de identidad política diferenciada. No creo, por ello mismo, que sustituir en nuestro texto constitucional algunos conceptos como el de soberanía o el de nación, objeto, entre nosotros, de permanente y coloquial disputa política, por expresiones más habituales en las Constituciones de nuestro entorno («el poder emana del pueblo…) con el fin de situar a la Constitución por encima de la «batalla de todos los días», suponga quebrar el fundamento del estado, ni tampoco creo que reconocer en la Constitución a los pueblos de España y a su forma de expresión institucional (las CCAA) o explorar aquellos compromisos que son fruto directo de la historia (ni la corta democracia de 1931 ni la de 1978 hubiesen sido posibles sin un previo acuerdo de convivencia con los nacionalismos vasco y catalán) suponga defender posiciones de tipo confederal. Vid. M. ARAGÓN, «Pasado y presente en el debate sobre la organización territorial del Estado», en Revista de Libros, 13-9-2017, p. 6 . Por el contrario, me parece poco acertado descafeinar la realidad fundadora del federalismo con el fin de subrayar ciertas semejanzas jurídico-formales con el estado autonómico, porque el problema es, sobre todo, político-cultural y no de vestimenta institucional: en los estados federales, sean como sean, siempre hay algo que

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y cultural de los estados federales se parte de un pacto de lealtad (foedus) entre pueblos, políticamente preexistes o no[26], que explícitamente se proyecta en la Constitución, por lo que, aún en el supuesto de que no hubiesen formado parte del poder constituyente originario, sí cuentan con la capacidad necesaria para decidir acerca de su reforma. Y es, precisamente, desde la territorialidad última de ese poder, como pueblo de un estado miembro, constitucionalmente diferenciado, de donde surge la necesidad de construir una federación capaz de gestionar políticamente lo diverso.

En segundo lugar, porque la única representación de interés territorial que, en puridad, corresponde a los ciudadanos de una federación no es la que se expresa en el plano de los poderes constituidos a través de una segunda cámara parlamentaria, sino la que ocasionalmente podrían hacer valer, a modo de reconvertido derecho de resistencia, en el momento de apoyar o no un proceso de reforma constitucional, cuando el criterio de la mayoría de ciudadanos de la federación no coincidiese con el sentir mayoritario de los que viven en determinados estados con capacidad para bloquear el proceso. Es este caso, sí que podría hablarse de una representación político-territorial que modula o condiciona la común representación político-democrática. Ahora bien, ante una situación como la descrita, el ciudadano estaría posicionado como votante en uno u otro lugar y nunca existiría, como parece sugerir el Informe del Consejo de Estado, un ciudadano que es, al mismo tiempo «unido» y «diverso».

federar y eso es, precisamente, lo que la Constitución española niega y a lo que pretende dar una alternativa distinta. No me atrevo a afirmar que la nuestra sea una constitución deliberadamente antifederal, vid., J. PEREZ ROYO, *La reforma Constitucional inviable*, Catarata, Madrid, 2015, pp.119 y ss., pero sí creo que debieran reformarse aquellos preceptos que por su carga política o impronta institucional manifiestamente lo impiden, pues soy de los que piensan, como lo hacía M. CAMINAL (*El federalismo pluralista*, Paidos, Madrid, 2002) que «Cuando el nacionalismo se somete al federalismo aquél tiende a desaparecer. Cuando el federalismo se somete a los nacionalismos se transforma en otra cosa: en una técnica jurídica y política de organización territorial del estado nacional». El «federalismo nacional» no es federalismo, sino «otra cosa». Ponerlo de manifiesto o alejarse de quienes legítimamente la defienden, no significa disolver el estado y acercarse a diseños de carácter confederal, sino comprender que el principio federal, lejos de ser una mera técnica de articulación del poder nacional en el territorio es, sobre todo, un principio de justicia que obliga a administrar la diferencia y que, como la libertad o la igualdad, debe presidir la ordenación de una sociedad para que pueda ser justa cuando en ella conviven comunidades con identidad territorial diversa. Po ese motivo, como subrayan desde hace tiempo los teóricos del federalismo, es imprescindible no confundir ese concepto con el de federación (por todos, P. KING, *Federalism and federation*, Croom Helm, Londres, 1981, en especial p. 76).

26 Como he explicado en otro lugar, por referencia a los debates de la constituyente de 1931, «es claro que el federalismo es unionista y que, por tanto, incorpora una cultura política contraria a la secesión. El federalismo, en efecto, nace para unir lo que está separado. Ahora bien, «separado» no significa que hayan de existir estados independientes previos al momento de la constitución federal. El desencuentro, la separación, también puede darse entre comunidades identitariamente diferenciadas que formen parte de un mismo estado, siendo el federalismo una solución y una oportunidad para seguir viviendo juntos. Lo que el federalismo exige, como premisa irrenunciable, es que esas comunidades sean reconocidas como sujetos constituyentes» (Caamaño, F., en *El pensamiento territorial de la Segunda República Española*, Guerra Sesma, D., (ed.), Athenaica, 2016, p. 21. Por eso, como acertadamente ha escrito ELAZAR, el principio federal representa una alternativa a la idea moderna de soberanía» (*Anàlisi del federalismo i altres textos*, Institutd'estudiaAutonòmics, Barcelona, 2011, p. 245.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Y, en tercer y último lugar, porque para corregir el voto igual de los ciudadanos y compensar eventuales desequilibrios territoriales ya está el art. 68.2 de la Constitución que garantiza «una representación mínima inicial a cada circunscripción» con independencia del número de electores. En definitiva, si difícil es justificar la representación diferenciada de los senados federales, más lo es cuando trasladamos la reflexión al senado español.

Del panorama hasta ahora descrito puede extraerse alguna conclusión. En efecto, si la representación política está vinculada al proceso de elaboración de la ley, en tanto que norma que expresa la voluntad general, la única forma de integrar los intereses territoriales en la voluntad de un estado políticamente descentralizado o bien es a través de la representación política y, para ello, no se requiere un parlamento bicameral, o bien se acoge como alternativa para reforzar o introducir factores de integración y de corrección territorial a la voluntad conformada por los representantes del pueblo, la articulación de cauces de cooperación distintos a los instaurados para elaborar y aprobar las leyes: participación en la designación de miembros de órganos federales, conferencias sectoriales, órganos mixtos de cooperación, reglamentos de elaboración compartida por la federación y los estados, acuerdos multilaterales, gestión estatal de planes federales…). Incluso podría ser aconsejable la constitucionalización de un órgano de cooperación intergubernamental, de perfil más técnico que político, en el que negociar normas y acuerdos infralegales. En suma, que cada parlamento (estatal o federal) apruebe sus leyes según sus competencias y dejar que las políticas de integración se produzcan fundamentalmente a través de otros arreglos institucionales.

VI. INTERESES POLÍTICO-TERRITORIALES Y PARLAMENTO

Pero, en un estado políticamente descentralizado, la dimensión territorial de la política tampoco se resuelve con los remedios arriba apuntados. Solo un prototipo ideal de estado de tipo federal, en el que existiese una perfecta delimitación de competencias entre el legislador federal y los legisladores de los estados miembro esa integración entre el todo y las partes se produciría de forma no conflictiva. La esfera federal tendría sus competencias exclusivas, sus órganos de gobierno, su electorado y su responsabilidad política ante los ciudadanos iguales de la federación. En la esfera de los estados miembro se reproduciría ese mismo esquema: competencias, autogobierno, elecciones y responsabilidad. En esta hipótesis de trabajo nos encontraríamos con dos circuitos democráticos separados pero inexorablemente complementarios: el estatal y el federal de cuya unión inescindible emanaría la voluntad última o «total», en sentido kelseniano, del estado. El parlamento de la federación aprobaría por sí solo y sin injerencias ajenas de los estados miembro las leyes federales y los parlamentos de los estados harían lo mismo respecto de aquellas otras leyes que se dictasen en su ámbito de competencias. Y al hacerlo, cada uno desde su responsabilidad, se cumpliría la voluntad unitaria del estado.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para que un modelo como el descrito pudiese funcionar sería necesario que los estados miembro fuesen sustancialmente iguales, social y económicamente, y que, además, sus decisiones de autogobierno no fuesen competitivas entre sí con el fin de evitar la mediación del poder federal y la necesidad de tener que ordenar ámbitos de decisión que, en principio, le son ajenos. Esta simetría funcional ni es realista, ni es factible.

Al margen de que los estados de una federación presentan siempre realidades distintas (geográficas, poblacionales, culturales, económicas…) y necesidades específicas[27], tenemos que recordar que, por definición, la igualdad federal es de punto de partida y no de punto de llegada, ya que el autogobierno de cada estado comporta una priorización y administración diferenciada de los recursos y de las políticas públicas que libremente decide implementar. En consecuencia, siempre habrá ciertas dosis de competencia entre estados miembro y siempre será necesaria la intervención de los órganos federales para mediar y orientar la política general del estado.

Por otra parte, el federalismo es autogobierno, pero también gobierno compartido[28] por lo que la exclusividad competencial es un desiderátum de imposible cumplimiento. Siempre habrá ámbitos materiales de cogestión y, por tanto, de competencias concurrentes o compartidas, pues, la pluralidad debe reconducirse a la unidad y ello requiere un mínimo de igualdad compartida que, además, en muchos casos, debe regularse mediante normas con rango de ley[29] (la educación, la salud, el medio ambiente…).

Esta complejidad e inestabilidad estructural debida a la concurrencia de intereses políticos diversos[30], en muchos casos con una fuerte impronta territorial y cultural, tiene que ser gestionada a través del circuito político de la representación que, en los estados descentralizados se desdobla en dos niveles de gobierno: el de los parlamentos estatales y el del parlamento federal. Pues bien, con independencia de que esos parlamentos sean o no bicamerales, nos volvemos a encon-

27 Vid. el detallado y clásico estudio de DUCHACEK, I., *CompartiveFederalism: the territorial dimension of politics*, Holt, Rinechart and Winston Inc., New York, 1970

28 Cfr. ELAZAR, D., *Self Rule/Shared Rule: Federal Solutions to the Middle Est Conflict*, Turtledove Publishinng, Jerusalen, 1979, p. 15 y ss.

29 Por este motivo no debe incurrirse en el error de identificar la igualdad de los gobiernos con la igualdad de los individuos, vid. Webber, J., «Una Constitución asimétrica», *Asimetría federal y Estado plurinacional*, E. FOSSAS Y F. REQUEMO (coords.), Torta, Madrid, 1999, p- 99 y ss.; LENIHAN, D., ROBERSTON, G.Y TASSÈ, R., Canada: *La VoieMédiane*, Quebec Amérique, Montreal, 1995.

30 En un estado federal no hay una distribución definitiva del poder político. Antes bien, la sostenibilidad federal depende de la flexibilidad del modelo institucional y organizativo de cada país que debe poder soportar momentos más centralistas y etapas más descentralizados dentro de las imprescindibles coordenadas de unidad que impone su configuración como estado Esto significa, como han puesto de relieve FILIPPOV, O.-SHVESTOVA (*DesigningFederalism: A Theory of Seelf-sustaintable Federal Institutions*, Cambridge, University Press,2004), que deben existir fórmulas constantes de autorrefuerzo institucional que incentiven a los actores políticos para atenerse a las reglas del juego establecidas, impidiendo el deterioro de los equilibrios entre federación y unidades federadas»

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

trar con una sola representación y, esta vez, no con dos cámaras como hasta ahora, sino con dos asambleas legislativas de base democrática que conviven en el mismo estado.

Si, por las razones anteriormente expuestas, un sistema de distribución constitucional del poder legislativo no puede ser perfecto, en el sentido de delimitar tangencilamente dos espacios materialmente bien definidos, será inevitable que exista una zona de encuentro a modo de superficie común formada por dos círculos secantes en el que converjan las representaciones políticas del parlamento federal y la de los estados miembro. Un espacio en el que esas representaciones no se complementan, dando lugar a una paradójica superposición que disocia de forma conflictiva la dimensión política y la territorial de la representación.

Esta disfunción se conoce como la «cuestión inglesa» o la «*West Lothian question*» en atención al distrito electoral de procedencia del diputado laborista de la Cámara de los Comunes, Tam Dayell, que la formuló el 14 de noviembre de 1977. En el curso de un debate acerca del autogobierno de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, este parlamentario escocés preguntó: «¿hasta cuándo van a tolerar los diputados ingleses que haya al menos 119 diputados de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, ejerciendo un importante, probablemente decisivo papel en la política inglesa cuando ellos mismos no tienen voz en los asuntos de Escocia, Gales e Irlanda del Norte?»

La pregunta desencadena una secuencia de interrogantes acerca de cómo gestionar institucionalmente la representación política en un estado descentralizado, en el que la política, por definición, comporta un proceso deliberativo de reducción de intereses territoriales procedentes de «jurisdicciones» distintas, es decir, de poderes políticos organizados sobre una diferente base territorial (la de la federación y la de cada estado).

Aunque en el Reino Unido este asunto tuvo una dimensión especialmente doméstica[31], con carácter más general cabe plantearse por qué un parlamentario

31 La debate se centró en buscar una solución a la situación político-representativa de Inglaterra respecto de las otras regiones con competencias propias y gobierno diferenciado, para lo que se creó por iniciativa gubernamental una Comisión de expertos independientes. Entre las distintas alternativas que se barajaron, se propuso que las leyes relativas a Inglaterra solo fuesen votadas por los diputados ingleses; constituir un parlamento regional inglés y reservar la Cámara de los Comunes para asuntos relativos a todo el Reino e, incluso, bajo el Gobierno de Tony Blair se decidió generalizar los parlamentos regionales creadores uno para la región Noroeste. El proyecto fracasó al ser rechazado en referéndum por los ciudadanos de la «nueva» región. Vid. A. TYRIE, Voice and Veto: *Answering The West Lothian Question*», Paperback, nº 12, 2014. Asimismo, es de interés para este asunto el Informe de la conocida como McKayCommission sobre las consecuencias de la descentralización para la Cámara de los Comunes, 17 de febrero de 2014. En este informe, Standard Notenº 6821, sobre los problemas técnicos implicados en «la legislación solo para Inglaterra» se advierte, con razón que «*Although territorial extentisspecifiedontheface of a bill, territorial effectmay be of more interestpolitically*». El Partido Conservador incluyó en su programa para las elecciones generales de 2015 el compromiso de introducir «votos en inglés para las leyes inglesas», dando así continuidad al debate. La propuesta gubernamental fue objeto de estudio en la Comisión de Procedimiento de la Cámara. El 26 de octubre de 2016, el Presidente de la Cámara de los Comunes, David Lidington, anunció la finalización de la revisión técnica de la propuesta del Gobierno para facilitar el voto inglés y, el 30 de marzo de 2017, el Gobierno publicó su *Technical Review of*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

federal elegido en una circunscripción que es parte del territorio de un estado miembro puede pronunciarse sobre asuntos concernientes a otros estados y, sin embargo, no puede hacerlo sobre cuestiones referidas al suyo propio cuando éste,a diferencia de otros, tiene competencia exclusiva sobre la materia objeto de controversia.

Del mismo modo, quienes siguen argumentando que es necesario integrar a los estados miembro de una federación mediante su participación en el órgano legislativo federal tendrán que explicar por qué los representantes políticos de los estados pueden configurar la legislación federal y, sin embargo, los representantes de la federación no pueden hacer lo mismo en relación con la legislación de cada uno de los estados miembro. Si los diputados federales ya transmiten la sensibilidad de sus territorios de origen al hacer política en el parlamento federal y, a pesar de ello, se articula una segunda cámara de los estados, ¿por qué no se permite que los parlamentarios federales elegidos en circunscripciones de un mismo estado miembro puedan participar en el parlamento de ese estado a través, también, de una segunda cámara?[32]

El interés teórico que tiene explorar éstas u otras cuestiones, vinculadas a la densidad política de la territorialidad inherente a los estados descentralizados es tan sugerente como manifiesto, pues lo que está en cuestión es la idea misma sobre la que se articuló el concepto de representación política, en tanto que instrumento de construcción de estado-nación: el representante lo es de toda la nación y no de los ciudadanos de la circunscripción por la que fue elegido. La cuestión inglesa desmonta esa afirmación en la cuna del parlamentarismo. Edmund Burke, en cierto modo, ha vuelto a morir.

VII. NUEVOS CAMINOS, NUEVAS RESPUESTAS.

En la práctica, sin embargo, la expresión de esa intensificación de la territorialidad de lo político se manifiesta problemática en concretos escenarios de cogobierno y asimetría competencial, por lo que no sería justo trasladarlo al funcionamiento general de los estados compuestos.

Una lectura en clave interna de este debate lleva a preguntamos si es jurídicamente aceptable, en términos de reciprocidad política, qué los diputados vascos y navarros pueden votar en las Cortes Generales las sucesivas leyes orgánicas de

the Standing Orders Related to English Votes for English Laws and the Procedures they Introduced, documento que puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.gov.uk/government/publications/english-votes-for-english-laws-review.

32 Frente a quienes defienden la conveniencia de trasladar también el sentir «federal» al parlamento del estado miembro, habrá quien argumente que los diputados federales tienen la misma procedencia que los del estado y que, por tanto, el esfuerzo será inútil, sobre todo, cuando unos y otros pertenezcan a las mismas fuerzas políticas.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

financiación y otras leyes que inciden directamente sobre las haciendas autonómicas —pudiendo ocurrir que, en algún caso, su voto sea decisivo— mientras que, sin embargo, el resto de los diputados no pueden pronunciarse sobre la financiación de las CCAA del País Vasco y Navarra, constitucionalmente excluidas del régimen económico general (disposición adicional primera).

Pero, además de los llamados hechos diferenciales, tenemos otras complejidades adicionales como consecuencia del principio dispositivo y de algunas decisiones del legislador básico estatal que han amortiguado la homogeneidad en el ámbito de las llamadas competencias compartidas, produciéndose un tipo distinto de asimetría que también suscita ciertas dudas en relación con la cuestión que estamos analizando. Así, por señalar un puntual ejemplo, la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local dispone algunas específicas excepciones en favor de ciertas CCAA (vid. disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta), por lo que, al igual que en el anterior supuesto, es lícito preguntarse por qué los diputados y senadores pertenecientes a esas CCAA pueden votar en las Cortes Genérale sobre materias que sus CCAA tienen excepcionadas.

Nos encontramos, pues, ante una dimensión distinta del problema del «voto inglés»: los miembros de las Cortes Generales, aunque representen al pueblo español, no deberían poder votar aquellas leyes que versen sobre asuntos en los que su CCAA de origen tenga competencia exclusiva, pues, en tal caso, no está afectada por la decisión de la Cortes Generales y, sin embargo, esos diputados y senadores pueden ser decisivos a la hora de aprobar una ley que afecta a todas las demás CCAA.

Una forma de salir al paso de esta situación, presente también en otros estados descentralizados, es la apuntada, en el plano de la reflexión teórica, por Jeremy Weber en su trabajo anteriormente citado. Para este autor «la asimetría constitucional no tiene tanto que ver con que los ciudadanos consigan *más* poder como con *dónde* ejercen el poder». Al conferir a un estado miembro una competencia exclusiva no se le está dando un poder del que antes careciese, sino que se le está autorizando para que haga por sí mismo lo que antes hacía en compañía de los demás. Lo que los ciudadanos de ese estado decidían y compartían con los otros a través de los órganos de la federación, ahora lo deciden por sí mismos, lo que debe comportar la renuncia al poder de influir e intervenir en la regulación de esa misma materia en ración con los demás. Por tanto, la exclusividad competencial no da más poder, tan solo nos dice cuando se ejerce en solitario y cuando de forma compartida, pues lo que se gana como exclusivo se pierde como poder compartido. En palabras del autor, la «asimetría tiene más que ver con *dónde* se ejerce que con *qué* decisiones se adoptan».

Sin que comparta todas sus conclusiones, esta visión espacial de la distribución territorial del poder me resulta particularmente atractiva, porque se aleja de la idea de que la exclusividad o la asimetría competencial es el precio del reconocimiento de singularidades históricas o potestades diferenciadas que el estado debe pagar

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para asegurar su unidad cuando lo conforman comunidades culturalmente diferenciadas. No se trata tanto de determinar quien tiene qué poder, pues todo él es del estado, cuanto de decidir en qué lugar y de qué modo o en qué forma se ejerce, siendo esa forma la que sirve para incorporar al sistema institucional la territorialidad del poder y el reconocimiento de la diferencia. Además, la decisión sobre «en qué lugar» incorpora una importante dimensión democrática y confiere una flexibilidad estructural que estimo fundamental, sobre todo para que los electores puedan exigir responsabilidades políticas por las decisiones tomadas.

La apertura de escenarios más transparentes, democráticos y competitivos en el interior de los estados descentralizados está conduciendo a que, en determinados ámbitos de concurrencia competencial, la asimetría no sea la consecuencia de un reconocimiento normativo, sino una decisión política voluntaria producida en el interior de un concreto procedimiento, en el sentido de que el estado miembro pueda «entrar» con lo demás o mantenerse «separado». De esta forma, política y reconocimiento de la diferencia se complementan en un mismo acto, potencialmente revisable y del que se responde democráticamente y de forma transparente ante el electorado.

La dinámica competitiva interna, cada vez más presente en los estados democráticos descentralizados, requiere alternativas flexibles que posibiliten alternativas diversas dentro de un mismo radio de decisión con el fin de evitar rentabilidades negativas y conflictos no deseados. Esta es la senda que ya se ha emprendido, si bien de forma muy limitada, tanto en el federalismo alemán como en el canadiense en los que, en relación con ciertos asuntos, se permite a las unidades subfederadas hacer uso de la cláusula *opting in/opting out*[33] y, por tanto, decidir libremente si desean o no participar conjuntamente con los demás a través de los órganos federales o, si por el contrario, prefieren sustraerse de ese ámbito de gobierno compartido y abordar el ejercicio de esa competencia por sí mismos y en su esfera de autogobierno. Como es obvio, la decisión de no participar supondría que los miembros del parlamento federal, elegidos en o por ese estado miembro no podrían —con independencia de su color político— pronunciarse sobre la ley ni ejercer el control del gobierno federal en relación con ese concreto asunto.

Los ámbitos de libre opción siempre serán puntuales y solo posibles en contextos de concurrencia competencial que no pongan en riesgo el mínimo de igualdad común que requiere todo estado, pero pueden constituir una valiosa herramienta para gestionar de modo no impositivo y con mayor flexibilidad y dinamismo democrático algunas asimetrías propias de los estados descentralizados, especialmente, cuando en ellas concurren factores diferenciales de naturaleza cultural.

No me atrevo a aventurar cual será el futuro de estas incipientes experiencias parlamentarias, incluida la británica, que están abriendo nuevos cauces para

33 Como es conocido esta fórmula también es la utilizada en la UE por el Consejo, permitiendo a los estados «entrar» o «salir» en relación con ciertos asuntos.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mejor comprender la representación política en los estados descentralizados. Me limito a constatar que, en ellos, las cuestiones territoriales forma parte central de la política diaria que ocupa a sus respectivas cámaras bajas y a sugerir que, acaso, ofrece más futuro explorar esas nuevas vías que seguir ahondando en el empeño de convertir al Senado en una Cámara de representación territorial, cuando lo único cierto es que ningún Senado lo es.

***

TITLE: *«Edmund Burke has died again» (Parliament and decentralization)*

ABSTRACT: *If the territory is creation of the policy: How to represent it? This paper argues that there is no territorial representation other than political representation, even in federal states. The history of the second federal cameras proves it. The so-called territorial representation is the result of applying to political representation the principle of division of labor defended, among other authors, by Enmanuel Sieyès. But the territorial background of policy is raising, in the decentralized states, new challenges that are questioning the idea that the membership of parliament is of the entire nation. The «West Lothian question» or the «english question» and the use of the clause opting in / opting out in some parliamentary procedures to solve territorial decision problems in federal-type parliaments is marking the beginning of a new stage. Exploring these alternative ways may be more useful than continuing to try to provide meaning to the second cameras.*

RESUMEN: *Si es territorio es una creación de la política, ¿cómo representarlo? Este trabajo sostiene que no hay más representación territorial que la representación política, incluso en los Estados federales. La historia de las segundas cámaras así lo demuestra. La llamada representación territorial es la resultado de aplicar a la representación política el principio de la división del trabajo defendida, entre otros autores, por Enmanuel Sieyès. Pero el aspecto territorial de la política, en los Estados descentralizados, presenta nuevos desafíos que están cuestionando la idea de que la membresía de un parlamento lo es de la nación entera. La «cuestión inglesa» y el uso de cláusulas opting in/ opting out en los procedimientos para resolver problemas relativos a ciertas decisiones territoriales en parlamentos de tipo federal marcan el inicio de una nueva fase. Explorar estas vías alternativas puede ser más útil que continuar intentando dar sentido a las segundas cámaras.*

KEY WORDS: *political representation, territorial representation, federal parliament, seconds cameras, «english question», Spanish Senate*

PALABRAS CLAVE: *Representación política, representación territorial, parlamento federal, segundas cámaras, la «cuestión inglesa», Senado español*

FECHA DE RECEPCIÓN: *06.01.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿ES CONSTITUCIONAL PROHIBIR LA REELEGIBILIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO PARA UN TERCER MANDATO?

Las dimensiones intelectuales y teórico-concretas de un problema práctico a menudo mal planteado.

ELOY GARCÍA
Catedrático de Derecho Constitucional

«καὶ γνώσεσθε τὴν ἀλήθειαν καὶ ἡ ἀλήθεια ἐλευθερώσει ὑμᾶς.»
(«Descubriréis la verdad y la verdad os hará libres»)
Evangelio de San Juan, 8-32.

SUMARIO

I. Planteamiento del problema. II. La proposición de ley del grupo ciudadanos y la configuración jurídica de la irrelegibilidad del Presidente del Gobierno en el régimen parlamentario. III. A modo de recapitulación, ocho ítems sobre el problema de la irrelegibilidad del Presidente del Gobierno en la Constitución Española de 1978.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

A finales de septiembre de 2017, el grupo parlamentario de Ciudadanos depositó ante la mesa del Congreso una proposición de ley con la que se pretendía modificar parcialmente la ley 50/1997, de noviembre, del Gobierno, añadiendo al artículo 11 que estipula los requisitos para acceder al cargo de Presidente del Gobierno, un nuevo apartado destinado a limitar el tiempo de duración del mandato del titular del ejecutivo a ocho años. Más concretamente la adicción propuesta reza del siguiente tenor: «*Para ser nombrado Presidente del Gobierno se requerirá, además de los requisitos del apartado anterior, no haber ostentado, de manera continua, el cargo durante ocho años, salvo que, desde el agotamiento del plazo, hubiese*

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 83-111

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

transcurrido otro de cuatro años. El agotamiento del plazo durante el desempeño del cargo, no será causa de cese»[1].

Con independencia del mayor o menor atino y corrección técnico-expresiva de la letra del texto presentado, que fundamenta la limitación del plazo en el transcurso del tiempo (teóricamente ocho años) y no en el número de mandatos, y que, al situar el tiempo donde lógicamente debiera estar emplazado el oficio, puede terminar conllevando que el Presidente del Gobierno se vea facultado a ejercer su cargo por un lapso temporal no determinado con absoluta precisión y confusamente computable —algo susceptible de propiciar diversas interpretaciones, todas ellas legítimas[2]—, lo cierto es que la fórmula no es nueva ni, obviamente, deja de plantear notables interrogantes que afectan de lleno a la esencia de un Derecho Constitucional consciente de sus propios contenidos y no a resolver los retos problemáticos y los vacíos existentes en el ordenamiento a partir de fáciles repuestas jurídico-formales o de evasivas referencias comparatistas. Estamos pues ante un problema trascendental para el Derecho Constitucional porque, de una parte, su solución exige un pronunciamiento de fondo que se adentre en los contenidos existenciales de la disciplina que, como no puede ser de otro modo, pertenecen al mundo de la Política y de lo político, y segundo porque, en contra de lo que han venido sosteniendo los escasos trabajos que sobre este tema se han publicado recientemente en España, las coordenadas intelectuales que centran el problema no se corresponden ni con el viejo debate presidencialismo-parlamentarismo[3], ni se encuadran en la procelosa cuestión de las libertades públicas y derechos fundamentales[4]. Nos situamos, ni más ni menos, que ante una temática que aunque responde a muy viejas raíces, en el momento actual se identifica con una de las preocupaciones claves que informan al constitucionalismo más

1 Proposición de ley de modificación de la Ley 50/1997, de noviembre, de Gobierno, presentada ante la mesa del Congreso el 4 de septiembre de 2017.

2 La duración del mandato del Presidente del Gobierno no viene prefijado en ningún lado de manera expresa, pero es obvio que el Congreso no puede conferir un mandato de esta índole más allá del tiempo para el que él mismo fue elegido por el cuerpo electoral, cuatro años. Además y si alguna duda hubiera al efecto, no hay que olvidar que la Constitución establece que «el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales» (art. 101.1), disposición que naturalmente también atañe a su Presidente. En este sentido, los ocho años previstos en la propuesta de Ciudadanos equivaldrían en principio a dos mandatos, pero una cosa son los mandatos potenciales y otra la duración real del encargo, en la medida que el propio Presidente puede disolver anticipadamente el Congreso y desempeñar el cargo durante varios periodos sin llegar a agotar el plazo de ocho años que a mayores, y siempre según la propuesta que estamos analizando, resultarían susceptibles de ser incrementados al entrar en juego la previsión final que dice «el agotamiento del plazo durante el desempeño del cargo, no será causa de cese», lo que de hecho posibilita que el mandato se extienda a un tercer o incluso cuarto periodo, pudiendo surgir grandes juegos al respecto que causen importantes embrollos y generen dudas acerca de cómo dar cumplimiento a la previsión limitativa. Así las cosas, parecería bastante más correcto desde el punto de vista de la buena técnica legislativa, invertir las cosas, es decir, limitar el número de mandatos a dos, y establecer una previsión para el supuesto de que el tiempo de duración efectiva de los mismos no llegara a completar ocho años.

3 En este dato insiste repetidamente, por ejemplo, el dictamen emitido al respecto por el Consejo Consultivo de Andalucía. Dictamen nº 358/2017, de 7 de junio.

4 Por todos GÓMEZ, Y., *El País* el 6 de septiembre de 2017, «*Contra la limitación de mandatos*».

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

palpitante y rabiosamente polémico y que procura salir al paso de aquello que Ingolfur Blühdorn, en un importante libro que desafortunadamente ha pasado desatendido entre nosotros, con un muy provocativo título, ha denominado *Simulative Demokratie*[5]. Es decir, a la exigencia de veracidad que ha de presidir la vida democrática y unas elecciones libres o lo que es lo mismo, a aquello que los autores franceses están presentando como *sincérité et loyauté* democrática[6].

En este sentido, cabe señalar que aunque escasamente estudiada por nuestra doctrina[7], la medida no resulta inédita en la praxis política española. Por un lado, desde hace años y a modo de lo que pudiéramos calificar como costumbre o práctica constitucional no obligatoria, se ha venido verificando una determinada pauta de comportamiento a propósito que ha llevado a los dos últimos presidentes del Gobierno a no postularse para un tercer mandato consecutivo y por ello, a no concurrir como candidatos en las correspondientes elecciones generales[8]. Aunque si bien es cierto que estamos ante un hábito (una conducta autoimpuesta) y no frente a un precepto (una norma heterónomo), no lo es menos que la irrelegibilidad voluntaria del jefe del ejecutivo para un tercer mandato ha irrumpido en la vida política española en un instante en que la sociedad experimenta una creciente desconfianza —e incluso cierto hastío— hacia la tendencia «hiperpresidencialista» que desde sus orígenes caracteriza nuestra democracia, en detrimento de la naturaleza parlamentaria del régimen que inicialmente prescribiera la letra y el espíritu de la Constitución (art. 1.3). Tendencia que, de alguna forma, se repite de manera casi clónica en las Comunidades Autónomas que hacen del respectivo presidente un líder que habitualmente ejerce en su territorio un poder sin contrapesos y, por consiguiente, ilimitado en la práctica, que se extiende temporalmente hasta el instante mismo en que sus titulares juzguen conveniente prolongarlo con absoluta discrecionalidad y que además, frecuentemente incluye la facultad de designar (o, si se prefiere utilizar la terminología que Loewenstein ha recuperado desde el mundo clásico a este efecto, cooptar[9]) al propio sucesor[10]. Tal vez sea por esto por

5 BLÜHDORN, I., *Simulative Demokratie Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*. Frankfort 2014.

6 Empieza a ser importante la literatura al respecto, pero un trabajo inicial al efecto está en las aportaciones de M. FATIN-ROUGE en el libro colectivo, *Sincérité et démocratie*, Lyon 2011

7 El único estudio de conjunto que existe al respecto hasta donde se me alcanza es el libro GARCÍA, E., - ARIEL SÁNCHEZ, C., (Eds) *Pensamiento republicano y Derecho constitucional. El problema de la irrelegibilidad en las democracias contemporáneas*. Bogotá 2007.

8 Así lo hizo el que fuera presidente Aznar de manera expresa y su sucesor Rodríguez Zapatero de forma menos decidida y posiblemente más oportunista, forzado por la marcha de los acontecimientos. En ambos casos ello determinó la retirada política de ambos.

9 La cooptación es una elección interna restringida a un determinado elenco de personas que puede funcionar como procedimiento cerrado de un colectivo encapsulado en un sistema democrático. Hasta la fecha el único trabajo científico publicado al respecto es el de LOEWENSTEIN, K., *Kooptation und Zuwahl Ueber die Autonome Bildung Privilegierter Gruppen*. Frankfort 1973, en el que estudia la recepción de esta técnica en el Constitucionalismo de los Modernos.

10 Semejante práctica se ha repetido en CCAA de muy diferente signo político, socialistas como Andalucía, en las persona de los señores Chaves, Griñan y Díaz, o como Castilla la Mancha, con Bono, o Populares

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo que varias Comunidades Autónomas que hacen gala de una amplia diversidad de criterios al respecto, han regulado recientemente o están estudiando la posibilidad de regular, la cuestión que ahora analizamos, sin haber sido capaces de construir una respuesta unitaria que despeje las dudas sobre la constitucionalidad y procedencia en derecho de la limitación de mandatos. Por eso, parece haber llegado el momento de efectuar una reflexión jurídico-política que tomando como punto de partida las esclarecedoras consideraciones que en su día se formularon en el único seminario científico que hasta el momento ha tenido lugar en España sobre éste tema[11], aborde los fundamentos intelectuales de la irreligibilidad y valore su procedencia y compatibilidad con los principios concretos que inspiran nuestra vida parlamentaria. En este sentido, la primera cuestión a resolver es el origen de la institución y su compatibilidad con la filosofía democrática que expresa el viejo aforismo «*voluntas populi, voluntas Dei*», para, a continuación, proceder a trazar los rasgos institucionales que informan su idiosincrasia jurídica y determinar tanto la utilidad que depara como los posibles problemas que de su aplicación práctica se derivan en el ordenamiento constitucional español. Se trataría pues de identificar la esencia ontológica de la institución para, desde el conocimiento de su razón de ser y del marco intelectual en que se encuadra, examinar su concreción en nuestro ordenamiento constitucional y proceder a juzgar los condicionantes sistemáticos que operan en su incorporación y recepción, así como los pros y contras de oportunidad funcional que eventualmente pudieran aconsejar su implantación.

1. Constitucionalismo de los Antiguos y constitucionalismo de los modernos

Contrariamente a lo que afirmaba la historiografía tradicional, profundamente influenciada por las tesis marxistas de la lucha de clases, la nueva historia del pensamiento[12] hoy en boga, viene presentando los procesos revolucionarios americano y francés y su frustrado precedente inglés del siglo XVII, como una suerte de movimiento de revisión de las concepciones políticas precedentes que

como Madrid en las personas de Esperanza Aguirre o Ignacio González, o Valencia en Zaplana y Camps, pero también en Cataluña en los casos de los señores Pujol y Atur Más.

11 El seminario que tuvo lugar en Bayona (España) en 2005, daría lugar al libro publicado en Bogotá del que se da cuenta en la nota 7.

12 Como señala RUBIO LORENTE en su estudio preliminar a los *Escritos de Juventud* de Marx «La obra de Marx no es tanto un sistema, como un método de conocimiento orientado hacia la acción». Obra citada, Caracas 1965, p 7. Justamente contra este método se levantan los trabajos de la llamada escuela de Cambridge que si por un lado centran sus análisis en el pensamiento (historiografía) y no en la realidad empírica del pasado (historia social), por otro aspiran a presentar los discursos que se enfrentan en un momento dado de la vida política, como los concibieron sus propios autores. Esta reconsideración del pensamiento que da lugar a categorías explicativas como la historia intelectual, que reemplaza a la vieja y obsoleta historia de las ideas, sitúa por ejemplo la clave de la evolución política inglesa desde lo Antiguo a lo Moderno en el siglo XVII y no en una revolución industrial sobre la que habría mucho que discutir.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en un caso implicaron el nacimiento de un nuevo universo político (Estados Unidos) y en otro desencadenaron una situación de equilibrio tenso entre lo nuevo y lo viejo (Francia) que terminaría cristalizando en un permanente conflicto Rey-Parlamento que —como enseña Furet[13]— sólo resolvería de manera definitiva la III República francesa. Todo esto compete a nuestro tema en la medida en que permite circunscribir adecuadamente la importancia de los antecedentes de la ireelegibilidad en el mundo anterior a la Revolución Francesa, y da pie a calibrar su correcta significación en la posterior Democracia de los Modernos.

A este respecto, es sabido que las ciudades-Estado y los teóricos de la idea republicana clásica, defendieron tanto la necesidad de limitar al máximo la duración temporal de permanencia en los cargos, como la conveniencia de facilitar hasta el paroxismo la rotación en los puestos públicos de la Ciudad. El objetivo perseguido —tal y como explicarían para la república florentina los colosales estudios de Felix Gilbert[14]— consistía en que todos los ciudadanos se implicaran directamente en el gobierno de la Ciudad de manera que la política no se viera abocada a convertirse en un menester reservado a una minoría o a una clase profesional que obrara como *circa*. República era, en esta concepción clásica que informaba el pensamiento democrático de los Antiguos, aquella forma de organización estatal donde todos participaban colectivamente en el gobierno de la Ciudad, y en la que la principal tarea de las instituciones consistía en excitar la intervención cívica, evitando precisamente que nadie quedara excluido de la construcción colectiva del querer ciudadano. Nadie podía quedar fuera de la política sino se quería incurrir en el inadmisible coste —hablando en términos democráticos— de amputar a la Ciudad uno de sus miembros, ya que la Republica no era otra cosa que la suma integrada de todos en la tarea común. Así las cosas, nada puede tener de extraño que la República de los Antiguos prestase la máxima atención a los mecanismos que hacían posible la integración de todos en el proceso de conformación del ser colectivo, y que, además, procurara dinamizar al máximo esta implicación, mirando en todo momento a evitar la apropiación de la posición política de cualquier ciudadano por un tercero que, sirviéndose de su poderío, aproveche para convertir su situación en condición de dominio. Se comprende entonces la importancia de la limitación de mandatos y de la rotación en la política, porque como advertía muy consciente Maquiavelo en sus *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, en el pasado esa fue la causa del fin de la República ya que «*la prolungazione degl´ impere fece serva Roma*»[15]. Harrington en su *Oceana*, posiblemente la obra teórica de mayor fuste escrita en defensa de la concepción republicana de la política cuando la Constitución de los Antiguos era ya pura ceniza, dejará clara la relevancia de la limitación de mandatos como requisito

13 Véase por todos, *La Révolution française*, París, 1965

14 GILBERT, F., *Machiavelli and Guicciardini: Politics and History in Sixteenth Century Florence*. Princenton, 1984

15 Obra citada, Libro III capítulo 24.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para una elección basada en la deferencia que permitiera la imbricación de todos en la República[16].

En el fondo, toda esta preocupación delataba el temor a que la permanencia en el poder de un determinado individuo abriera camino a la monarquía, como en verdad sucedió en la historia en numerosas ocasiones. Y a este respecto baste recordar que la evolución de Florencia o los Países Bajos holandeses hacía la monarquía tuvo un hito fundamental —hablando en términos de discurso institucional— en la aparición de magistraturas vitalicias como el *gonfaloniero* o el *estatúder*. El origen de las monarquías modernas allí donde la monarquía no es la consecuencia de la evolución natural de un rey feudal, como en Francia, está precisamente en la transformación de los empleos temporales en oficios vitalicios. Primer paso al que luego podrá suceder o no, la condición hereditaria de la magistratura. Y es que la diferencia fundamental que separará a la Monarquía de la República en los siglos XVI y XVII, estribará en la naturaleza temporal o vitalicia del cargo, algo que conectará de manera lógica con la diferente cualidad existencial que nutre las dos formas de Estado, el poder para las monarquías, la *Política* para las Repúblicas. Y conviene recordar al efecto que nos encontramos en presencia de categorías conceptuales diferentes que en la realidad de los hechos se presentan prácticamente asociadas, propiciando una confusión terminológica que con frecuencia se convierte en magnífica excusa para un escamoteo de significados ciertamente doloso. Y es que mientras la *Política* hace referencia a las tareas que la convivencia colectiva, su organización y sus necesidades exigen de unos hombres que inexorablemente comparten su existencia en la Ciudad, el *poder* se refiere a la capacidad de imponer incondicionalmente la propia voluntad a otros hombres, a las nociones de mando y de sumisión, en suma, a las ideas de obediencia y resistencia.

Lo expondrá brillantemente Alain, muchos años después, en sus diversas intervenciones públicas —y de forma particularmente clarividente en su célebre conferencia, *Le Culte de la Raison comme fondement de la République*[17]— en las que proyectará la distinción entre ambos formas organizativas y las culturas políticas a ellas asociadas. «El poder es siempre monárquico... La República es el régimen natural.... la confianza es la salvación de las Monarquía como la desconfianza lo es de la República». La Monarquía se identifica con el poder, la obediencia, la jerarquía, la sumisión (y de ahí el término súbdito). La República se corresponde con la Política y la implicación pública del hombre en la vida política: a ella le corresponde la libertad política. Monarquía es vitalidad del poder, estabilidad de un

16 Deferencia no es una relación establecida en el marco de la jerarquía sino de igualdad republicana y en consecuencia donde está presente no existe soberanía. Más detalles al respecto en POCOCK, J., «El significado de la deferencia en el discurso republicano: de la «deference» a la «influence»» *Teoría y Realidad Constitucional* nº 28, 2011, pp. 361-370.

17 Le Culte de la Raison comme fondement de la République » (Conférence populaire), *Revue de Métaphysique et de Morale*, enero de 1901, pp. 111-118

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gobernante que lo es a vida. Republica significa rotación de todos en los cargos y oficios públicos, *ergo* no repetición de mandatos, no continuidad indefinida en las instituciones del Estado. En suma, pues, vitalidad frente a limitación son los dos extremos de la disyuntiva que resume, a nuestros efectos, la terrible dicotomía que durante buena parte del siglo XVII Y XVIII presidirá el conflicto político que desgarrará a las naciones Europeas y que tan inteligentemente sintetiza el libro de Zarka[18].

Pero más allá de todas estas consideraciones de filosofía constitucional, lo único que nos interesa dejar claro por el instante, es la distinta lógica en la que intelectualmente se ubican las dos opciones en que es posible incardinar la irrelegibilidad, lo que nos permite, además, situarnos frente al problema con el que los padres del constitucionalismo de los Modernos se dieron finalmente de bruces. Así, establecer la República para los revolucionarios americanos que rompieron lazos con la vieja metrópoli británica y su anticuada manera de entender la política, significará imponer la limitación de mandatos y la rotación en las instituciones. Sin embargo, el asunto concreto que nos ocupa no se hará evidente en términos jurídicos hasta el instante en que —como subraya con tino Wood en un lúcido y poco conocido ensayo[19]— la exigencia de organizar constitucionalmente la anómica Confederación de Estados nacida de la Independencia, diera lugar a un movimiento conservador del que surgirían, tanto la actualmente vigente Constitución Federal, como la propia figura del Presidente, inicialmente no contemplada. Será entonces, cuando ya se apreciaban los síntoma claros de la transformación de la democracia de los antiguos en republica moderna[20], cuando llegue el momento en que el mismo Washington, si no consciente de la necesidad de establecer *ex novo* una diferenciación que parecía clara a nivel de principios, sí al menos de remarcar una diferencia tangible entre un Rey y un jefe de Estado republicano, tomase la decisión de no optar a un tercer mandato (*term limits* en el lenguaje político norteamericano), renunciando así a provocar una circunstancia que potencialmente podría haber hecho que su cargo se confundiera o incluso deviniera en una institución vitalicia. Nace de aquí la idea de que en una Republica presidencialista la limitación temporal del poder se define como *conditio sine qua non* de la democracia; una idea que resultará de especial transcendencia en las naciones de la América española y portuguesa, donde a menudo el presidente desempeña una función integrativa y ostenta una fuerza factico-normativa equivalente a la de toda una Constitución de los Modernos[21]. Un extremo que explica que el problema de la reelegibilidad presidencial resulte tan palpitante y

18 *Monarchie et république au XVIIe siècle ?*, París, 2007

19 *Monarchism and Republicanism in the early United States*. Bernard Bailyn Lecture, La Trobe 2000.

20 Es bien sabido que en el nº 10 del *Federalista* se evidencia la transliteración de los términos República y democracia hacia otros significados políticos muy diferentes.

21 En muchos países hispanos no hay más Constitución que el presidente o dicho de otra forma la Constitución ha sido concebida como mecanismo de compensación y contraposición del poder presidencial de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

peliagudo en aquellas naciones. Pero no es este el derrotero por el que debe proseguir nuestro razonamiento, ya que de lo que aquí se trata es de refutar el argumento que circunscribe el problema de la reelegibilidad exclusivamente al ámbito del debate presidencialismo-parlamentarismo, dando pie a la errónea tesis de que la no limitación de mandatos se corresponde con el régimen parlamentario y la restricción con el presidencial.

Cómo ha quedado dicho, la ireelegibilidad se define como atributo de la República sólo en el caso de que el mecanismo se presente en el marco de la contraposición con la Monarquía-régimen político[22], no el supuesto de que esta dicotomía antagónica no opere en absoluto, como sucede en las actuales Monarquías parlamentarias europeas en las que la Política es patrimonio de todos los ciudadanos y el monarca aparece configurado como una instancia simbólica y desprovista de cualquier poder efectivo. Estamos ante un error arrastrado de tiempo atrás por una doctrina irreflexiva que ignorando los auténticos contenidos del principio republicano, se ha limitado a repetir una fórmula vacua, renunciando a plantearse sus propias preguntas. Lo que no quiere decir que la irrelegibilidad no ocupe lugar alguno en los esquemas de aquella estructura institucional que en los albores del Estado Constitucional adoptó la vía parlamentaria. Y es que en efecto, también existe un supuesto de incorporación o recepción de la vieja institución republicana de la limitación de mandatos en los orígenes del régimen parlamentario que en esta ocasión responde a otras razones muy distintas de las que obraban en la República democrática. Y para demostrarlo nada mejor que acudir al primer episodio registrado en que el discurso de la irrelegibilidad, con sus distintas opciones, toma cuerpo en la vida parlamentaria. Se trata del debate que da lugar al establecimiento en la Constitución francesa de 1791 de la prohibición de reelección de los diputados para un segundo mandato. E importa mucho explicar los términos concretos en que semejante discusión tuvo lugar, porque ese es justamente el contexto intelectual donde encuentra su espacio discursivo lógico el problema ahora planteado en España a raíz de la citada enmienda del grupo parlamentario de Ciudadanos. El terreno en el que es imprescindible razonar la procedencia o no de la enmienda propuesta. Y es altamente significativo que todos los trabajos que en nuestra escasa doctrina se han elaborado en los últimos tiempos respecto de este tema, eluden completamente cualquier referencia a esta discusión, delatando de esta forma la precariedad desde la que han construido sus pobres argumentos, máxime cuando la riqueza del debate que en torno a este tema se produjo en aquel episodio, es de tal nivel que contempla todas las razones

manera que la reelección se configura como la máxima expresión del límite que en otros ámbitos significa una Constitución democrática.

22 Conviene recordar que la III República francesa consolidaría su condición democrática introduciendo una reforma constitucional que prohíbe le elección de los miembros de familias que hubieran reinado en Francia garantía, una medida a medio camino entre la necesidad de conjurar los temores de vuelta al monarquía y el miedo a los nuevos populismo que representaban los descendientes de Napoleón.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que todavía hoy pueden ser aducidas al respecto. Nos estamos refiriendo en concreto a la polémica que desde los escaños de la Asamblea Nacional francesa, contrapuso a dos inteligencias tan lúcidas como Maximiliano Robespierre y Jacques Thouret. Y para corroborar esta afirmación sobre la calidad de los argumentos en liza, baste únicamente traer a colación el dato de que un particularmente agudo François Furet incluye el debate entre los grandes confrontaciones que marcan el sino intelectual de la primera Constitución francesa[23], lo que equivale a decir, siguiendo a Loewenstein, del mayor seminario político de la modernidad.

2. Una estampa histórica del encuadramiento intelectual de la irrelegibilidad en el Estado Constitucional-parlamentario

El 16 de mayo de 1791 Thouret[24], el *rapporteur* del comité de Constitution, subió a la tribuna a decir que para finalizar la redacción de la Constitución restaban por resolver dos cuestiones. En el momento en que señaló la primera —si los miembros de la Asamblea podrían ser elegibles la próxima legislatura—, un griterío ensordecedor cortó sus palabras. Atronadores aplausos acompañaban a un rugido unánime *¡no! ¡no!*, cuando inesperadamente un diputado entonces casi desconocido, Maximiliano Robespierre, pidió la palabra para suscitar una moción de orden en apariencia inocua: «*Entiendo que la cuestión que la Asamblea debiera plantearse en primer término subyace implícita en la naturaleza y en los términos mismos de esta deliberación… antes de fijar definitivamente las funciones y poderes de la legislatura, antes de estipular los modos y formas que posibilitaran el acceso a la condición parlamentaria, creo conveniente y útil, decía, que antes de legislar sobre todo esto, el legislador mismo se desinterese personalmente de esta gran cuestión. Creo honestamente en la conveniencia de que la deliberación sobre el cuerpo legislativo la hagamos como hombres que muy pronto tendrán que adentrarse en el común de la ciudadanía y no como legisladores aptos para continuar siendo miembros de una Asamblea que nosotros mismos deberemos organizar. En consecuencia, formulo mi moción en estos precisos términos: «Reclamo que antes de discutir cualquiera de las cuestiones presentadas, la Asamblea decrete que los miembros de la Asamblea actual no podrán ser miembros de la próxima legislatura.»*

El breve parlamento caerá en la Asamblea como un trueno. Inmediatamente una indescriptible emoción se apoderará de la antigua *sale de manège*. A la izquierda y derecha, los parlamentarios se apresurarán a exigir a gritos la votación. Y en medio de un fervor indescriptible la cámara entera hacía suya la propuesta de la irrelegibilidad. La iniciativa de Robespierre, parecía imbatible, cuando el ponente, Thouret, una de las mejores mentes jurídicas de Francia, que no se

23 FURET, F., HALÉVI, R., (Ed.), *Orateurs de la Révolution française, I: Les Constituants*, Paris 1991.

24 THOURET fue entre otras cosas, el padre del sistema judicial revolucionario francés sobre el que luego se construiría todo el modelo continental.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dejaría atrapar tan fácilmente por una argucia, volvió a tomar la palabra: «*Señores,* —clamó Thouret— *¿los miembros de una legislatura pueden ser reelegidos en la siguiente? Semejante cuestión interesa sustancialmente a los principios constitucionales, y la decisión que respecto de ella se adopte hoy aquí, por la perpetuidad de sus efectos, tendrá una influencia por siempre favorable o perjudicial en el éxito del gobierno. Bajo esos dos supuestos la cuestión merece ser cuidadosamente discutida y decidida con la más rigurosa imparcialidad. El deber del legislador consiste en permanecer estrictamente vinculado a la exactitud de los principios, y en tender inflexiblemente hacia todo lo que pueda redundar de una manera perdurable en el mayor bien público. El error más funesto en un legislador es aquel que procura corromper su rectitud de juicio sustituyendo por falsas percepciones del bien público extraídas de las circunstancias momentáneas en las que pudiera encontrarse sumido, las consideraciones más reales que pertenecen al estado natural y ordinario de las cosas y de los hombres. Puesto que la cuestión está aún por dilucidar busquemos pues, los fundamentos de la decisión que deberá recibir.*

El primero se presenta en el imperioso principio de la libertad de las elecciones, y semejante principio resulta tan exigente que excluye cualquier otra consideración si el peligro inminente de la cosa pública no obliga a limitar su aplicación. El fundamento del gobierno representativo es el derecho a elegir. Semejante derecho es esencialmente el derecho del pueblo. Y debe ser más respetado en tanto que se trata del único que el pueblo ejerce por sí mismo, en la medida en que su ejercicio es el ejercicio de la soberanía inmediata, y en cuanto que de él derivan su legítima existencia todas las autoridades delegadas….¿Qué habría de precioso para el pueblo en el derecho a elegir si no fuera por esa libertad de escoger que le permite seguir las inspiraciones de su confianza, y qué mayor satisfacción que la que él experimenta sintiéndose dueño de delegar sus poderes en quienes juzgue capaces de hacer su felicidad? Es en esto en lo que consiste, de otra parte, el principal nervio y la más sólida garantía de autoridad en los gobiernos representativos. El pueblo deviene en estos casos tanto más tranquilo en la medida en que cuenta con mayores motivos para estar confiado, y deviene tanto más confiado cuanto más libre sea de escoger como representantes a hombres en los que ha reconocido y sobre todo comprobado, capacidad y civismo. Las leyes obtienen entonces un gran respeto; los poderes públicos una fácil obediencia, y semejante disposición del pueblo contribuye a forjar una parte de su felicidad al tiempo que secunda y acredita la actividad del gobierno. Así, respetemos el derecho del pueblo en la libertad de las elecciones porque sobre este principio reposa la Constitución entera, y es algo de lo que nunca puede consentir ser despojado. Y aun cuando este principio no fuera tan soberanamente imperioso como lo hemos reconocido siempre, si queremos conciliar en la Constitución la confianza y la vinculación sin las que no podría prosperar, respetemos al menos el derecho del pueblo en la libertad de las elecciones…Por tanto la Asamblea no puede ni debe legítimamente establecer restricciones a la libertad de elegir más que cuando sean exigidas por un interés del pueblo, superior al libre disfrute de su derecho de elección libre…

Y si la Constitución debe operar con suma cautela y circunspección en esta limitación ¿A quién se propone excluir? a ciudadanos constitucionalmente elegibles que han demostrado ya su mérito hacia la cosa pública aceptando la misión que les ha sido confiada, que han justificado plenamente la confianza que les ha sido depositada, y a los cuales el pueblo,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en ejercicio de su poder soberano, desea y reclama todavía servicios porque ha obtenido una dichosa prueba de su talento y de su lealtad… ¿En razón a qué? ¿Cuál puede ser el motivo de esta prohibición cuando la nación hace evidentemente aquello que puede hacer mejor; cuando su elección útil y esclarecida viene determinado por la pieza de convicción más infalible: la experiencia?, cuando, en fin, la elección obedece al sentimiento de patriotismo y al celo de la prosperidad pública que todas nuestras leyes deben tender a desarrollar. ¡Qué! Señores, el mayor peligro de las elecciones es el error en las cualidades de los sujetos que se eligen. La perfección del régimen electivo estaría en que todas las elecciones pudieran recaer sobre hombres seguros y reconocidos: y cuando la nación, encontrando ese motivo de seguridad tenga la voluntad de aprovecharlo, la Constitución podrá decir «lo que queréis y podéis hacer por vuestro bien no está permitido. Esos buenos ciudadanos elegibles hace dos años que vosotros habéis provechosamente designado y que podrían resultar más útiles todavía, no son elegibles en este momento por la sola razón de que ya os han servido bien. No sois libres de depositar vuestra confianza nuevamente en aquellos mismos hombres en quienes con tanta razón habíais confiado antes.»

Señores, si ese punto de vista de la cuestión no puede ser cambiado, vuestros sufragios deben ser muy pronto reunidos …El inconveniente que se podrá oponer es que la facultad de reelegir a los buenos representantes comprenderá también la facultad de reelegir a aquellos otros que no hayan sido capaces de suscitar una opinión tan favorable. Pero semejante objeción, que no tiene otro fundamento que la suposición que el pueblo es incapaz de elegir bien, no debería aparecer en nuestras discusiones: porque si tuviera algún valor atacaría a la Constitución entera estableciendo que el gobierno representativo, fundado sobre las elecciones populares resulta esencialmente corrupto. Es imposible que la nación trate de inferirse daño a sí misma, y si en alguna ocasión procede a elegir mal estaremos seguros de que se habrá equivocado. Es por consiguiente, contra la reelección que este sofisma deviene todavía más fútil, porque entonces cuando cada uno haya hecho sus pruebas, la nación tendrá todas las luces de que tiene necesidad para efectuar una buena elección, y de protegerse frente a las malas.

El régimen electivo ha sido adoptado y no caben más razonamientos concluyentes que aquellos que tienen por fundamento la confianza en la bondad de sus efectos; y no existen otras proposiciones admisibles que aquellas que tienden a conciliar el más alto grado de libertad de elección con su seguridad. Eso es lo que satisface eminentemente la doctrina de la reelección. El sistema de despreciar los sufragios, suponiendo la incapacidad de los electores tendería, al contrario, a enervar y a desfigurar la propia Constitución. El derecho del pueblo se encuentra por encima de todo eso. Es a él a quien corresponde juzgar soberanamente a sus representantes, distribuir su estima o su reprobación, y señalar de entre todos cuantos le exponen en la jornada electoral sus principios y sus procederes, cuales son aquellos cuyos servicios pasados juzga dignos de continuar con su confianza… se ha llegado hasta decir que si los diputados pueden ser reelegidos se verán perpetuados por el efecto inevitable de la posesión y del hábito. Se sienten autorizados por ello a aplicar a la facultad de reelegir toda la fuerza de la argumentación que reposa sobre la perpetuidad de las legislaturas…. ¡Pero ¿cómo es posible?! Si cada dos años se pondrá fin a una legislatura. Sí cada dos años la masa entera de los ciudadanos activos será puesta en movimiento por las asambleas

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

primarias. Si cada dos años electores renovados procederán a una nueva renovación de representantes.… La exageración de esta hipótesis cuya realización resulta moralmente imposible, no permite hacerla entrar dentro de los motivos de una deliberación razonable: proporcionaría una excusa demasiado fútil para justificar la violación del principio fundamental del régimen electivo. La utilidad pública reside también en esta libertad del pueblo porque en general la reelección no honrará más que a los buenos diputados.…»

La coherencia lógica y la apabullante irreprochabilidad de la oratoria de Thouret, parecía haber convencido a la Asamblea, hasta el extremo de obtener el máximo galardón que podía concederse a la intervención de un parlamentario, la publicación por el *imprimeur* de *l´Assemblée Nationale.* Las tornas habían cambiado, ésta vez la causa de la reelección parecía tener la suerte a su favor. En apariencia nada cabía objetar al razonamiento de Thouret, salvo que se le opusiera otro discurso fundado en unas premisas diferentes. Ese iba a ser justamente el gran mérito de Robespierre que inmediatamente se levantaría a la réplica: *«Soy plenamente consciente, señores* —replicará el «incorruptible»—*, de la importancia de la cuestión que acabo de suscitar, y sólo tras un detenido examen de sus pros y sus contras, me atrevo a presentarla. Debo reconocer, así mismo, que antes de estar convencido por razones imperiosas de la utilidad de mi proposición grandes ejemplos de la historia habían conmovido ya mi espíritu. Los más grandes legisladores de la antigüedad después de haber dado una Constitución a su país, se impusieron el deber de reintegrarse nuevamente en la masa de los simples ciudadanos buscando, en más de una ocasión, ocultarse del clamor surgido del reconocimiento público*[25]*. Pensaban, sin duda —prosigue Robespierre—, que el respeto a las nuevas leyes pendería en gran medida del respeto que a su vez fueran capaces de despertar las propias personas de los legisladores y que éste por su parte, estaría condicionado a la idea que de su carácter y de su desinterés se tuviera. Convendréis conmigo, al menos en que aquellos en cuyas manos recae el poder de fijar el destino de las naciones y de las razas futuras, debieran permanecer completamente aislados de su propia obra, debieran ser como la Nación entera y como la propia posteridad. No basta con que se mantengan inmunes a todo interés personal, impertérritos ante cualquier ambición, es preciso, además, que nadie pueda atisbar en ellos la más leve sombra de sospecha.*

A mi entender, y así lo abogo[26]*, no hay necesidad de buscar en razonamientos especialmente sutiles la solución a la cuestión que nos ocupa, yo la encuentro entre los principios fundamentales de la rectitud, en mi propia conciencia. Vamos a deliberar sobre la parte de*

25 Demagogia dirá Furet, pero sin embargo lo que resuena en el aire son las palabras que Rousseau escribiera en el Contrato Social *«Quand Lycurgue dona des lois à sa patrie, il começa par abdiquer la royauté»*. Contrato Social, libro I, cap. VII.

26 Ahora el argumento es otro, de una manera sibilina, apenas imperceptible, la autoridad de la historia ha dejado sitio al tema capital del papel del fundador de la República, o para utilizar las palabras de Maquiavelo al *«principe nuevo»*. Frente a la incompatibilidad como motivo obligado de abstención legítima invocada por Thouret, Robespierre apela ahora un acto de presente: no se trata de remontarse a los ancestros para afirmar la autoridad, se trata de construir el nuevo Estado desde un fundamento legítimo, desde un consenso de presente. Rousseau ha llevado a Maquiavelo hacia algo que el propio Rousseau reclamaba explícitamente. La legitimidad del acto de fundación no la legalidad del derecho, es lo que busca el Robespierre que aquí se manifiesta como émulo de Maquiavelo.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Constitución que representa el primer sustento de la libertad y de la felicidad pública, la referida a la organización del Cuerpo legislativo, a las reglas constitucionales que presidirán las elecciones, a las normas que regularán la renovación de los cuerpos electorales. Antes de pronunciarnos sobre estas cuestiones, hagamos que nos resulten perfectamente extrañas. Para mí, al menos, creo un deber aplicarme tal principio. No me considero inaccesible a la ambición de ser miembro del Cuerpo legislativo, aún más, proclamo con franqueza que ella es, sin ningún género de dudas, la única ambición legítima en la conciencia de un hombre libre; pero sé que las oportunidades que pudieran conducirme a tal encargo están vinculadas a la manera en que resolvamos las grandes cuestiones nacionales a que he aludido. ¿Estaré entonces en posesión del grado de imparcialidad y desinterés absoluto que reclama tan importante cometido? Si un juez es recusado cuando tiene el menor afecto, el más leve interés, incluso indirecto, por cualquier causa, ¿seré o puedo ser yo, menos severo para conmigo mismo cuando se trata de la causa de los pueblos? No y como no quiere que exista para todos los hombres más que una sola moral, más que una sola conciencia, concluyo que de esta misma opinión participa la Asamblea Nacional entera. La naturaleza misma de las cosas ha elevado una barrera entre los autores de la Constitución y las Asambleas llamadas a sucederlos. En cuestiones de política nada puede ser más útil que lo que resulta justo y honesto, y nada prueba mejor la veracidad de tal aserto que la ventajas implícitas en la proposición que yo sostengo.

¿Sois conscientes de cuan imponente autoridad conferiría a vuestra Constitución el hecho de que vosotros mismos os sacrificarais renunciando al mayor de cuantos honores pudieran ofreceros vuestros conciudadanos? ¡Cuántos esfuerzos de la calumnia resultarían derrotados sino se pudiera reprochar a uno sólo de los que han contribuido a elevarla el haber desviado el crédito que sus comitentes le otorgaron para desempeñar su misión al propósito de prolongar su poder[27]*! Si no se pudiera decir de que aquellos que pasan por tener una gran influencia sobre vuestras deliberaciones han sucumbido a la tentación de servirse de su reputación y de su popularidad para extender el imperio de la palabra sobre la próxima Asamblea, en fin, si nadie os pudiera reprochar el haberos plegado al deseo, en sí mismo loable, de serviros del escenario de un gran teatro para presentar a la patria los principios inspiradores de las importantes deliberaciones que os quedan aún por tomar.*

En tal caso, incapaces de albergar cualquier interés personal sobre vosotros mismos, os encontraréis vinculados al sistema contrario por escrúpulos relacionados exclusivamente con el interés público, lo que haría muy fácil disipar todo recelo. Algunos parecen creer en la necesidad de conservar en la próxima legislatura una parte de los miembros de la Asamblea actual. En primer lugar porque imbuidos de una justa confianza en nosotros desesperan de que podamos ser reemplazados por sucesores igualmente dignos de la confianza pública. Aun

27 «*Prolonger son pouvoir*» dice Robespierre en su discurso recogiendo literalmente la expresión de Maquiavelo en las Décadas, como ya se indicó, «*La prolungazione degl' imperii fece serva Roma*», es el título del capítulo 24 Libro III en el que dice «Si se considera bien el proceder de la republica romana se comprobará que dos fueron las cosas que estuvieron en la razón (*cagione*) de la disolución de la República: una, los contenciosos nacidos de la ley agraria; la otra, la prolongación de los mandatos militares («*la prolungazione degli imperi*»).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

compartiendo el honorable sentimiento para con la Asamblea actual que está en la base de tal opinión, creo expresar la nuestra diciendo que no tenemos ni el derecho ni la presunción, de pensar que una Nación de 25 millones de hombres, libre e ilustrada, se encuentre reducida a la impotencia de no encontrar 720 defensores que la protejan. Y si en un tiempo en que el espíritu público no había nacido todavía, en el que una Nación que ignoraba sus derechos y que no podía prever aún su destino, supo estar a la altura de los acontecimientos y efectuar una elección digna de esta revolución ¿no lo estaría también, e incluso de mejor forma, en un momento en que la opinión pública se encuentra esclarecida y fortificada por una experiencia de dos años plenamente fecunda en grandes eventos y en grandes lecciones? Pero los partidarios de la reelección dicen más, sostienen que un cierto número e incluso determinados precisos miembros de esta Asamblea resultarían necesarios para ilustrar y guiar la legislatura siguiente a través de las luces de su experiencia y del perfecto conocimiento de unas leyes que son su propia obra.

Por mi parte y sin detenerme en una idea que posiblemente tenga algo de artificiosa, creo, en primer término, que quienes fuera de esta Asamblea han leído y han seguido nuestras deliberaciones, quienes han adoptado nuestros decretos, quienes los han defendido, quienes han estado encargados por la confianza pública de hacerlos ejecutar, que esa masa de ciudadanos cuyas luces y cuyo civismo atraen las miradas de sus compatriotas, conocen también las leyes y la Constitución. Y estoy plenamente convencido que no será más difícil conocerlas de lo que ha resultado hacerlas. Y podría añadir algo más, no estoy convencido de que la inmensa turba de acontecimientos en que nos hemos visto envueltos, haya sido el medio más efectivo para propiciar nuestro conocimiento del conjunto y de los detalles de nuestra propia obra. En ocasiones he llegado a pensar que los principios de la Constitución están grabados en el corazón de la mayoría de los hombres, en el espíritu de la mayoría de los franceses, que no han surgido tan sólo de la cabeza de tales o cuales oradores, sino que han surgido del seno mismo de esa opinión pública que nos ha precedido y que nos ha sostenido. Es a ella, es a la voluntad de la Nación, a la que es preciso confiar su duración y su perfección, y no a la influencia de algunos de los que la representan en este momento. Si la Constitución es obra vuestra ¿no es también por ello patrimonio de los ciudadanos que han jurado defenderla contra todos sus enemigos? ¿No es también la obra de la Nación que ha adoptado como propia? ¿Por qué entonces las asambleas de representantes por ella designados no habrán de tener derecho a esa misma confianza? ¿Quién osaría dirigir la Constitución contra su propia voluntad? En cuanto a los pretendidos testigos que presuntamente, una Asamblea debiera trasmitir a cuantas le sucedan en el tiempo, no creo en absoluto en su utilidad. No es en el ascendiente de los oradores dónde la virtud residencia la esperanza del bien público, sino en las luces y en el civismo del conjunto de las Asambleas representativas. La influencia de la opinión y el interés general disminuyen a medida en que crece la de los oradores que cuando finalmente consiguen apoderarse de la deliberación destruyen la Asamblea y convierten la representación en un fantasma[28]*. Es entonces cuando se hacen realidad las afirmaciones de Temístocles cuando, mostrando a su hijo pequeño, decía <eh aquí*

28 La expresión literal es el «*fantòme de la representation*».

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quien gobierna Grecia: este muchacho gobierna a su madre, su madre me gobierna a mí, yo gobierno a los Atenienses, y los Atenienses gobiernan Grecia[29]*>. Ese es el modo en que también una Nación de 25 millones de hombres podría terminar gobernada por una Asamblea representativa, y esta, a su vez, por un pequeño número oradores adiestrados y quien gobernaría entonces a ese pequeño número de oradores?… No osaré decíroslo, pero vosotros mismos podéis adivinarlo. No gusto ciertamente de esa nueva ciencia que llaman táctica de las grandes asambleas, me sabe demasiado a intriga, la verdad y la razón deben reinar en exclusiva en las Asambleas legislativas. Tiemblo ante la posibilidad de que hábiles demagogos, enseñoreados de una asamblea por sus argucias, puedan asegurarse su dominación sobre la siguiente perpetuando así un régimen de coalición que constituiría la mayor amenaza contra la libertad. Confío en que los representantes al no poder extender más allá de dos años los vuelos de su ambición se vean forzados a limitarla a la gloria de servir a su país y a la humanidad, a merecer la estima y el amor de la ciudadanía a cuyo seno estarán seguros de retornar al finalizar su misión. Dos años de trabajos tan brillantes como útiles sobre un escenario tal, serán suficientes para confirmar su gloria. Y si la gloria, si la felicidad de situar sus nombres entre los de los benefactores de la patria, no les resultarán suficientes, ello constituiría prueba evidente de la corrupción de su carácter, de su condición de sujetos peligrosos, y habrían demostrado la conveniencia de no dejar a su alcance los medios de saciar tal género de ambición. Yo desconfiaría de quienes durante cuatro años hubieran permanecido expuestos a recibir las caricias de la seducción real, las caricias de su propio poder, en fin, sometidos a todas las tentaciones del orgullo y de la concupiscencia. Aquellos que me representan, aquellos cuya voluntad es reputada como mía, no estarían ciertamente muy cerca de mí, demasiado identificados con mi persona si la ley, lejos de encarnar la voluntad general, no fueran más que la expresión de los caprichos o intereses particulares de cierto número de ambiciosos. Sé que esos representantes se aliarían con el ministerio y la corte en contra del pueblo, deviniendo primero en soberanos y muy pronto en opresores.*

Se nos dice además, que oponerse a la reelección supone violar la libertad del pueblo. ¡Porqué! ¿Es que acaso se viola la libertad estableciendo las formas, fijando las reglas, para que las elecciones sean útiles a la libertad? [30]*¿Es que por ventura no han adoptado todos los pueblos ese tipo de usos? Acaso no han proscrito algunos de ellos la reelección en las magistraturas más importantes para impedir que bajo ese pretexto los ambiciosos puedan perpetuarse aprovechándose de la intriga y la ingenuidad de los pueblos. ¿No habéis establecido vosotros mismos las condiciones de elegibilidad sin que los partidarios de la reelección dijeran nada en contra de aquellos decretos? ¿Se nos puede reprochar no haber mostrado suficientes escrúpulos cuando el interés público exige la más saludable de todas cuantas reglas debieran dirigir su ejercicio? Sin duda toda restricción injusta contraria a los derechos del hombre y que no dirija su punto de mira al referente de la igualdad, constituye un efectivo atentado contra la libertad del pueblo. Pero una pretensión sabia y necesaria que*

29 Rousseau recoge esta misma referencia en el libro segundo del *Emilio*, véase nota 3 página 729. Madrid 1990.

30 «*Est-ce violer la liberté que d'établir les formes, que de fixer les règles nécessaires pour que les élections soient utiles à la liberté ?*»

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la naturaleza misma de las cosas aconseja para proteger la libertad contra la intriga y contra el abuso de los representantes, ¿merece o no ser entendida como una pretensión presidida por el amor mismo a la libertad?[31] *. Y a más de todo ello ¿No es por ventura el del pueblo el nombre y título que invocáis para redactar estas leyes? Razonáis equivocadamente cuando presentáis vuestros decretos como leyes dictadas por un soberano a sus súbditos, es la propia Nación quien se las impone a si misma a través del órgano de sus representantes. Desde el instante en que una ley resulta ser justa y conforme a los derechos de todos, deviene automáticamente en legítima. En semejantes condiciones ¿Quién puede dudar que la Nación tiene todo el derecho a convenir las reglas que ella misma deberá seguir en las elecciones a fin de protegerse contra el error y la sorpresa?*

Por lo demás y por no entrar más que en lo que concierne a la asamblea actual, he hecho más que probar la utilidad de no permitir la reelección, os he demostrado la existencia de una verdadera incompatibilidad fundada sobre la naturaleza misma de vuestros deberes. Y si consideráis conveniente insistir en una cuestión de semejante índole, añadiría todavía algunas cuestiones más. Os recordaría que es importante impedir que se os pueda reprochar el haber anunciado el inminente fin de vuestra misión para a continuación prolongarla de una manera sólo formalmente diferente. Pero sobre todo aludiría a una razón tan simple como concluyente. Si existe una Asamblea en el mundo a la que conviene ofrecer el gran ejemplo que yo os propongo, esa es, sin ningún género de dudas, está Asamblea que por dos años enteros ha venido soportando trabajos cuya inmensidad y continuidad, parecían estar más allá de todas las capacidades humanas. Hay siempre un instante en el que la laxitud debilita las fuerzas del alma y del pensamiento, y cuando ese instante finalmente ha llegado, no resulta conveniente para nadie, so pena de incurrir en la imprudencia, que durante dos años más continuemos cargando a nuestras espaldas con el fardo de los destinos de una Nación. Cuando la naturaleza y la razón misma en persona, nos ordenan reposar en nombre tanto del interés público como del nuestro propio, ni la ambición, ni el celo mismo tiene derecho a oponerse a ellas. Atletas victoriosos pero fatigados, ha llegado el tiempo de que dejemos la carrera a relevos frescos y vigorosos que se encarguen de marchar sobre nuestros pasos bajo los vigilantes ojos de una nación atenta, a sabiendas que nuestras miradas bastarán por sí solas para impedir que traicionen su gloria y la de la patria. Mientras tanto, nosotros, fuera de la Asamblea legislativa, serviremos mejor a nuestro país que permaneciendo en su interior. Repartidos por todos los territorios de este imperio, ilustraremos a aquellos de nuestros conciudadanos que tengan necesidad de luces y propagaremos por doquier el espíritu público, el amor a la paz, el orden a las leyes y a la libertad. He aquí y en este preciso momento, la manera más digna para nosotros y más útil para nuestros conciudadanos, de demostrar nuestro celo por sus intereses. Nada eleva más las almas de los pueblos, nada forma tanto las costumbres públicas, como las virtudes de los legisladores. Dad a vuestros conciudadanos este gran ejemplo de amor por la igualdad, de sumisa obediencia al bienestar de la patria. Ofrecerlo a vuestros sucesores y a todos cuantos están

31 «*Mais toute précaution sage et nécessaire contre, que la nature même des choses indique, pour protéger la liberté contre la brigue et contre les abus du pouvoir des représentants, n´est-elle pas comandée par l ' amour même de la liberté*»

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

destinados a influir sobre la suerte de las naciones. Que los franceses puedan comparar los orígenes de vuestra carrera con la manera con la que vais a concluirla de modo que todos de en cuál de las dos llegasteis a mostraros más puros, más grandes y más dignos de su confianza. Deseo que mi partido sea del agrado incluso de aquellos de entre vosotros que crean tener derechos fundados a los honores de la próxima legislatura. Si han caminado con paso firme hacia el bien público y hacia la libertad, no pueden desear otra cosa que lo que yo os propongo. Si por el contrario aspiran a ventajas de diferente género, tal propósito resultaría por si sólo razón suficiente para que ellos mismos procurasen huir de lo que bien pudiera ser el inicio de una carrera en la que más temprano que tarde la ambición les hiciera topar con serios escollos. Por lo que a lo demás respecta, estoy firmemente convencido que todos los recursos de la elocuencia y de la dialéctica confabulados, resultarían inútiles en el propósito de obscurecer verdades que tanto los sentimientos, como el buen sentido, ponen a la vista de los hombres honestos y sin bien es cierto que, en general, no es imposible que razonamientos más o menos artificiosos lleguen a cautivar las opiniones, resulta cuando menos peligroso que, en ciertas ocasiones, un oído atento no consiga comprender que el interés personal suele acechar oculto tras las más bellas evocaciones a los lazos comunes, a los derechos y a la propia libertad del pueblo. Lejano estoy de entrever aquí similares obstáculos para una proposición que, por su naturaleza, no hace sino apelar a un sentimiento tan profundo como extendido, pero por si tales inconvenientes llegaran a aflorar, considero totalmente necesario para el interés de la nación y para la gloria de sus representantes, reclamar una concesión que jamás ha sido negada a nadie, la de pronunciar unas palabras a fin de responder a las posibles objeciones que mi proposición, tal vez, pudiera despertar.

Para ello concluiré con una declaración franca: lo que ha terminado por convencerme de la verdad de la opinión que sostengo, lo que invariablemente me ha acabado por atar a su carro, ha sido esa combinación que he visto surgir en la vivacidad de los esfuerzos y en la debilidad de las razones de quienes de tiempo atrás se han venido esforzando en abrir las mentes al sistema contrario… He creído que en un tiempo en que nosotros debemos reunir todas nuestras fuerzas para acabar nuestros trabajos de una manera tan pronta como reflexiva, sería una gran desgracia que hombres ilustrados se vieran ante la necesidad de optar entre los cuidados que exigen nuestras labores y la atención que como potenciales candidatos pudiéramos prestar a cuanto sucediera en una época de Asambleas y de elecciones como la que se avecina. ¡Qué escándalo si aquellos mismos que debieran elaborar las leyes contra la intriga pudieran devenir en imputados! En fin y esta afirmación debiera resultar por si misma suficiente, ya que nosotros somos quienes deberemos estipular definitivamente las relaciones, los poderes, las maneras de elegir a los legisladores, procedamos a abordar ese gran trabajo, no como hombres destinados a formar parte de la Asamblea, sino como sujetos dispuestos a retomar prontamente la condición de simples ciudadanos. Para garantizarnos a nosotros mismos, para garantizar a la Nación entera, que en nuestro ánimo no habrá lugar para un espíritu tal, no hay medio más seguro que el de situarnos a nosotros mismos en semejante condición. Por ello es preciso decidir ante todo la cuestión que concierne a los miembros de la actual Asamblea. En mérito a estos argumentos pido solemnemente se decrete que los miembros de la Asamblea actual no podrán ser objeto de reelección en la siguiente».

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La impresión producida por la colosal intervención de Robespierre, cambiará una vez más la opinión de la Asamblea que, volviéndose nuevamente sobre sus pasos, ordenará la impresión pública del texto e incluso pretenderá aprobar por unanimidad la propuesta del tribuno. Sea como fuere, el debate no concluiría aquí y duraría todavía varias sesiones, pero en lo que a nosotros afecta y a los limitados intereses aquí perseguidos, quedan expuestos de manera amplia la totalidad de los argumentos que caben ser aducidos en favor de la institución de la irrelegibilidad en el régimen parlamentario, y, sobre todo, queda demostrado de manera palmaria la completa pertinencia teórica del mecanismo de la prohibición de repetición de mandatos en el marco del régimen parlamentario. Algo, que no parecen tener tan claro muchos de los que opinan al respecto en la política española del momento actual.

Desde el punto de vista del marco intelectual en que se maneja el régimen parlamentario, la prohibición de repetir mandatos es consonante con la piedra de toque central sobre la que se articula la idea de Parlamento, la representación y es obvio que resulta funcional para su desarrollo. El problema no es si representación y parlamento son compatibles con la reelegibilidad, sino sí la reelegibilidad favorece o dificulta los objetivos que la política constitucional impone, exige o requiere al concepto de representación parlamentaria. En el discurso de Thouret sin reelección no hay juicio de responsabilidad, de *accountability*, de rendición de cuentas que dicen los anglosajones. En la propuesta de Robespierre, la reelegibilidad abre una vía cierta y enormemente peligrosa a la profesionalización de la política que convertida en «un vil mester»[32], que pasará a ser patrimonio de un grupo o de una persona que irremediablemente tenderán a convertir la acción política en tareas de poder. Un mismo y común encuadre intelectual pues, para dos enfoques argumentales o discursos diferentes que todavía hoy están en la base de nuestro debate sobre los pros y contras que —aunque no sean plenamente conscientes de ello— están llevando a los políticos españoles a tomar posturas respecto de la propuesta de Ciudadanos.

II. LA PROPOSICIÓN DE LEY DEL GRUPO CIUDADANOS Y LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA IRRELEGIBILIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO EN EL RÉGIMEN PARLAMENTARIO.

Naturalmente las explicaciones anteriores no tienen como propósito eludir el tema central que nos interesa —la constitucionalidad o no de la posible irrelegibilidad del presidente del Gobierno para un tercer mandato— a base del

32 Los debate de las sesiones del 16 de mayo de 1789 y días sucesivos, está tomados de los *Archives Parlamentaires*, Vol. XXVI pp. 109 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

socorrido remedio de sepultarlo bajo un alarde de referentes y datos históricos perfectamente inútiles a efectos argumentativos. Más bien todo lo contrario. Frente a la retórica de las palabras que caracteriza a los contados pronunciamientos que al respecto se han hecho públicos en España, nuestro objetivo es ubicar intelectualmente el problema en una base contextual coherente, que permita fijar un marco donde se debata y que haga posible comprender los argumentos favorables y contrarios. Se trata, ni más ni menos, que de acudir a lo que en otras latitudes más avezadas en el estudio del derecho constitucional, se viene practicando al aplicar el *background* conceptual que desde hace cuarenta años se ha impuesto entre la literatura política más consciente de sus propios cometidos[33]. Todo lo cual no empece la necesidad de adaptar los discursos anteriormente transcritos a la realidad normativa imperante en nuestro país, y que viene marcada por las coordenadas que establece la Constitución en forma de Estado de partidos, normas en materia de derechos fundamentales y previsiones y garantías en materia de irrelegibilidad. Precisamente sobre estas cuestiones nos corresponde pronunciarnos a continuación desde la base estructural que confiere el exacto conocimiento de la identidad de fondo y la razón de ser última del mecanismo de la no repetición de mandatos en el régimen parlamentario y de sus posibles inconvenientes y ventajas.

Así las cosas, conviene dejar claro que vamos a estudiar la procedencia constitucional de un mecanismo que de ser incorporado en nuestro sistema político supondría la imposibilidad de alargar el plazo de mandato de la principal figura institucional del régimen parlamentario que habitualmente reúne en su persona la doble condición de órgano político máximo y líder del partido político mayoritario[34]. Y para abordar este estudio, es fundamental señalar que en el caso español, la prohibición de ser elegido va referida al Presidente del Gobierno y no a los parlamentarios singulares, como era el caso de la estampa histórica que acabamos de reproducir. Independientemente que esto no afecte a la estructura ni a la consistencia de fondo de los argumentos que exhibirían respectivamente Robespierre y Thouret, no deja de ser cierto que la posición institucional del sujeto eventualmente impedido de ser relegido en caso de prosperar la citada enmienda, es diferente y ello comporta importantes consecuencias que matizan en algo los razonamientos aludidos. Y es que para empezar, la figura institucional del presidente difiere notablemente de la representante individual, y en segundo término, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de los parlamentarios no estamos en presencia de un derecho al sufragio pasivo de los previstos por el art. 23 de la Constitución sino únicamente ante un requisito añadido o condición necesaria nueva para ser investido Presidente del Gobierno.

33 Sin ir más lejos en los estudios que un autor como D. KELLY está impulsando en relación con la materia del Poder constituyente.

34 Todos los presidentes del gobierno han reunido la doble condición y cuando la han perdido o se han visto debilitados en alguna de ellas, automáticamente se ha resentido la otra.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. ¿Requisito necesario para el acceso a la condición de presidente o limitación del derecho al sufragio del artículo 23 de la Constitución?

Es sabido que en la evolución en que se vio inmerso el régimen parlamentario, especialmente en su propia cuna, Inglaterra, la fase de parlamentarismo desorganizado muy pronto resultó substituida por el régimen del Canciller, que en nuestra particular concreción constitucional responde en mucho a las ideas que Max Weber concibiera para la Constitución de Weimar de 1919, que además deben ser completadas con los datos que la realidad del Estado de partidos impone al funcionamiento cotidiano de las instituciones. De manera que si, de una parte, el Congreso inviste de su confianza a un candidato y le exige responsabilidad, por otra, ese mismo Congreso se encuentra estructurado y mediatizado en su composición y organización interna por los partidos políticos que han concurrido a las elecciones a través de los diputados electos. De suerte que quien otorga confianza y exige responsabilidad, es dominado a su vez por la misma persona que resulta depositaria de esa confianza y que encabezando la estructura jerárquica piramidal de su partido impone su voluntad sobre el conjunto del Congreso. Es evidente que el peso del dominio del Presidente del Gobierno depende por completo de la solidez de su propia mayoría, entendida tanto en términos numéricos como de cohesión interna. Pero también lo es que cuando está circunstancia se da, el Presidente del Gobierno disfruta de un poder omnímodo que no tiene más límite que la duración temporal de su mandato y dentro de él, el juicio indirecto de oportunidad que el cuerpo electoral efectúa cada cuatro años por prescripción constitucional. Y tan es así la cosa que un cierto sector doctrinal ha llegado a hablar de una legitimación popular del ejecutivo —y obviamente de su presidente— vía elecciones[35].

Pero más allá de que semejante asociación sea o no jurídicamente procedente —cuestión ésta sobre la que habrá que volver luego— y con independencia de cuál pudiera ser el veredicto cuatrianual del pueblo en relación con la gestión del ejecutivo, lo fundamental es que el peso político del Presidente del Gobierno ha ido creciendo notablemente en los últimos años a medida que la cohesión interna de los partidos ha desplazado su eje de gravedad desde la ideología a la organización. En efecto, la pérdida por completo de peso de las referencias ideológicas en la vida de los partidos, anticipada por Kirchheimer con su teoría del *catch all party*, y su paralela substitución por una férrea estructura organizativa jerarquizada piramidalmente desde la persona del líder, ha supuesto un profundo retroceso en el funcionamiento de la democracia. Los partidos hoy son máquinas dirigidas a conquistar el poder, a distribuir sus beneficios entre una militancia que ha devenido en clientela, y a mantenerse en su domino de las instituciones

35 LÓPEZ GUERRA, L., «Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del gobierno: su aplicación a la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

públicas sobre la base de incorporar las demandas de la sociedad con independencia de si resultan o no coherentes con los proyectos ideológicos que en su día motivaron su existencia como tales partidos, atendiendo únicamente a su rentabilidad electoral. La promiscuidad ideológica y la transversalidad política es el precio a pagar por una permanencia en el poder que hoy por hoy es el único objetivo real de los partidos y que a la vez sirve tanto de factor de cohesión interno, como de elemento de juicio sobre la conveniencia de continuidad de un líder que, por su parte, tiene como principal y casi única función conducir a la organización al dominio del Estado y sus recursos en provecho propio[36].

Pero no se trata de hacer sociología de la crisis de los partidos, sino de recalcar el hecho de que en el momento actual ellos son máquinas de poder, en el sentido más mezquino del término, internamente dominadas por un líder que hace de la conquista del Estado y de su permanencia en el mismo, principal *leitmotiv* existencial. Ese líder cuando los partidos ocupan el poder es la misma persona que el Presidente del Gobierno, de manera que el dominio del partido se convierte en un a *priori* instrumental de la conquista electoral del Gobierno. Y por el contrario, la pérdida del domino del partido se convierte en un camino cierto para el desalojo del Gobierno por el partido que rompe su cohesión interna. Las elecciones generales que debieran ser el escenario donde se exigieran las responsabilidades de los gobernantes y se articulara la alternancia entre proyectos ideológica y por consiguiente operativamente opuestos, son en cambio el barómetro que mide la diferente fuerza social y apoyos que reúnen unos contendientes que en realidad compiten por obtener o mantener una parte o la totalidad de las sinequras que depara el Estado. El partido que en el Congreso de los diputados debiera controlar y exigir la acción del Gobierno y su presidente según el mandato constitucional, resulta en realidad dirigido y controlado por un presidente que no responde ni está sujeto a otro parámetro de control que el hecho —y en ocasiones sólo la expectativa— de ganar las elecciones. Estamos, ni más ni menos, que en presencia del reino del revés, dónde las elecciones que sirven para nombrar a los representantes, terminan siendo el único valladar que garantiza todavía un poco de libertad y democracia en el sistema político. Sin elecciones libres no quedaría ningún resquicio para que la opinión social impusiera su criterio al gobernante. Se comprende así que su garantía resulta de la máxima importancia, igual que se entiende también que el principal objetivo del partido del gobierno, con su presidente a la cabeza, pase por condicionar y mediatizar al electorado en la creencia de que su continuidad vital depende del sentir que exprese el cuerpo electoral. Sin elecciones no hay poder, y como quiera que en un Estado constitucional como el nuestro, esa mediatización del cuerpo electoral no se puede efectuar en menoscabo de sus derechos y libertades fundamentales, cualquier acción destinada a semejante propósito tiene que ser necesariamente soterrada,

36 MAIR, P., *Gobernando el vacío*. Madrid, 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

encubierta y en definitiva, efectuada en forma tergiversadora. Se abre camino de este modo, al arte de la manipulación política que una «democracia simulativa» como la que refiere Ingolfur Blühdorn, tiene en el momento electoral su prueba de fuego más frágil y forzosamente más complicada.

Pero no se trata de avanzar más en este razonamiento. Por el instante lo que interesa es recordar que en gobierno nacional como en las Comunidades Autónomas, las cosas no discurren en la realidad de los hechos como preveía la Constitución. El Presidente del Gobierno o en su caso el del ejecutivo de la autonomía, controla desde su posición constitucional, de una parte, al parlamento, y de otra a su propio partido, que de esta suerte se definen como las dos caras de una misma moneda y no en las dos piezas de un juego institucional mecánico que mutuamente se controla. El Presidente del Gobierno sólo tiene por freno la reválida de las elecciones que, tanto para él como para su partido, se convierten en meta crucial a alcanzar y sobre la que —cada cuatro años— cae toda la presión del sistema. La alternancia está en los partidos, pero el riesgo es que esa alternancia sea sólo formal ya que la estructura, composición y fines de cada una de las fuerzas políticas en liza, se asemeja cada vez más, interna y externamente. Cobran aquí sentido las aseveraciones anteriormente expresadas por Thouret y Robespierre en relación con la procedencia en democracia de la prohibición de repetir mandatos por parte del Presidente del Gobierno, y se contrapone dialécticamente los argumentos.

¿No es acaso, el derecho a elegir libremente a los representantes el principal y prácticamente único derecho que en democracia asiste a un pueblo que gobierna a través de sus representantes? ¿Sin reelegibilidad cómo juzgar entonces la responsabilidad del gobernante? ¿Qué sería del gobierno cuando el elegido sintiera que no se encuentra obligado a responder de sus acciones? ¿Cómo puede sobrevivir la democracia allí donde la acción del gobernante no está sujeta rendir cuentas?

Argumentos de Thouret que se contraponen con los reparos verificados por Robespierre ¿Pero de qué clase de elecciones libres estamos hablando cuando el gobernante puede poner en valor su condición ante el elector y atenazar su capacidad de entender convenciéndole de que sin él no habrá gobierno? ¿En estas condiciones, no es la propia continuidad del gobernante en un factor que en sí mismo y por definición perjudica la libertad del elector y de la sociedad? ¿No es cierto que el poder tiende siempre a servirse del poder para garantizar su continuidad en desprecio de las más elementales reglas democráticas? ¿La ruptura de la continuidad del poder no es entonces una medida de profilaxis política que destruyendo la relación de permanencia entre gobernante y gobierno posibilita el libre juicio del elector? ¿No se trata, por consiguiente, de impedir que la confusión entre representación y gobierno mantenga al margen y en definitiva, expulse de la acción política a quién no juegue según las reglas inherentes a la lógica del poder? ¿No convendría prohibir la reelección cómo garantía suprema de que quien gobierna no va dirigir su mirada y la acción de todo su poder al espurio objetivo de asegurarse la continuidad en su posición? ¿No es la prohibición de la reelección la garantía suprema

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la persistencia de la propia reelección como mecanismo depurador de la democracia y de la libertad política de una sociedad?

Juzgar la procedencia y utilidad funcional de unos y otros argumentos es tarea que varía en función de las circunstancias que asisten a cada comunidad política; lo bueno en un caso puede resultar inconveniente en otro. En el fondo la utilidad democrática de las instituciones es algo que depende de las circunstancias y del grado de salud político que acompaña a cada sociedad y corresponde a cada pueblo apreciarlo. Pero hay algo que queda meridianamente claro en este debate, a saber: que el mecanismo de la irrelegibilidad es perfectamente compatible con el régimen parlamentario —e incluso con la organización del parlamento en los sistemas presidencialistas [37]— y que encaja sin dificultas con las coordenadas intelectuales que marcan su existencia. Todo lo cual hace de los argumentos favorables o desfavorables una cuestión de oportunidad sujeta al juicio que de su funcionalidad democrática dicte el momento concreto. Luego, nada impide desde la razón democrática articular una norma que prevea la irrelegibilidad del Presidente del Gobierno para un tercer mandato. Otra cosa es que no se quiera hacer, pero eso es algo que tiene que ver con consideraciones no estructurales, hablando en términos constitucionales, y sujeto más bien a una valoración de oportunidad política. Y contra esta opinión no vale objetar que el cargo de presidente está protegido por el derecho a postularse candidato que recoge el artículo 23 de la Constitución.

Aún en el supuesto de que se admitieran las tesis defendidas por el profesor López Guerra anteriormente referidas, de que en el sistema constitucional español la legitimidad del Gobierno proviene directamente del cuerpo electoral y no del Congreso, lo cierto es que quien formalmente elige al Presidente es el parlamento y que además en el pasado se han producido situaciones que, tal y como parecen ir la cosas, en el futuro previsible se volverán a producir, en las que el Congreso remueva y retira directa o indirectamente el apoyo y la confianza al Presidente[38], que de este modo siente en sus propias carnes que son los diputados quienes lo eligen y no el cuerpo electoral en instancia inmediata. El Presidente nace del parlamento en una elección que respecto de los comicios generales surge como una realidad autónoma que se mueve por sus propias reglas, por mucho que de facto corra el riesgo de contaminarse con los imputs que proceden de las elecciones generales de las que al final resulta tributaria. Por eso de lo que se trata es

37 En el momento actual en los EEUU la preocupación de limitar mandatos se proyecta sobre todo en el ámbito del parlamento, con medidas como las que en el partido republicano impiden a un representante ostentar por más de tres periodos consecutivos (en total seis años) la presidencia de una comisión de la Cámara.

38 En el caso de L. Calvo Sotelo hay que recordar que la división del partido le llevó a convocar elecciones, y que, con anterioridad su predecesor A. Suárez había perdido el dominio de un partido que en el previsto congreso de Palma de Mallorca estaba dispuesto a imponer un criterio de gobierno que no llegó a más por la dimisión del presidente. También las diferencias F. González- A. Guerra tienen que decir mucho en la sucesivas convocatorias de elecciones y pérdida del poder final del PSOE.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de preservar esa autonomía y garantizar en ambos ámbitos el suficiente grado de libertad y juego democrático para que el uno apoye y vertebre al otro y no a la inversa. Pero en cualquier caso, lo cierto es que no estamos ante un derecho nacido directamente del art. 23 de la Constitución —sufragio activo y pasivo— sino ante una medida profiláctica que pretende reforzar las garantías que permiten que el aspecto activo del derecho al sufragio sea una realidad efectiva, es decir, que las elecciones sirvan a la libertad. Esa debiera ser la premisa que presidiera el juicio que determine la introducción o no del mecanismo de la prohibición de repetir mandatos.

No hace al caso indagar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del artículo 23 de la Constitución, que además de no venir a cuento, en lo que respecta a la definición del sufragio pasivo es bastante escasa. Y es que no nos encontramos ante un supuesto de limitación del derecho al sufragio que cercene la libertad del elector para elegir a un determinado candidato que de facto no es elegido por el cuerpo electoral sino designado por el Congreso, sino ante un requisito que condiciona el acceso a un cargo que provee el parlamento. Se trata de supuestos muy distintos que no cabe confundir so pena de atribuir una fuerza expansiva al derecho de sufragio pasivo del 23. de la CE que ningún razonamiento interpretativo está en condiciones de aceptar. Y además de admitirse este descabellado argumento, ello obligaría, para ser coherentes, a extenderlo a las restantes instituciones del Estado que son elegidas por el parlamento, como los magistrados del propio Tribunal Constitucional o los vocales del Consejo General del Poder Judicial, que de repente verían convertido el acceso a su oficio en un derecho fundamental a acceder al cargo. Ni que decir tiene que esa visión no se corresponde con la filosofía actual que inspira dichos cargos que si bien tienen vetada la posibilidad de reelección por razones relacionadas con la naturaleza de su mandato, no ven en ese requisito una circunstancia limitativa de ningún derecho fundamental. Y esto es importante también, para evaluar los recursos que de prosperar la iniciativa objeto de este estudio pudieran articularse para precisar su constitucionalidad, en la medida de que no estaríamos ante un supuesto susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional, con independencia de que tampoco parecería muy apropiado, políticamente hablando, que un Tribunal que tiene por ley limitado el periodo temporal de duración de sus mandatos pasara a enjuiciar la constitucionalidad de una norma del parlamento que establece como requisito para elegir al Presidente no haberse prolongado en su cargo más allá de un cierto plazo. Una norma que además —todo hay que decirlo— no requeriría la condición de orgánica por no incurrir en los supuestos previstos en el artículo 81 de la Constitución.

Nos encontramos por consiguiente ante un requisito o condición de acceso al cargo de Presidente del Gobierno que en caso de prosperar, tendría por propósito evitar que el jefe del ejecutivo se prevaliera de su posición (en el Gobierno y en el partido) para asegurarse una continuidad en el poder que socavaría los cimientos de la libertad de elección que dan vida a la misma democracia. Pero

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

antes de pasar a valorar la oportunidad política de la iniciativa y de entrar a considerar el elemento de oportunidad de fondo de una medida que no conviene dejar sólo al albedrío del juicio interesado de unos actores políticos que —como recordaba Robespierre— no pueden actuar con imparcialidad por encontrarse ellos mismos concernidos, conviene dejar claro un aspecto formal más que eventualmente puede suscitarse, la retroactividad de la norma.

2. **El posible problema de la retroactividad de la norma**

Importa recordar al efecto que las motivaciones que en su día llevarían al Tribunal Supremo norteamericano en el fallo *U.S. Term Limits versus Ray Thornton* de 22 de mayo de 1995[39], a desechar por un pequeño margen de votos la procedencia de la ley que imponía límites a la reelección de los senadores, fueron de naturaleza puramente formal[40]. Dato que además de servirnos para recordar que en la institución parlamentaria de una república presidencialista también se puede plantear con perfecta coherencia lógica el problema de la irrelegibilidad, lo que prueba una vez más que no se trata de un debate reservado sólo al sistema presidencialista y exclusivo del mismo, permite suscitar una cuestión que sin duda puede resultar polémica y cuya resolución se deduce con facilidad de las premisas ya asentadas en el razonamiento que nos ha permitido llegar hasta aquí.

En este sentido, nada impide afirmar que por tratarse de un requisito que habilita o capacita para acceder a la condición de Presidente del Gobierno, la exigencia recogida por el grupo de Ciudadanos en el Congreso de diputados, no plantea problema alguno de retroactividad ya que sus efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro y en ningún caso tienen dimensión de pasado. Esto es, la limitación reza solamente para quién en lo sucesivo deba acceder a la condición presidencial que no podrá haber acumulado un tiempo de presencia en el oficio superior a dos mandatos. Quedarían por precisar algunos extremos cuya claridad depende del tenor final de la letra de la ley, pero de lo que no cabe duda es de que si la persona que ahora funge la condición de presidente ha desempeñado su mandato por dos periodos consecutivos, no podrá concurrir a un tercero como presidente del Gobierno. Y ello porque la irrelegibilidad se proyecta hacia el futuro desde la situación actual que computa como un requisito de carácter negativo que es preciso cumplir para acceder a la condición el supuesto de no haber acumulado previamente dos mandatos. Y de querer excepcionar al actual Presidente del cumplimiento del requisito, habría que preverlo expresamente. Esa es la regla general que hay que cumplir salvo que se disponga lo contrario.

39 Una sentencia que por lo demás retoma y refuerza argumentos expuestos en la anterior *Powel versus McCormack* de 1969.

40 La regulación de la elección de los senadores es competencia federal y los estados carecen de competencia normativa al respecto, fue el hilo conductor que finalmente resolvió el asunto.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Elecciones libres y poder político en el Tempus de la veracidad democrática

Sin embargo, más allá de cuestiones formales que deberían quedar perfectamente atadas en caso de progresar la iniciativa y en el supuesto de que la propuesta se convierta en ley, lo que conviene analizar, si quiera sea brevemente, es la oportunidad política de incorporar el mecanismo y sus posibles efectos en la vida política española. A este respecto, hay que recordar que nuestra particular cultura parlamentaria procede no tanto de la Constitución, como del momento anterior a la misma en que, tras las elecciones generales de 1977, se procede a constituir un Gobierno que nacido de la voluntad de las Cortes elegidas en los primeros comicios libres tras la Guerra Civil, tendrá como doble tarea gobernar la nación y apoyar al parlamento que iba a elaborar la nueva Constitución democrática. Dicho de otro modo, que en nuestra tradición política la fundamentación y la acción política del Gobierno parlamentario surgido de la Ley para la Reforma Política de 1976, precedió en los hechos a la definición de las reglas normativas que vinieron después.

Son muchas las consecuencias de esta circunstancia que ofrece más implicaciones de las que a simple vista se aprecian, pero la que nos interesa sobremanera es aquella que configura el rol de un Presidente del Gobierno que lejos de la modesta figura del primer ministro parlamentario, se alza por encima del mismo canciller germano o de lo que la práctica política de Westminster dispone para el *premier* británico. Todos recordamos la importancia que la intervención personal que el presidente Suarez tuvo en el proceso de Transición hacia la democracia. Su papel como Presidente del Gobierno que inicialmente operaba desde una legalidad concebida en un sistema autoritario. La Transición es en buena medida producto de ese poder supervalorado de un presidente fuerte, dotado de importantes atributos y de considerables atribuciones al que le costó incluso adaptarse a las exigencias que le imponía la Constitución en materia de investidura cuando la Ley Fundamental entró en vigor[41]. No hace falta extenderse mucho en explicar este extremo, las prácticas que por aquellos días se impusieron desde el recién estrenado palacio de la Moncloa, fueron objeto de crítica e incluso de comentario por parte de una oposición socialista que, no dudó en reforzar semejante comportamientos en el momento de su acceso al poder. En el fondo toda esa configuración fáctica de la posición del presidente respondía a una lógica unívoca que procedía de la doble condición de Presidente del Gobierno y líder del partido mayoritario que como ya se ha dicho, revestía el jefe del ejecutivo. Y otro tanto de lo mismo, incluso de manera más acusada, sucedió en las CCAA, donde la creación de nuevas administraciones sin

41 Hoy parece olvidado el sin embargo muy significativo episodio que llevo al candidato A. Suárez, entonces Presidente del Gobierno en funciones, a rechazar la posibilidad de efectuar un debate en el acto de investidura de 1979.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

precedentes anteriores a los que acogerse, permitió aumentar la interacción —y si se prefiere, la confusión— entre burocracia administrativa y clientela política. La pérdida de fuerza en el partido era señal clara de debilidad gubernamental y anuncio del final del mandato, con el consiguiente efecto sucesorio.

Como es sabido, la evolución posterior de la vida política hizo que mientras el papel del Presidente del Gobierno se reforzara notablemente, los partidos fueran paulatinamente vaciándose de contenido ideológico y por consiguiente, perdiendo el peso específico y la autonomía de acción que les confería su conexión con la sociedad. A menos peso social, los partidos dejaron de integrar sus propias diferencias internas en base al bien común y al interés general, y procedieron a depender completamente del impulso y el liderazgo que se les ofrecía desde el poder residenciado en las instituciones del Estado. Más allá que esa renuncia a encarnar el bien colectivo supusiera su transformación en agrupaciones de intereses fragmentarios, y en mecanismos de intercambio de poder por influencia social (algo que nunca habían sido en la tradición europea), los partidos políticos quedaron en manos de quienes desde el Gobierno les ofrecían los beneficios del poder y desde la oposición la esperanza y la expectativa de alcanzarlo. Las elecciones eran por tanto la pieza clave para dominar Estado y sociedad, y puesto que este dominio estaba exento por completo de consideraciones ideológicas y se movía sólo por intereses, los mecanismos de mercado y las técnicas propias del mundo del consumo se adueñaron de las campañas electorales y en general de todo el mecanismo que integraba el sistema electoral.

Se trata de un fenómeno generalizado en todas las democracias constitucionales que evidentemente ha presidido también la vida política electoral española de las últimas décadas, sólo que entre nosotros la crudeza de la pelea por atraerse al elector-consumidor se ha visto, frecuentemente atemperada por el recurso a una retórica ideológica que se veía inmediatamente desmentida en la fecha de ascenso al poder por unas prácticas políticas que diferían poco de un partido a otro, máxime, cuando la alternancia estuvo siempre auspiciada y controlada desde el comodín irrenunciable que eran los partidos nacionalistas, principalmente catalanes, que durante cuarenta años estuvieron siempre presentes en la mayoría parlamentaria que articuló y sostuvo al Gobierno.

Expuesto de otro modo, el binomio Presidente del Gobierno-líder del partido, se ha visto considerablemente reforzado en los años de vida constitucional por la debilidad de una sociedad fragmentada en múltiples intereses e incapaz de imponerse al poder y que sólo cuenta definitivamente en la vida política en el momento de expresar su opinión en las urnas, instante que es objeto de la máxima atención y sobre el que recaen todas la presiones e intentos de manipulación imaginables para los que no resultan óbice los mecanismos y prevenciones que tradicionalmente velaban por la limpieza democrática de las elecciones. No estamos refiriendo a todas las técnicas materiales y disposiciones legales que desde la propaganda articulada desde el poder en forma de información, hasta la confusión impulsada por preceptos como el actual artículo 222 de la LOREG, que inducen la conciencia del

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

elector hacia verdades distorsionadas. Todo ello sin olvidar los fenómenos que operan en una sociedad a la que las nuevas realidades virtuales conducen hacia otra forma de entender —o tal vez de configurar— la verdad política. Y la posición que al Presidente del Gobierno le confiere la actual posibilidad de hacerse reelegir sin límite de tiempo, colabora decisivamente a toda esta forma de organizar las cosas[42].

Y es que en medio de una sociedad que cada vez tiene más difícil construir sin interferencias enajenantes su opinión y expresarla libremente, la autoridad que el Congreso confiere al Presidente del Gobierno invistiéndole de su cargo,frecuentemente se convierte en atributo no para ejercer la tarea de gobierno sino para permanecer en el poder de manera tendencialmente indefinida. Es desde este poder donde a menudo se condiciona la opinión social sirviéndose de las sibilinas técnicas que proporcionan los nuevos tiempos. Por eso la limitación de mandatos del Presidente del Gobierno que propone Ciudadanos no parece ni absurda ni inoportuna a los intereses de la democracia. De prosperar, permitiría introducir una distancia entre acción de gobierno y mecanismos destinados a garantizar la supervivencia política de las estructuras de poder establecidas, y por añadidura obligarían a reconsiderar la actual configuración real de una figura constitucional que en sus orígenes no había sido concebida como un segundo monarca, recordando a los sucesivos Presidentes del Gobierno que lo sean, que su función se define como una tarea política y no como una instancia de poder. Ello permitiría que las personas llamadas a la presidencia comprendieran que su misión tiene un límite, que les obliga a obrar mientras ejercen su cargo como seres destinados a reintegrarse en la sociedad y a los que, como decía el viejo dicho atribuido a Petrarca, que Álvaro Mutis convirtiera en imponente título de singular novela, *un bel morir tutta una vita onora*.

III. A MODO DE RECAPITULACIÓN, OCHO ÍTEMS SOBRE EL PROBLEMA DE LA IRRELEGIBILIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La prohibición de repetir mandatos es una técnica de inelegibilidad cuyo origen se remonta al pensamiento republicano de las ciudades-Estado que florecieron hasta el momento en que se impuso el dominio de los príncipes.

En los orígenes del Estado Constitucional su recepción se planteará en dos escenarios intelectuales: a) Las Repúblicas presidencialistas, en las que tiene por objeto evitar que una deriva vitalicia haga del poder republicano otra instancia

42 Elocuente al respecto es el testimonio de un parlamentario americano recogido por el Washington Post del 17 de diciembre de 2017 «Lo que sucede aquí es bastante seductor», dirá el senador B. Corker, un hombre de 65 años que el pasado otoño decidió que se retiraría a fines de 2018. «Cuanto más tiempo permanezcas aquí, más influencia tienes. Entonces haz que quieran que te quedes para quedarte, quedarte y quedarte». (*«What happens around here, it's pretty seductive. The longer you're here, the more influence that you have. So it causes you to want to stay and stay and stay»*).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

monárquica más o menos enmascarada. b) Los regímenes parlamentarios en los que depara una utilidad que debe ser valorada en cada caso concreto, ya que si de una parte dificulta la exigencia y la asunción de las responsabilidades que la representación comporta, por otra evita que el poder de un hombre se adueñe por completo de la política y se comporte en ella como si de su propio peculio se tratase.

Sobre la base de lo anterior, cabe deducir que no existe obstáculo alguno para que el marco sistemático de la Constitución española se apruebe una ley destinada a restringir el mandato del Presidente del Gobierno a dos periodos.

Semejante norma se configuraría como un requisito nuevo a cumplir por la persona que eventualmente optara a la investidura del Congreso.

Por consiguiente, no afectaría al sufragio pasivo recogido en el art. 23 CE y todo lo más supondría una medida de defensa del sufragio activo de la ciudadanía.

Al configurarse como una cualificación negativa para desempeñar un cargo no entrarían en juego las reglas de la retroactividad.

Desde el punto de vista de la oportunidad, su razón de ser última reside en la idea de veracidad que actualmente se opone a la concepción de la democracia como simulacro, que consiste en servirse de las formas constitucionales y frecuentemente de las palabras, para esconder una serie de actitudes maliciosas que obstaculizan o introducen la confusión en unas elecciones libres.

***

TITLE: *Is it constitutional to prohibit the re-eligibility of the President of the government for a third mandate?*

ABSTRACT: *The problem of the possible prohibition of repetition of mandates that raises the proposition of law nowadays deposited in the Deputies' Congress, is approached in this work from the double perspective of his constitutionality and his political opportunity. While the first one turns out to be unquestionable in the light of the intellectual suppositions that from his origins they preside at the existence of the parliamentary regime, the second thing depends on the concrete aims that are chased and of his concrete functionality for the political life of a company. In the Spanish case, the need to impose a beginning of veracity opposite to the drift that takes a democracy that tends to the sham, and the exigency of protecting the freedom of the voting population opposite to the manipulative trends of the power, this way they advise it.*

RESUMEN: *El problema de la posible prohibición de repetición de mandatos que plantea la proposición de ley actualmente depositada en el Congreso de Diputados, se aborda en este trabajo desde la doble perspectiva de su constitucionalidad y su oportunidad política. Mientras la primera resulta incuestionable a la luz de los supuestos intelectuales que desde sus orígenes presiden la existencia del régimen parlamentario, lo segundo depende de los objetivos concretos que se persigan y de su funcionalidad concreta para la vida política de una sociedad. En el caso español, la necesidad de imponer un principio de veracidad frente a la deriva que toma una democracia que tiende al simulacro, y la exigencia de proteger la libertad del cuerpo electoral frente a las tendencias manipuladoras del poder, así lo aconsejan.*

KEY WORDS: *Democracy. Eligibility. Elections. Veracity. Sham. Power. Politics. Political Freedom.*

PALABRAS CLAVE: *Democracia. Elegibilidad. Elecciones. Veracidad. Simulacro. Poder. Política. Libertad Política.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *03.01.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y SU FUTURO INCIERTO

ENRIQUE LINDE PANIAGUA
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo
UNED

SUMARIO

I. Introducción. II. Las provincias son instituciones constitucionales que no son indispensables para el régimen democrático. III. La supresión o sustitución de las diputaciones provinciales por otras instituciones no exige la reforma constitucional. La provincia como entidad local ha sufrido una mutación. IV. La organización administrativa debe subordinarse a las necesidades de los ciudadanos. V. Las competencias que ejercen las diputaciones provinciales: ¿son imprescindibles? La Ley 27/2013. VI. El futuro de las diputaciones provinciales no debiera trazarse de manera aislada sino teniendo en cuenta la estructura territorial del Estado de las Autonomías. Una propuesta de lege ferenda

I. INTRODUCCIÓN

Las diputaciones provinciales están en el ojo del huracán político y jurídico desde hace muchos años[1]. Algunos partidos políticos han incluido en sus programas electorales la supresión de las mismas, mientras que otros las siguen considerando estructuras administrativas necesarias en el Estado de las Autonomías. Los que postulan la supresión de las diputaciones provinciales lo hacen por considerar, como uno de sus argumentos principales, que dicha supresión supondría un ahorro considerable de recursos[2], que calculan en algunos miles de millones de euros al año, mientras que los que defienden su existencia las consideran necesarias para atender a los miles de pequeños municipios españoles que son incapaces de satisfacer, por si mismos, las

1 Lo cierto es que desde la promulgación de la Constitución se aprecian tensiones a propósito de las diputaciones provinciales, al efecto puede verse el lúcido opúsculo de M. CLAVERO ARÉVALO, *Igualdad, uniformidad y variedad en el tratamiento constitucional de las autonomías,* Universidad de Granada, 1979.

2 Ver en este sentido M. SÁNCHEZ MORÓN, «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho»,* nº 65, 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesidades más elementales de sus vecinos. Los citados argumentos, a mi juicio, tienen escasa consistencia, tanto para fundamentar la supresión como para postular la existencia de las diputaciones provinciales, pues la reducción del gasto no puede contemplarse de un modo aislado, sin considerar aspectos sustanciales como la función que desempeñan las diputaciones desde la perspectiva de las necesidades de los ciudadanos y, por otra parte, la supresión de las diputaciones provinciales no tiene porqué suponer menoscabo de los servicios que en la actualidad prestan, que podrían ser desempeñados por otras instituciones con igual o mayor eficacia y eficiencia.

El debate político sobre el mantenimiento, la reforma o la supresión de las diputaciones provinciales pone de manifiesto posiciones de poder. Los partidos políticos que controlan las diputaciones provinciales en la actualidad, y desde el inicio de la etapa democrática, postulan su mantenimiento o reforma, mientras que los partidos políticos emergentes, que no controlan ninguna de las diputaciones provinciales españolas, se muestran, con mayor o menor claridad, contrarios a las mismas.

Aunque no dejaría de tener interés un análisis de los debates políticos que han tenido y están teniendo lugar sobre las diputaciones provinciales, más allá de los argumentos antes señalados, este trabajo no los abordará y se centrará en algunos de los problemas que suscitan dichas organizaciones en la actualidad, en particular su encaje en nuestro sistema político-administrativo.

Las diputaciones provinciales tuvieron un papel relevante en el tránsito desde la Dictadura al Estado de las Autonomías, pues la Constitución les otorgó, en sus artículos 143.2 y 151.1, la iniciativa en el proceso autonómico[3]. Al margen de esta función coyuntural ya extinguida, la Constitución, en su artículo 141, encomienda a las diputaciones provinciales el gobierno y la administración autónoma de las provincias como entidades locales a las que dota de personalidad jurídica propia (arts. 137, 141.1 y 143.1 C.). Por otra parte, las provincias son divisiones territoriales para el cumplimiento de las actividades del Estado (art. 141.1 C.). Y, en tercer lugar, las provincias son también circunscripciones electorales (art. 68.2 y 69.2 y 3 C.) [4].

El constituyente español cuando reguló las tres facetas de la provincia actualmente vigentes reflejó el estado de cosas existentes en España en 1978, con la única variante de proclamar la autonomía de los entes locales, pero sin tener en consideración el nuevo Estado de las Autonomías que la Constitución alumbraba. Se podría considerar que el constituyente consagró una anomalía porque la provincia desde sus

3 Sobre los sistemas de creación de Comunidades Autónomas previstos en la Constitución de 1978 puede verse mi trabajo: «Procedimientos de creación de Comunidades Autónomas», en *Documentación Administrativa,* nº 182, 1979, pp. 288 a 366.

4 Las provincias son además mencionadas en el artículo 158.2 CE que prevé la participación de las provincias en el Fondo de Compensación Interterritorial, desarrollado por la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, ver en particular su artículo 9. También el Título III «Recursos de las provincias», artículos 131 a 149, y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

orígenes, y pese a los numerosos cambios que sufre desde la Constitución de Cádiz[5], ha sido en sus diferentes versiones una institución que representa una concepción centralista del Estado que contrasta con la concepción descentralizada que la Constitución de 1978 instaura. De manera que uno de los temas que deberemos abordar es el encaje de las provincias y las diputaciones provinciales en el marco del Estado de las Autonomías, así como, para el caso de su supresión, dónde deben residenciarse las competencias que las diputaciones provinciales realizan en la actualidad.

II. LAS PROVINCIAS SON INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES QUE NO SON INDISPENSABLES PARA EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

La primera cuestión que nos planteamos es la de si diputación provincial y provincia, en sus distintas versiones, están indisolublemente unidas en la Constitución, o si, por el contrario, la supresión de una de ellas no supone necesariamente la supresión de la otra u otras.

A la luz de lo dispuesto en los artículos de la Constitución que mencioné más atrás se puede llegar a la conclusión, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[6], de que «la provincia», en sus diferentes facetas, puede calificarse de institución constitucional, garantizada por la Constitución, cuya supresión o modificación solo podría llevarse a cabo mediante una reforma constitucional, por el procedimiento ordinario del artículo 167 del texto constitucional, al no afectar a las materias a que se hace referencia en el artículo 168 del texto fundamental.

Sin embargo, la afirmación anterior debe relativizarse por varias razones. Así, la garantía institucional de la provincia no puede calificarse de institución indispensable para la existencia de un régimen constitucional democrático. Esto es, a diferencia de la exigencia de que existan los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en las formas actuales o en otras, para la existencia de un régimen constitucional-democrático, las provincias, las diputaciones e incluso las comunidades autónomas son opciones organizativas de las que podría prescindirse sin menoscabo de la democracia. De manera que las provincias y las diputaciones provinciales podrían suprimirse sin que dicha supresión pusiera en cuestión el sistema democrático. Versiones semejantes a la provincia existen en la mayoría de los Estados de la Unión Europea que, desde la Ilustración, han evolucionado en sus modelos organizativos

5 La bibliografía sobre la provincia es muy abundante ver por todos R. PARADA VÁZQUEZ Y M. BACIGALUPO SAGGESE, «Artículo 141. La provincia y otras entidades supranacionales», O. ALZAGA VILLAAMIL (Dir), *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* Tomo X, pág. 517 y ss.

6 Ver la sentencia 32/1981, de 28 de julio sobre la garantía institucional de la provincia, que sin embargo no se caracteriza por su claridad, justifica de manera un tanto sorprendente la supresión de las provincias como entidad local en las comunidades autónomas uniprovinciales como una sublimación de la provincia con argumentos poco consistentes. Ver también la sentencia 27/1987, de 27 de febrero, del Tribunal Constitucional, sobre coordinación de las diputaciones provinciales.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de modo similar al español[7]. No obstante, la observación anterior no puede aplicarse a los municipios, instituciones de gran arraigo cuya supresión como organizaciones político-administrativas exigiría crear otras instituciones locales que afrontaran algunas de las necesidades elementales que tienen los ciudadanos. En cualquier caso no debe olvidarse que existen en el ordenamiento jurídico español otras entidades locales de segundo grado como las comarcas, u otras agrupaciones de municipios, las áreas metropolitanas y las mancomunidades, así como otras entidades de ámbito territorial inferior al municipal (como caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos). Estos tipos de entes locales creados por la ley tienen por finalidad: unos la descentralización de funciones y otros la asociación entre municipios para una mayor eficacia y eficiencia en el ejercicio de sus funciones. De algún modo la proliferación de este tipo de entes locales, particularmente los asociativos, pone de manifiesto que las diputaciones provinciales han fracasado de manera estrepitosa en relación con los medianos y grandes municipios que han encontrado en los entes locales de segundo grado la solución a sus insuficiencias más notorias. La planta local en nuestro ordenamiento jurídico es de enorme complejidad y hay que decir que las diputaciones provinciales no son sino un problema más de entre los muchos que la aquejan.

La segunda cuestión que debemos plantearnos es la de si es posible establecer una vinculación necesaria entre las tres facetas de la provincia que se configuran en el texto constitucional. Esto es, si las tres facetas de la provincia están vinculadas inexorablemente, de modo que la supresión de una traiga la necesidad ineludible de suprimir las otras o si, por el contrario, se trata de organizaciones administrativas desconectadas entre sí, es decir, si se habría utilizado el término provincia para designar tres conceptos diferentes en los que la única coincidencia que se da entre los mismos es su ámbito territorial. Pues bien, no es posible encontrar precepto constitucional o legal alguno que conduzca a la vinculación de las tres facetas de la provincia, aunque es evidente que las tres versiones responden a un mismo criterio ideológico, el del centralismo ilustrado tardío, más allá del intento de vinculación que se ha hecho de la existencia de las provincias con la dictadura franquista. De manera que la supresión, en su caso, de las provincias como entes locales no afectaría lo más mínimo a la existencia de circunscripciones electorales provinciales, ni a la conservación del ámbito provincial a los efectos de las actividades de la Administración periférica del Estado. Y en sentido contrario puede llegarse a la misma conclusión, es decir, aunque se modificaran las circunscripciones electorales provinciales, reguladas en la legislación electoral[8], o en el caso de que el Estado modificara el ámbito de actuación de su Administración periférica, regulada en la

7 Entre los muchos trabajos que prestan atención al derecho comparado pueden verse los de L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, «La Comunidad Autónoma de Madrid como área metropolitana», VV.AA. , *Madrid Comunidad Autónoma Metropolitana*, pp. 131 y ss.

8 Así, la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en sus artículos 202 a 209 está dedicada a las «Disposiciones especiales para la elección de diputados provinciales» .

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actualidad en la legislación sobre régimen jurídico del sector público[9], las provincias podrían subsistir como entes locales. Y esto, fundamentalmente, porque la versión de la provincia como entidad local es tan artificiosa como las otras dos versiones de la provincia, y escasamente arraigada en España. Difícilmente podría ser de otro modo tratándose la provincia de una entidad local que se integra por una suerte de agrupación de municipios, como establece el artículo 141.1 de la Constitución, cuyas funciones, por lo general, no son percibidas directamente por los ciudadanos, ya que los interlocutores y destinatarios directos de sus actividades son los ayuntamientos pequeños y medianos, salvo alguna excepción.

El pretendido arraigo entre los españoles de la provincia como ente local ha sido una ensoñación ilustrada de los ideólogos tardíos del centralismo. Los españoles, de acuerdo con las encuestas más fiables sienten arraigo, en primer lugar, con sus municipios, con sus pueblos y, en segundo lugar, con sus regiones. Incluso se aprecia, en no pocos ciudadanos españoles, una cierta aversión a su vinculación a la provincia, especialmente cuando, como sucede por lo general, la denominación de la provincia coincide con la denominación de la capital de la misma con la que solo se suelen sentir identificados los vecinos de la misma.

Aunque no sea objeto de este trabajo la consideración de la provincia como circunscripción electoral, en los términos previstos en la Constitución y en la Ley orgánica del Régimen Electoral General, puede también ponerse en tela de juicio por ser causa de la desigualdad del valor del voto de los españoles. Y, por otra parte, la división provincial, en lo relativo a la prestación de actividades por el Estado en el territorio nacional, no deja de ser una muestra más de lo difícil que le resulta a la Administración General del Estado adaptarse a los nuevos retos o, si se prefiere, a las dificultades para prescindir de un modelo de organización escasamente especializado y claramente ineficaz e ineficiente. Pero, como decía, éstos no son temas que corresponda analizar en este lugar.

En tercer lugar debemos plantearnos si en el Estado de las Autonomías la Administración General del Estado y la Administración local deben adaptarse a las Comunidades Autónomas o si unas y otras administraciones deben o pueden responder a principios organizativos diferentes. Este es un asunto que dejare para el final.

III. LA SUPRESIÓN O SUSTITUCIÓN DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES POR OTRAS INSTITUCIONES NO EXIGE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. LA PROVINCIA COMO ENTIDAD LOCAL HA SUFRIDO UNA MUTACIÓN

Antes concluimos que la «provincia» es una institución cuya supresión exige la reforma constitucional. Esta conclusión, sin embargo, no puede trasladarse sin

9 Al efecto puede verse la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

más a la provincia como entidad local o a las diputaciones provinciales. En el artículo 141.2 de la Constitución se establecen con claridad meridiana dos posibilidades, en lo que concierne al gobierno y la administración autónoma de la provincia como ente local: que se lleve a cabo mediante diputaciones; o que se lleve a cabo mediante otras corporaciones de carácter representativo. Además, el apartado 3 del mismo artículo 141 establece que se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia. Por otra parte, las islas de los archipiélagos tendrán su propia administración en forma de cabildos y consejos. Y, finalmente, las diputaciones forales vascas se rigen por sus propias normas. Es decir, (dejando al margen las comunidades autónomas uniprovinciales), la diputación provincial de régimen común no es una institución general sino que tan solo afecta a 38 de las 50 provincias españolas, pues en las comunidades autónomas uniprovinciales la diputación ha sido suprimida (Asturias, Cantabria, Madrid, Navarra, Murcia, Rioja), las provincias canarias (Tenerife y Las Palmas) y la balear se organizan de manera singular y las 3 provincias vascongadas tienen, igualmente, un régimen singular.

Así, las diputaciones provinciales no serían sino una modalidad de gobierno de la provincia como entidad local que puede ser elegida por el legislador estatal. Pero, en caso alguno puede decirse que las diputaciones sean el modo constitucional necesario de gobernar las provincias como entes locales. En este sentido la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que modifica el artículo 26 de la Ley 7/1985, de las Bases del Régimen Local, en su apartado 2, al regular las competencias de las diputaciones provinciales se refiere a «diputación provincial o entidad equivalente», lo que podría suponer una puerta abierta a otros modos de gestión de las provincias, salvo que se este haciendo referencia a las diputaciones forales vascas, a las que dedica las disposiciones adicionales segunda y octava, o a la Comunidad Foral de Navarra a la que se dedica una disposición adicional tercera. Pero al margen de que se puede especular sobre la mención a «entidad equivalente» del apartado 2 del artículo 26 de la Ley 7/1985, la dicción del apartado 2 del artículo 141 de la Constitución no ofrece dudas, el gobierno y la administración autónoma de las provincias puede encomendarse a las diputaciones provinciales o a otras «corporaciones de carácter representativo». La misma referencia a entidades equivalentes a o corporaciones de carácter representativo se hace en los artículos 36 y 38 de la mencionada Ley de bases que regulan las competencias propias de las diputaciones provinciales que afectan de manera prácticamente exclusiva a los municipios de menos de 20.000 habitantes.

El constituyente fue especialmente precavido al no vincular de modo necesario la provincia como ente local a las diputaciones, así como previendo, en su caso, la convivencia de las provincias con otras agrupaciones de municipios diferentes a las mismas que pudieran crearse en los límites provinciales, o más allá de dichos límites, aunque no puede deducirse explícitamente de dicho precepto (artículo 142. 2 y 3 de la C.) que dichas agrupaciones puedan permitir la liquidación de las provincias.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De lo dicho, y particularmente del apartado 2 del artículo 141, se deduce que el constituyente no dejó el tema relativo al gobierno de las provincias cerrado como muchos pretenderían. Existen varias posibilidades abiertas permanentemente para el legislador, aunque el legislador estatal se haya decantado por las diputaciones provinciales en las 38 provincias de régimen común. Así, el legislador podría crear corporaciones diferentes a las diputaciones para administrar la provincia como ente local y, además, puede crear entes locales diferentes a las provincias y, por tanto, la posibilidad de que éstas sean gestionadas por otras organizaciones político-administrativas a las que la Constitución denomina «corporaciones» diferentes a las diputaciones, o que las corporaciones que gobiernen las provincias como ente local convivan con agrupaciones de municipios diferentes de las provincias.

Resulta necesario entrar a valorar el significado que debe darse al término corporación en el citado artículo de la Constitución. A mi juicio procedería una interpretación que pudiera alejarse del concepto de corporación que no fuera la mera constancia de un modo de organización que se refiere a los entes locales. El constituyente estaría exigiendo que la corporación sea democrática, es decir, que sea democrática la organización administrativa que administre tanto la provincia como las posibles agrupaciones diferentes a la provincia; pero no necesariamente que las organizaciones que se creen sean semejantes a las diputaciones o a los municipios.

El constituyente no podía concebir el desarrollo del Estado de las Autonomías y, por tanto, recurrió a un modelo organizativo conocido como el de «corporación», pero la finalidad del constituyente no fue otra que de concebir que la organización que rija las provincias, u otras agrupaciones de municipios, sea democrática. Y en esa medida las provincias u otras agrupaciones podrían ser regidas por las comunidades autónomas.

La circunstancia de que en las comunidades autónomas uniprovinciales se hayan suprimido las diputaciones provinciales[10], cuyas funciones son desempeñadas por las propias comunidades autónomas, pone en crisis el que pudiera ser un argumento capital para los defensores de las diputaciones provinciales, que pudiera sustentarse en el propio artículo 141: el de que la Constitución exigiría que la organización que gobierne y administre de manera autónoma las provincias tenga un origen en la agrupación de los municipios que la integran. Así, la circunstancia de que en las comunidades autónomas uniprovinciales las funciones de las diputaciones provinciales hayan sido asumidas por las propias comunidades autónomas exige preguntarse si, además, en esas comunidades se han suprimido las provincias, sin la correspondiente reforma constitucional, o si bien sobrevive la provincia como ente local, cuyo gobierno y administración autónoma corresponde a la comunidad

10 La supresión se postuló por el *Informe dela Comisión de Expertos sobre Autonomías* (CEC, Mayo, 1981), que se convirtió en el artículo 9 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

autónoma, mientras que la provincia en sus vertientes de circunscripción electoral y como división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado siguen estando vigentes en las comunidades autónomas uniprovinciales.

La argumentación utilizada para justificar la supresión de las diputaciones provinciales ha sido que las competencias de éstas y las de las comunidades autónomas uniprovinciales se iban a solapar, lo que sin duda es cierto. Pero este mismo argumento puede servir para justificar la supresión de las diputaciones en comunidades autónomas pluriprovinciales[11], con la particularidad de que en éstas el solapamiento de sus competencias se producirá con las de varias diputaciones provinciales. Dicho solapamiento se estaría produciendo en la medida en que las comunidades autónomas pluriprovinciales han creado, todas ellas, servicios provinciales para el ejercicio de sus funciones.

El carácter no necesario de las diputaciones provinciales para el gobierno y administración autónoma de las provincias encuentra su fundamento más consistente en la circunstancia de que en las comunidades autónomas uniprovinciales se haya prescindido de la institución, sin que la Constitución hubiera previsto esta circunstancia de manera explícita o implícita. Ahora bien: ¿puede entenderse que estamos ante la aplicación de la alternativa a que se refiere el apartado 2 del artículo 141 de la Constitución? Es decir, podría entenderse que las comunidades autónomas uniprovinciales serían la «corporación de carácter representativo» a que se refiere el apartado 2 del artículo 141. Lo cierto es que la posibilidad más acorde al mencionado artículo constitucional es admitir la hipótesis enunciada pues la Constitución no prevé ninguna otra alternativa para dar encaje a dicha supresión. En este sentido se pronunció el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico[12], que fue considerado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, que tuvo por objeto la constitucionalidad de la mencionada ley[13].

De ser acertada la conclusión anterior pueden deducirse de la misma otras conclusiones. Debe descartarse que cuando la Constitución se refiere a «corporaciones de carácter representativo» esté exigiendo que dichas corporaciones se integren por representantes de los municipios que agrupa, sino que, en la versión alternativa que ha esbozado la Constitución, permite que el carácter representativo se refiera a los

11 Las CCAA pluriprovinciales no son ni homogéneas en el número de provincias que comprenden, ni en las dimensiones de los territorios que comprenden, ni en el número de municipios, ni en la población. Así, existen CCAA que constan de 2 provincias (Extremadura, Canarias), de 3 provincias (Aragón, Comunidad Valenciana y País Vasco), de 4 provincias (Cataluña y Galicia), de 5 provincias (Castilla-la Mancha) y de 8 provincias (Andalucía y Castilla y León)

12 Vid ampliamente en J.L. DE LA VALLINA VELARDE, «La Administración local en el Principado de Asturias: relaciones con la Comunidad Autónoma», *Revista de Estudios de la Administración Local,* nº 291, 2003, pp. 1167 y ss. En este artículo puede verse la polémica sobre el artículo 9.2 de la Ley 12/1983.

13 El *Informe de la Comisión de Expertos sobre autonomías* (CEC, mayo de 1981) postulaba que «En las comunidades autónomas uniprovinciales la diputación se integrará en la organización política de aquélla, y sus servicios administrativos seguirán siendo la base de la nueva administración regional», pág. 103.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciudadanos de la provincia y, en esa medida, tan representativos de los ciudadanos son los gobiernos de las comunidades autónomas como las diputaciones, pues en ambos casos la elección de órganos de gobierno de unas y otras son el resultado de elecciones en segundo grado. En este punto hay que señalar que la Carta Europea de Autonomía Local[14] vincula el derecho a la autonomía local en su artículo 3 apartado 2, a que sea ejercido por «Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo, universal». Estos requisitos no concurren en la elección de los miembros de las diputaciones provinciales que son todos ellos concejales elegidos en las elecciones municipales y designados por sus respectivos partidos políticos[15], por lo que la mencionada Carta no ampararía las diputaciones provinciales en su versión actual[16].

De manera que podríamos concluir que de acuerdo con la Constitución es posible prescindir de las diputaciones provinciales para el gobierno y administración de los entes locales provinciales[17]. La Ley 12/1983, del Proceso autonómico, sin embargo, no se pronuncia sobre las consecuencias, para la provincia como ente local, de la asunción por las comunidades autónomas de las competencias de las diputaciones provinciales, y tampoco se hace referencia a esta cuestión en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas uniprovinciales. No obstante, no cabe duda de que se ha operado una mutación del concepto de provincia como ente local que por virtud de lo dispuesto en la legislación de régimen local podría suprimirse sin modificar la Constitución.

IV. LAS COMPETENCIAS QUE EJERCEN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES ¿SON IMPRESCINDIBLES? LA LEY 27/2013 DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Las diputaciones provinciales tienen su principal justificación funcional en la necesidad de prestar una serie de servicios de los que son destinatarios principales, directamente, los pequeños municipios españoles. En España existen 8.115

14 Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, que fue publicada en el BOE nº 47, de 24 de febrero de 1989. El requisito de que los miembros de las diputaciones provinciales sean elegidos directamente no ha sido advertido por algunos autores que han analizado la mencionada Carta, ver al respecto I. LASAGABASTER HERRARTE, *La Carta Europea de la Autonomía Local,* Iustel, pág. 39 y ss.

15 Ver los artículos 202 y siguientes de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

16 No siempre ha sido así, La Ley electoral del Congreso de 26 de junio de1890 en su artículo 1 adicional disponía la aplicación de los artículo 1 y 2 de la misma, que establece la capacidad para ser electores a las elecciones a diputados provinciales, ver V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo,* 3ªedc., Madrid 1981, pp. 186 y ss.

17 No obstante, se puede coincidir con J.L. DE LA VALLINA VELARDE, ob. cit. pág. 1173, que la solución adoptada es un tanto forzada, aunque atribuye a hechos imponderables dicha solución; la imposibilidad de prever en 1978 el desarrollo que iba a darse a las CCAA.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

municipios de los que solo 392 tienen más de 20.000 habitantes, es decir, el 95 por ciento de los municipios españoles tiene menos de 20.000 habitantes[18], umbral al que la Ley 27/2013 otorga gran relevancia en lo relativo a las competencias que deben ejercer las diputaciones provinciales.

Pero la posible reforma de la arquitectura de la organización territorial no puede partir, como si de una cuestión incontrovertible se tratara, de la existencia de esos miles de municipios incapaces de afrontar mínimamente las necesidades elementales de sus vecinos: aquellas que se han identificado a lo largo de la historia con competencias municipales necesarias para la vida ordinaria. Y esto porque a los municipios hay que trasladar igualmente los principios por los que se rige toda organización territorial que tiene como finalidad satisfacer las necesidades de los ciudadanos que pretende organizar. En España el extraordinario número de municipios se debe a que, a salvo de las excepciones que se advierten en algunas comunidades autónomas, los municipios históricamente se han construido haciéndolos corresponder a la existencia de cualquiera agrupación urbana que existiera en el territorio español. Cuando en un mismo término municipal se ha desarrollado una agrupación urbana, alejada de la agrupación urbana matriz, los vecinos de la nueva agrupación urbana han solicitado insistentemente la segregación del municipio originario y han conseguido crear un nuevo municipio. Los ejemplos son numerosos, por el contrario son prácticamente inexistentes en las últimas décadas los municipios que solicitan agruparse con otro u otros municipios con objeto de poder satisfacer de manera más eficaz y eficiente las necesidades de sus habitantes. Y en este sentido la Ley 27/2013 lejos de disuadir parece estimular la segregación de partes de los municipios existentes en la actualidad al fijar como umbral necesario para solicitar la segregación que el nuevo municipio tenga más de 5.000 habitantes.

El futuro de las diputaciones provinciales depende directamente de las disfunciones municipales que se aprecian en España. Si no se concibe un nuevo tipo de municipio desvinculado de agrupación urbana, y vinculado a la finalidad de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, serán necesarias las diputaciones o otras organizaciones que sustituyan a los municipios y ayuntamientos fallidos. La concentración de agrupaciones urbanas, que en la actualidad son municipios, que puedan afrontar las necesidades de sus vecinos, puede hacerse sin menoscabo de las singularidades de las agrupaciones urbanas que incluya. De hecho, los municipios de numerosas poblaciones españolas, particularmente los más poblados, contienen diferentes agrupaciones urbanas discontinuas. Y, viceversa, pueden existir razones de peso para que las grandes conurbaciones se integren por varios

18 Existen 1.041 municipios con menos de 100 vecinos; 2.759 municipios con entre 100 a 500 vecinos; 1.062 municipios con entre 500 a 1000 vecinos, 1.937 municipios con entre 1.000 a 5.000 vecinos; 564 municipios entre 5.000 a 10.000 vecinos; 355 municipios entre 10.000 a 20.000 vecinos; 83 municipios entre 50.000 y 100.000 vecinos; 33 municipios entre 100.000 y 200.000 vecinos; 4 municipios entre 500.000 a 1.000.000 vecinos y 2 municipios de más de 1 millón de vecinos.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

municipios que pueden, no obstante, crear otros entes locales relacionales como las áreas metropolitanas con objeto de afrontar la solución eficiente de problemas que a todos les afectan y que deben afrontarse de manera asociada.

Pudiera parecer que el que se plantea es un problema que poco tiene que ver con el tema principal que nos ocupa, ya que se integren los municipios actuales en otros municipios que permitan afrontar de manera efectiva y eficiente las competencias municipales, o que no lo hagan, podría entenderse que son alternativas independientes de considerar que las diputaciones sean o no necesarias. Sin embargo, no pueden separarse ambos temas. Tras 40 años de vigencia de la Constitución ningún gobierno de la nación ha afrontado el problema de la planta municipal, ni una seria reforma de la Administración española. Y la causa es evidente, los intereses políticos, en particular los electorales, se verían afectados a corto plazo, gravemente, por el partido político que emprendiera una reforma de la planta municipal, sin el apoyo unánime de los demás partidos políticos. La falta de visión de Estado, que caracteriza a los partidos políticos españoles, garantiza que los problemas que tenemos no se solucionen. En esto se aprecia una diferencia notable con otros Estados miembros de la Unión, como los casos de Francia, Italia o Alemania que han llevado a cabo una reforma considerable de su estructura territorial en los últimos años.

Las diputaciones provinciales, en la actualidad, garantizarían el minifundismo municipal de que adolecemos, en la medida en que la justificación principal de su existencia es precisamente dicho minifundismo municipal. Y el legislador estatal, lejos de poner en cuestión la necesidad de las diputaciones provinciales las ha reforzado sustancialmente mediante *la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*[19]. De manera que resulta necesario analizar algunos aspectos sustanciales de dicha ley que ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional que ha declarado inconstitucionales y nulos algunos de sus preceptos[20].

La Ley 27/2013 contiene un preámbulo realmente didáctico. El legislador, a salvo de lo que diremos, explica con claridad que las modificaciones incluidas en la Ley tienen por finalidad: *«la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales»*[21]

19 Sobre esta Ley pueden consultarse, VV.AA. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la administración local en la Ley 27/2013, *Anuario del Gobierno Local,* junio 2014.

20 La última de las sentencias del TC es la 54/2017, de 11 de mayo de 2017 que declara inconstitucionales y nulos los apartados 3 y 4 del artículo 104 bis, introducido por el artículo 1.28 de la Ley 27/2013 y, por otra parte, que no son inconstitucionales el artículo 36.2, a) en la redacción dada por el artículo 1.13 de la Ley 27/2013 y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2013 interpretados de acuerdo con el fundamento jurídico 2 de la sentencia 54/2017, que se remite a las sentencias del Tribunal Constitucional 111/2016, FJ 12 c) y 41/2016, FJ 13 c). Anteriormente deben tenerse en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo, 111/2016, de 9 de junio, 168/2016, de 6 de octubre, 180/2016, de 20 de octubre, 44/2017 y 45/2017, ambas de 27 de abril que declaran igualmente inconstitucionales algunos preceptos de la Ley 27/2013.

21 Puede verse mi trabajo «La ley de estabilidad presupuestaria y sus repercusiones en la administración local», E. LINDE y otros, *Problemas actuales de la administración local,* Colex, Madrid, 2003.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y, por otra parte, la necesaria *adaptación de la legislación local a los fines de la Ley 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* que desarrolla el artículo 135 de la Constitución, modificada en 2011[22]. Y para alcanzar lo mencionados objetivos considera que es necesario hacer cumplir una serie de principios o requisitos de segundo orden: El principio de «una administración una competencia»; racionalizar la estructura organizativa de la Administración Local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso; y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas. En este lugar nos interesa prestar atención al primero de los principios que incide directamente en el objeto de este trabajo.

El principio que se formula en la Ley de «una administración una competencia» pretende la simplificación del mapa competencial de las administraciones públicas. Los ciudadanos en un panorama administrativo en que se realizara dicho principio, aparentemente, saldrían beneficiados, y no debemos olvidar que el Derecho administrativo moderno debe situar en el centro de las políticas a los intereses de los ciudadanos. De acuerdo con este principio no deben producirse solapamientos en el ejercicio de competencias, por las administraciones públicas

22 La reforma del artículo 135 CE se llevó a cabo con una asombrosa rapidez, proyectada por el presidente del Gobierno, Rodríguez Zapatero, siguiendo las indicaciones de la canciller alemana Angela Merkel, del presidente de BCE Mario Draghi, e incluso del presidente de los EE.UU. Barak Obama. Hasta que se reformara dicho precepto era posible en España que los Gobiernos pudieran endeudarse sin límites, o no endeudarse. Es decir, el endeudamiento mayor o menor era una competencia plena del Gobierno y del Parlamento español. Con la reforma antes mencionada, postulada por el Partido Socialista y aprobada con el apoyo del Partido Popular, se priva al Gobierno y al Parlamento de la competencia para endeudarse, ya que la mencionada ley tiene como objetivo el déficit cero. El modo de modificación de la CE es un hecho muy grave en el sentido de que ni los Tratados de la Unión Europea ni los tratados suscritos el margen de la Unión, en particular el MEDE, obligan a que el virtuosismo conservador se lleve a la CE. Con la reforma del artículo 135 de la Constitución el Gobierno y el Parlamento se han puesto la soga en el cuello que les sigue apretando dictando leyes como la Ley orgánica 2/2012, o la que comentamos.

Es evidente que un país no puede seguir una política continuada de incremento del gasto público por encima de los ingresos tributarios y de otra índole. Dicha política llevó a la situación actual en que la deuda pública es cercana al 100% del PIB, es decir algo más de un billón de euros, es decir 166 billones de las antiguas pesetas, lo que supone en torno a 30.000 millones de euros anuales en pago de intereses de la deuda. Insoportable. En aquellas fechas en una viñeta publicada en un periódico español se ve un padre y su hijo en que el padre contemplando los datos de la deuda del estado, de las comunidades autónomas y de las administraciones locales le dice al hijo. «Algún día todo esto será tuyo». La deuda pública es una herencia envenenada para nosotros y para generaciones futuras. Gastamos lo que no tenemos y decimos a los futuros ciudadanos que paguen nuestras deudas o pretendemos que nuestros deudores nos perdonen dichas deudas. Pero en este caso los ciudadanos no pueden renunciar a la herencia, como sucede en la vida privada.

Pero, si es rechazable incrementar de modo constante la deuda pública no debe olvidarse que en 2007 la deuda pública española estaba en torno al 35% del PIB, una de las más bajas de la Unión Europea y que los dos gobiernos PSOE y PP han multiplicado por dos dicha deuda, en más de 600.000 millones de euros en poco más de 6 años, hasta alcanzar el billón de euros, es decir, la friolera de unos 100.000 millones de euros por año, en un país en que la recaudación anual de impuestos directos no superaba en los años centrales de la crisis los 146.000 millones de euros, y en que la presión fiscal estaba en torno al 35% del PIB. Si duda era necesario afrontar tanto el crecimiento del déficit público como la consecuencia de este, la deuda pública, dotando al Gobierno de instrumentos eficaces para ello.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pero, además, pretende evitar las que llama situaciones de concurrencia competencial, esto es: la duplicidad de prestación de servicios; que los ayuntamientos presten servicios sin habilitación legal; que presten servicios que no le hayan sido delegados; o que no cuenten con los recursos adecuados para ello.

La Ley se refiere en todo caso a competencias y no a materias. Una materia, por ejemplo la sanidad, puede estar integrada por varias competencias, y esta circunstancia es una constante, pues lo excepcional es que una materia no se integre por varias competencias ejercidas por varias Administraciones públicas. Por ejemplo, siguiendo con la materia sanitaria el Estado tiene competencias normativas y las comunidades autónomas tienen competencias normativas de desarrollo y ejecutivas. De manera que en nuestra Constitución no es posible «una administración una materia» mientras que si es posible la aplicación del principio «una administración una competencia». El solapamiento de competencias no solo produce colisiones de competencias, que debieran evitarse, sino que son sumamente perjudiciales para los ciudadanos, salvo en algunas materias, como por ejemplo en materia de subvenciones, en que el solapamiento puede ser conveniente, siempre que exista una razonable coordinación de las distintas administraciones.

Una de las finalidades principales de la Ley 27/2013, que afecta a este trabajo, es limitar las competencias de las administraciones locales modificando la concepción misma de su sistema de competencias: de manera que el principio general que realmente se establece en la Ley 27/2013 consiste en que *«las Entidades Locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuya la ley y para las que no cuenten con financiación».* Es cierto, como dice el Preámbulo de la Ley 27/2013, que los Ayuntamientos prestaban hasta la entrada en vigor de dicha ley servicios sin título competencial específico, si por ello se entiende el desempeño de servicios que no están referidos en la legislación de régimen local. Sin embargo, la Ley de Bases de Régimen Local se puede interpretar en este sentido[23]. Y, aunque con criterios más restrictivos, la Ley 27/2013 también permite que los municipios puedan prestar servicios sin título competencial propio, aunque la Ley 27/2013 exige que para ampliar los títulos competenciales que figuran en la misma se cuente con los recursos financieros adecuados y que no se incurra en ejecución simultánea con otra administración pública.

23 Esta amplificación de las competencias de los municipios se vio corroborada por una interpretación amplia de lo que debe entenderse como «círculo de intereses», llevada a cabo por la doctrina y por la práctica de los entes locales. Se pueden poner numerosos ejemplos de ejercicio de competencias en que resulta difícil identificar que puedan considerarse dentro del círculo de intereses de los municipios. Por ejemplo, las competencias en materia de «cooperación internacional», por no citar más que una de ellas. Todos hemos visto imágenes o noticias de alcaldes viajando a países muy alejados del nuestro inaugurando escuelas, ambulatorios, lugares de ocio, donándoles bienes muebles de la más variada naturaleza, y un largo etcétera de asuntos. También hemos visto como se distraían los fondos de la cooperación internacional por los encargados de canalizarla, que realmente se dedicaban a adquirir viviendas y apartamentos, o a otros menesteres. Sobre la polémica sobre la caracterización de los municipios como entes naturales puede verse el trabajo de J. DOMINGUEZ-ALCAHUD Y MONGE, «Tipología de los entes locales», *Organización territorial del Estado (Administración Local),* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La Ley 23/2017, por una parte, diferencia entre competencias propias y competencias delegadas y, por otra parte, asigna a los municipios competencias que deben ejercer obligatoriamente en función de su población. Así, el artículo 25 apartado 2 establece una serie de materias, 15, en que los municipios tienen competencias propias[24]. Las competencias propias suponen un numerus clausus que solo pueden ser ejercidas por otras administraciones públicas cuando los ayuntamientos no puedan desempeñarlas, en los casos previstos en las leyes. Además, los ayuntamientos pueden ejercer competencias por delegación del Estado o de las comunidades autónomas. Es fácil concluir que solo los grandes municipios en población están en disposición de ejercer todas las competencias propias, así como ejercer por delegación competencias del Estado y de las comunidades autónomas. Por otra parte, no debe confundirse el concepto de competencias propias con materias en que los municipios tengan competencias exclusivas. Muy al contrario, todas las competencias propias de los municipios son reguladas por el Estado y las comunidades autónomas, lo que no obsta para que los municipios puedan ejercer la potestad reglamentaria. Es más, la ley debe determinar las competencias propias en cuestión, evaluando la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. Dicha ley debe ir acompañada, además, de una memoria económica que cumpla los requisitos del apartado 4 del artículo 25.

Los municipios pueden ejercer competencias por delegación del Estado y de las comunidades autónomas cumpliendo los requisitos del artículo 27 de la Ley 27/2013. La novedad que aporta esta ley es que en el mencionado artículo enumera las competencias que pueden delegarse y regula de manera exhaustiva el régimen jurídico de las delegaciones de competencias. La índole de las competencias susceptible de delegación indica que los municipios que pueden asumir competencias por delegación son los grandes municipios españoles.

24 Son competencias propias: a) Urbanismo, planeamiento, gestión ejecución y disciplina urbanística, protección y gestión del patrimonio histórico, promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera, conservación y rehabilitación de la edificación. b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en zonas urbanas. c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad. e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios. g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano. h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local. i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante. j) Protección de la salubridad pública. k) Cementerios y actividades funerarias. l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre. m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales. n) Participar en la vigilancia de la escolaridad obligatoria y cooperar con las administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento, vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial. ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En tercer lugar los municipios pueden ejercer otras competencias, al margen de las propias y las delegadas, siempre que cumplan los requisitos del apartado 4 del artículo 7, esto es: que su ejercicio no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con la legislación sobre estabilidad presupuestarias y sostenibilidad financiera; y que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público por otra administración pública. El cumplimiento de estos requisitos lo garantizan la administración concernida por la supuesta ejecución simultánea y por la administración que ejerce la tutela financiera de acuerdo con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Tal y como antes señalaba el ejercicio de este tipo de competencias solo es posible por los grandes municipios. En definitiva la mayoría de las competencias propias, por delegación o al margen de las anteriores, solo pueden ser ejercidas por los grandes municipios que, por lo general, no están afectados por competencias de las diputaciones provinciales.

Así como el artículo 25 de la Ley se refiere al régimen jurídico de las competencias municipales, el artículo 26 está dedicado a establecer los servicios que los municipios deben prestar de manera obligatoria a los ciudadanos, teniendo en cuenta el parámetro de la población. Todos los servicios contemplados en el artículo 26 se corresponden a competencias municipales del artículo 25, pero en el artículo 26 no se agotan todas las competencias municipales del artículo 25.

La Ley 27/2013 en su artículo 26 clasifica de manera indirecta a los municipios españoles al atribuir a los mismos, en función de la población, la exigencia de prestar diferentes servicios. Y, como veremos, dicha clasificación lleva implícita otra clasificación, la de municipios viables y municipios no viables que son coordinados por las diputaciones provinciales.

Todos los municipios sea cual sea su población tienen que prestar ocho servicios públicos[25], los más elementales: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de vías públicas. Y, a partir de esos mínimos servicios, se asignan otros obligatorios a los municipios de más de 5.000 habitantes[26], a los de más de 20.000 habitantes[27] y a los de más de 50.000 habitantes[28]. Además el título X de la Ley de Bases de Régimen Local, artículos 121 a 138, regula de manera singular la organización de los municipios de gran población, que se consideran las capitales de provincia, sea cual sea su población,

25 Alumbrado público; cementerio; recogida de residuos; limpieza viaria; abastecimiento domiciliario de agua potable; alcantarillado; acceso a los núcleos de población; y pavimentación de las vías públicas.

26 A las anteriores competencias se añaden las de: Parque público; biblioteca pública; y tratamiento de residuos.

27 A las anteriores competencias se añaden: Protección civil; evaluación e información de situaciones de necesidad social; atención inmediata a personas en situación de riesgo de exclusión social; prevención y extinción de incendios; instalaciones deportivas de uso público.

28 A las anteriores competencias se añade: Transporte urbano de viajeros; y medio ambiente urbano.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

capitales autonómicas o sedes de instituciones autonómicas, así como los municipios que superen los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias especiales, a los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a 175.000 habitantes y a los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.

En la Ley de Bases de Régimen Local se establecía un sistema de «asistencia» de las diputaciones a los municipios con la finalidad de prestación de los servicios públicos mínimos y las funciones de secretaría, recaudación, tesorería, intervención y control que corresponden a los cuerpos nacionales. Pues bien, de acuerdo con la Ley 27/2013 la asistencia se convierte en «coordinación» de la práctica totalidad de los servicios que están obligados a prestar todos los municipios con independencia de su población, excepto los cementerios, y que tengan menos de 20.000 habitantes. En el artículo 26.2 de la Ley 27/2013 se utiliza el término «coordinación» de modo eufemístico. En efecto, la que se denomina coordinación puede consistir en: prestación directa de los servicios en cuestión por la diputación; o bien mediante consorcios, mancomunidades y otras fórmulas. A las competencias de coordinación se añaden las competencias propias de las diputaciones provinciales reguladas en los artículos 36 y 37 de la Ley de Bases de Régimen Local, que no han sido modificadas, que afectan a los municipios de menos de 20.000 habitantes, al margen del plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, que se suelen solapar con los planes de las comunidades autónomas.

Para que un municipio de menos de 20.000 habitantes pueda prestar los servicios antes señalados debe justificar, ante la diputación, que puede prestarlos con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la diputación provincial o entidad equivalente, pero en todo caso, para que la prestación se lleve a cabo por el municipio la diputación provincial deberá considerar acreditado el requisito en cuestión[29].

No cabe duda de que la Ley 27/2013 es una ley que limita la autonomía municipal, pese a los preceptos de la misma declarados inconstitucionales y nulos por el Tribunal Constitucional, en unos casos por imperativo de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero la única justificación que puede invocarse es la de incrementar las competencias de las diputaciones provinciales, competencias que se proyectan sobre cerca del 90 por ciento de los municipios españoles[30].

La conclusión que puede obtenerse (teniendo en consideración o sin tener en consideración la reforma de la Administración Local que ha llevado a cabo la Ley

29 La STC 111/2016, de 9 de junio declaró inconstitucional la atribución al Ministerio de Hacienda la competencia de elegir la forma en que deben prestarse los servicios por la diputación provincial.

30 No obstante algunos autores entienden que la Ley 23/2017 supone limitaciones a la autonomía de las provincias, ver J.M. SABATÉ I VIDAL, «El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen de las diputaciones provinciales y entes equivalentes, en *Anuario de Gobierno Local,* 2013, pp. 129 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

27/2013) respondiendo la pregunta que nos hacíamos al inicio de este epígrafe es que los municipios españoles pequeños, de menos de 20.000 habitantes, no pueden abordar la satisfacción de las necesidades más elementales de sus vecinos mediante la prestación de los servicios a que se hace referencia en el artículo 26 de la Ley de Bases de Régimen Local modificado por la Ley 27/2013 y, en consecuencia, la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y solidaridad exigen que dichas necesidades se satisfagan por otras administraciones públicas. La cuestión es determinar cual es la solución organizativa más efectiva y eficiente.

V. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEBE SUBORDINARSE A LAS NECESIDADES DE LOS CIUDADANOS

La respuesta a las cuestiones que planteamos más atrás debe marginar posiciones ideológicas de poder y atender a las que pueden considerarse como soluciones más adecuadas para afrontar de manera eficaz y eficiente a las necesidades de los ciudadanos. La organización administrativa en las democracias avanzadas es preciso que se desprenda de prejuicios ideológicos y que se dote de flexibilidad, pues la organización debe tener en cuenta los cambios de todo orden que suceden en nuestras sociedades sin que ningún modelo organizativo se considere en el núcleo inconmovible del estado democrático, con la excepción de que quede preservada la división de poderes en el Estado.

Las provincias surgen con la encomiable finalidad de vertebrar España en el siglo XIX, de acuerdo con el principio centralista. Javier de Burgos, en la estela de la Constitución de Cádiz, es el artífice de una reforma del Estado que en 1833 inicia el desmantelamiento de una concepción medieval del gobierno del territorio español. Y durante más de un siglo la provincia en un Estado centralista como el español, particularmente tras la Guerra Civil, ha tenido las dos funciones de ente local y de división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Y muy particularmente como sistema de control de los municipios españoles. Lo cierto es que el diseño originario de la provincia como ente local no es en la actualidad reconocible, pues la función vertebradora del territorio se articula en la actualidad a través de técnicas más sofisticadas por el Estado y por las comunidades autónomas.

Cuando los constituyentes redactaron la Constitución de 1978, y pergeñaron un esbozo de lo que será posteriormente el Estado de las Autonomías, era difícilmente previsible el encaje en nuestro territorio de cuatro niveles político-administrativos: municipios (y otros entes locales de segundo grado), provincias, comunidades autónomas y estado central. Es más, puede afirmarse que el constituyente tuvo considerables dudas al redactar el artículo 141 del texto fundamental como acredita la circunstancia de que en el mismo se permitan diferentes posibilidades organizativas, alternativas y acumulativas. Además, a partir del 1

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de enero de 1986, con la entrada en vigor en España de los Tratados de las Comunidades Europeas, a las cuatro administraciones previstas en la Constitución se añadirá una quinta, la administración de la Unión Europea. Y la cuestión que debiera plantearse sería si es sostenible que sobre un mismo territorio operen cinco distintos conglomerados político-administrativos. En muchas ocasiones se hace referencia a los costes de esa maquinaria administrativa, en otros a su efectividad. A mi juicio el criterio que debe tenerse en cuenta es el de si dicho conglomerado es el adecuado para afrontar las necesidades de los ciudadanos, conglomerado que lejos de toda simplificación se ha ido incrementando tanto en el derecho interno español[31] como en el derecho de la Unión Europea[32].

El coste de los servicios públicos no debe ser nunca un parámetro decisivo para organizar la prestación de los mismos, pues de acuerdo con este criterio, el del coste, se podrían alcanzar soluciones simplistas como la de, por ejemplo, suprimir la sanidad pública como sucede en Estados Unidos, pues ello comportaría un ahorro significativo al Estado. Lo que debe ser determinante para mantener estructuras administrativas o servicios públicos es que sean necesarias para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, particularmente cuando dichas necesidades no pueden ser atendidas por un mercado eficiente, lo que no obsta para exigir que tales estructuras y servicios sean eficaces y eficientes y, en esa medida, que sean lo menos gravosos para los ciudadanos.

Y del mismo modo puede sostenerse que ninguna estructura administrativa o política debe tener por finalidad contentar a políticos, castas, partidos y un largo etcétera. No debe permitirse que se patrimonialicen las instituciones poniéndolas al servicio de los que las sirven en vez de al servicio de los ciudadanos. Aunque, sin duda, esta es una de las patologías más frecuentes que se detectan a lo largo de la historia.

Las diputaciones provinciales han sido en la España democrática centros de poder regidos por criterios políticos en la mayoría de los casos contrarios a criterios técnicos dirigidos a satisfacer la necesidades de los ciudadanos. Centros de poder que, salvo excepciones, han estado guiados por intereses partidarios, en el mejor de los casos, y frecuentemente han sido instrumentos caciquiles desprovistos de

31 En el derecho interno español además de las variantes que se observan en lo relativo a la organización de las provincias como entes locales, la Ley de Bases de Régimen Local en su artículo 3.2 considera como entes locales las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios. Además debe tenerse en cuenta el sector público institucional de los entes locales regulado en el artículo 85 de la LBRL que hace posible, para la gestión directa de los servicios públicos, la creación de organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles locales, que se regirán por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por otra parte para la gestión indirecta de los servicios públicos pueden utilizar el arsenal de técnicas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

32 En el derecho de la Unión Europea junto a la administración ordinaria que corresponde a la Comisión Europea se ha creado una auténtica costelación de agencias y organismos de la Unión.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

controles democráticos externos eficientes, pues los miembros de las diputaciones provinciales: no se eligen directamente por los ciudadanos de los municipios que agrupa; no luce en dichas corporaciones la separación elemental de los poderes legislativo y ejecutivo; se configuran como instituciones presidencialistas con menoscabo de sus órganos colegiados; y están prácticamente exentas de controles externos, al margen del Tribunal de Cuentas.

Aunque el análisis del gasto no puede considerarse decisivo para valorar las diputaciones, lo cierto es que la mayoría de los estudios coinciden en que de los más de 6.300 millones de gasto del conjunto de las diputaciones provinciales, de las 38 del régimen común, tan solo se destina un pequeño porcentaje a los servicios básicos, mientras que el porcentaje mayor de gasto se destina a la propia organización administrativa. Sin embargo, en la medida en que los servicios que prestan las diputaciones provinciales deben seguir prestándose, de lo que no cabe duda en la actualidad, no es evidente que la supresión de las diputaciones supusiera una reducción del gasto y una mayor eficacia y eficiencia. Si en una institución se aprecian disfunciones lo adecuado es afrontarlas, reformando la institución en cuestión. Y nada impide al legislador estatal afrontar una reforma profunda de las diputaciones que las convirtieran en corporaciones eficaces y eficientes, comenzando por la elección directa de su presidente y demás miembros del pleno de las mismas.

VI. EL FUTURO DE LAS DIPUTACIONES NO DEBIERA TRAZARSE DE MANERA AISLADA, SINO TENIENDO EN CUENTA LA ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA

En apartados anteriores hemos alcanzado la conclusión de que de acuerdo con nuestra Constitución, y teniendo en cuenta el precedente de la supresión de las diputaciones provinciales en las comunidades autónomas uniprovinciales, sería posible que las comunidades autónomas, en general, sin reforma constitucional sustituyeran a las diputaciones provinciales asumiendo sus funciones, pues podríamos considerar que las comunidades autónomas, a los efectos que nos ocupan, se pueden equiparar a las corporaciones representativas a que se refiere el artículo 141.2 de la Constitución. Esta, en definitiva, es la solución adoptada para las comunidades autónomas uniprovinciales, consideradas, a los efectos del artículo 141.2, como corporaciones representativas. De manera que la ley estatal podría proceder a que las diputaciones provinciales también fueran sustituidas por las comunidades autónomas pluriprovinciales.

La liquidación de las diputaciones provinciales y la asunción por las comunidades autónomas pluriprovinciales de las competencias que las mismas tienen en la legislación vigente comportaría un incremento considerable de competencias de las comunidades autónomas, y eliminaría el único freno administrativo a la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

expansión, sin controles, de estas últimas en el ámbito local. No debe olvidarse que los órganos de gobierno de las diputaciones provinciales se integran por miembros electos de los municipios que las integran, mientras que si se transfirieran las competencias de las diputaciones provinciales a las comunidades autónomas los municipios quedarían al margen del control de las decisiones tomadas en relación con los mismos, como sucede en las comunidades autónomas uniprovinciales en que han desaparecido las diputaciones provinciales y la provincia como ente local.

Se puede considerar, al margen de lo que después diré, que las diputaciones provinciales son un instrumento de control del expansionismo competencial autonómico, particularmente cuando el gobierno de las diputaciones corresponde a un partido o partidos políticos diferentes al que gobierna, o a los que gobiernan la comunidad autónoma. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta los intereses de los ciudadanos, que existan diputaciones provinciales sería una garantía para la reducida autonomía municipal, porque resulta evidente que la concentración del poder es siempre negativa para los ciudadanos. Argumento al que debe añadirse que la supresión de las diputaciones provinciales y la atribución de sus funciones a las comunidades autónomas no conlleva de manera automática la corrección de las deficiencias que se han observado en las diputaciones provinciales.

Las decisiones que se adopten en el futuro en relación con las diputaciones provinciales no se debieran separar de una nueva estructuración del Estado en su conjunto que se reclama desde hace décadas. Si bien, las discrepancias entre los partidos políticos españoles sobre esta materia son considerables. Un indicio de estas discrepancias se ha puesto de manifiesto en la *Comisión para la evaluación y modernización del Estado autonómico,* creada recientemente en el Congreso de los Diputados para analizar el funcionamiento del Estado de las Autonomías[33], en la que no participan los partidos nacionalistas vascos y catalanes, así como el partido Podemos. Y los partidos que se han incorporado a la Comisión (PP, PSOE y Ciudadanos) es notorio que mantienen posturas difícilmente conciliables en la materia.

Los partidos nacionalistas vascos[34] y catalanes se sitúan en posiciones que van desde la configuración de España como una confederación, como aspiración mínima, a la independencia de España de sus respectivos territorios. Por lo que se refiere a los partidos denominados constitucionalistas discrepan en cuestiones básicas, pues unos son partidarios de mayor autonomía mientras que otros

33 La primera sesión tuvo lugar el 15 de noviembre de 2017.

34 En un artículo titulado «Riesgo unilateral y solidaridad» firmado por el Lehendakari del País Vasco no solo se justifica el régimen fiscal vasco, que se corresponde al de un Estado confederal, sino que sostiene que «El sistema de Concierto se asienta sobre el principio de responsabilidad fiscal y financiera y lo realmente constructivo sería analizarlo como modelo de referencia que permita avanzar en un nuevo sistema descentralizado de financiación que resulte más eficiente, justo y solidario» . Ver «El País», de 4 de diciembre de 2017, pág. 11.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

postularían la recuperación por el Estado de algunas competencias significativas transferidas a las comunidades autónomas. Así, se da la paradoja de que todos postulan la reforma del Estado de las Autonomías, pero igualmente todos discrepan en la dirección de la reforma, lo que dificulta alcanzar acuerdos. Probablemente la única zona de entendimiento se encuentre en la necesidad de clarificar algunos aspectos del sistema de competencias, en particular el régimen jurídico de los diferentes tipos de competencias. Pero esta clarificación no es el objetivo principal de unos y otros. La cuestión podría resumirse diciendo que unos quieren más peso del Estado, mientras que otros quieren más peso de las comunidades autónomas hasta convertir el Estado de las Autonomías en una confederación, en definitiva el retorno a la estructura del Estado en tiempos de los Austrias.

La liquidación de las diputaciones provinciales se inscribe en la línea de los que pretenden una deriva del Estado de las Autonomías hacia un Estado confederal, en cuya concepción este tipo de instituciones intermedias, que no están intervenidas por las comunidades autónomas, son un obstáculo. Las comunidades autónomas en la actualidad no son solo uno de los niveles de la estructura administrativa del Estado de las Autonomías sino que se han ido construyendo como Estados federados integrados por municipios[35]. Los municipios no son un escalón independiente y autónomo de administración sino que son parte integrante de la Comunidad Autónoma. La Constitución permitía otras interpretaciones, pero el caso es que la anterior ha sido validada por las leyes y por el Tribunal Constitucional.

Si lo que se pretendiera fuera salvaguardar la limitada autonomía de los municipios y, a su vez, afrontar el minifundismo municipal son posibles opciones diferentes a la de fortalecer las diputaciones provinciales o a transferir sus competencias a las comunidades autónomas. Veamos. La planta municipal vigente está integrada, de una parte por 396 municipios de más de 20.000 habitantes que suman un total de más de 31 millones de habitantes que podrían quedar como están, en la medida en que, salvo excepciones, no reciben la prestación de servicios por las diputaciones provinciales y, por otra parte, existen unos 7.719[36] municipios con poblaciones que van desde cifras inferiores a 100 habitantes a los

35 Sirva como ejemplo el artículo 2.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que dice:» Los municipios, las veguerías, las comarcas y los demás entes locales que las leyes determinen, también integran el sistema institucional de la Generalitat, como entes en los que ésta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía.» Esta deriva y la pretensión eufemística de que las Comunidades Autónomas mediante los nuevos órganos de participación local garantizarían mejor la autonomía local puede verse, por ejemplo, T. FONT Y LLOVET Y M. VILALTA REIXACH, «Los diferentes modelos de participación local en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals,* nº 8, abril, 2009, pp. 192 y ss. Mayor interés sobre el tema tiene el trabajo de A. EMBID IRUJO, «Informe general sobre el gobierno local en 2010», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2010*, Zaragoza, 2011, pp. 11 y ss. También tiene interés el trabajo de A. IGLESIAS MARTÍN, *Autonomía municipal, descentralización política e integración europea de las entidades locales,* Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

36 De menos de 100 vecinos, unos 1.041 municipios, de 100 a 500 vecinos, unos 2759 municipios, de 500 a 1000 vecinos, unos 1.062 municipios, de 1.000 a 5.000 vecinos unos 1937 municipios, de 5.000 a 10.000 vecinos, unos 569 municipios y de 10.000 a 20.000 vecinos unos 335 municipios.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de menos de 20.000 habitantes. Estos 7.719 municipios se podrían reorganizar creando nuevas entidades municipales que podrían llamarse, por ejemplo, comarcas municipales[37], u otra denominación, que agruparían un número de municipios con población suficiente para poder satisfacer la práctica totalidad de los servicios previstos para los municipios de más de 20.000 vecinos. De manera que podrían reducirse los 7.719 municipios (de régimen común o de régimen especial) de menos de 20.000 habitantes a unas 750 comarcas municipales, con supresión de las provincias como ente local. Las cifras antes señaladas deben tomarse como una mera aproximación. El caso es que la suma de los municipios autosuficientes y de los municipios comarcalizados estaría en torno a los 1.146, en vez de los 8.115 actuales.

Al margen de la reducción del número de municipios, que no es un tema menor, las comarcas serían entidades locales en que estarían representados todos los vecinos de la comarca en cuestión. Los núcleos urbanos, antes municipios, estarían representados en los órganos de gobierno de las comarcas municipales, de manera que sus peculiaridades quedaran garantizadas. En este esquema sería igualmente necesario establecer organizaciones sin personalidad jurídica, del tipo de conferencias de las reguladas en el título III «Relaciones interadministrativas» de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del sector Público, en que estarían representados los municipios autosuficientes y las comarcas municipales con la finalidad de establecer con el Estado y la correspondiente comunidad autónoma una coordinación eficaz y eficiente con las políticas autonómicas y estatales y, en especial, para establecer las reglas relativas a la financiación de municipios y comarcas municipales

A esta reforma debiera añadirse otra consistente en la delegación por el Estado y las comunidades autónomas de la ejecución de competencias en los municipios autosuficientes y en las comarcas. Y, asimismo, debiera incrementarse el gasto municipal equiparándolo en su conjunto al de las comunidades autónomas, asemejando la distribución del gasto al de los Estados federales. En definitiva se trataría, en una reforma futura de nuestro Estado de la Autonomías, de llevar a cabo la segunda descentralización[38], olvidada en España como consecuencia de la presión que sobre el Estado han ejercido las comunidades autónomas que pretenden conducir el Estado de las Autonomías a un modelo confederal con reducción del poder del Estado central y de los municipios.

La reforma que se postula, sin embargo, no haría sino afrontar una de las deficiencias de nuestra organización administrativa que sigue anclada en las

37 Las denomino e este modo para diferenciarlas de las comarcas de la Ley de Bases de Régimen Local, dado que las comarcas municipales serían ente locales que sustituirían a los municipios que agrupan se convertirán en entes locales de segundo grado de los entes locales principales que serían las comarcas municipales.

38 Puede verse el libro colectivo E. LINDE y otros, *La segunda descentralización. El pacto local*, Colex, Madrid, 2005.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

técnicas de pasado siglo inadaptadas a los retos de nuestro mundo globalizado. La coordinación entre las diferentes administraciones públicas, la colaboración entre las administraciones públicas y la sociedad, y la incorporación de nuevas organizaciones y técnicas, desligadas de las viejas concepciones territoriales están por ver la luz. Ese debiera haber sido el objeto de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público que no ha hecho otra cosa que reiterar lo que ya existía intentando dar la apariencia de que se producían innovaciones de calado en nuestro ordenamiento jurídico. Pero, lamentablemente no ha sido así. Habrá que seguir esperando que los poderes públicos conecten con los problemas y retos actuales y se atrevan a afrontarlos. Entre tanto seguiremos recibiendo el Derecho de la Unión Europea, origen de la moderada modernización de nuestras administraciones públicas.

***

TITLE: *The provincial councils and their uncertain future*

ABSTRACT: *Provincial councils are currently indispensable, given the Spanish municipal smallholding. However nothing prevents the deputies are extinguished and their functions are transferred to other representative corporations. In the work the thesis is sustained that it is possible the suppression of the deputations and their substitution by the autonomous communities. But it is also possible to substitute provincial councils for local entities that put an end to municipal smallholding. The first alternative would involve a considerable increase in the competences of the autonomous communities, with a reduction in local autonomy. On the contrary, the second alternative would put an end to municipal smallholding and preserve local autonomy more effectively. Finally, it is considered that the future of the provincial councils should not be traced independently of the new configuration of the State of the Autonomous Regions, since the choice of one of the two pointed solutions, or others, depends on this new configuration.*

RESUMEN: *Las diputaciones provinciales son en la actualidad indispensables, habida cuenta del minifundismo municipal español. No obstante nada impide que las diputaciones se extingan y sus funciones se pasen a desempeñar por otras corporaciones representativas. En el trabajo se sostiene la tesis de que resulta posible la supresión de las diputaciones y su sustitución por las comunidades autónomas. Pero es igualmente posible la sustitución de las diputaciones provinciales por entes locales que pongan fin al minifundismo municipal. La primera alternativa supondría el incremento considerable de las competencias de las comunidades autónomas con merma de la autonomía local. Por el contrario, la segunda alternativa pondría fin al minifundismo municipal y preservaría de manera más efectiva la autonomía local. Finalmente se considera que el futuro de las diputaciones provinciales no debe trazarse de manera independiente de la nueva configuración del Estado de las Autonomías, pues la elección de una de las dos soluciones apuntadas, o de otras, depende de dicha nueva configuración.*

KEY WORDS: *Provincial councils, autonomous communities, municipal smallholding, local autonomy.*

PALABRAS CLAVE: *Diputaciones provinciales, comunidades autónomas, minifundismo municipal, autonomía local.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *10.09.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL PAPEL DE LA CORONA EN EL NOMBRAMIENTO DEL PRIMER MINISTRO BELGA: UN MODELO NO IMPORTABLE*

ÁNGEL J. SÁNCHEZ NAVARRO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

SUMARIO

I. Introducción. II. La Jefatura de Estado en el nombramiento de los gobiernos parlamentarios III. Los colaboradores de la Corona en la selección de los Primeros Ministros: Países Bajos y Bélgica. IV. Conclusión: un modelo muy discutible, y no importable.

I. INTRODUCCIÓN

Los resultados de las elecciones generales celebradas en España el 20 de diciembre de 2015 y el 26 de junio de 2016 dieron lugar, como se ha dicho, a una «legislatura fallida» y a una «investidura convulsa», incapaz de garantizar «la estabilidad y eficacia de la acción gubernamental»[1]. No resulta extraño, en consecuencia, que tanto la sociedad en general como la doctrina constitucional, en particular, prestasen especial atención a las normas, circunstancias y procedimientos que rodean el circuito electoral y parlamentario. Procedimientos que, a partir del pluralismo social y político existente en las sociedades democráticas y abiertas, sirve esencialmente para definir mayorías parlamentarias capaces de cumplir la que, desde los orígenes del parlamentarismo, constituye la primera función de las Cámaras, que —como ya apuntara Bagehot— no es otra que la de sostener a un gobierno[2].

* *In memoriam*: a Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, a cuyo trabajo tantos debemos tanto.

1 ARAGÓN REYES, M., «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», en *Revista Española de Derecho Constitucional* (en adelante, *REDC*), nº 109, 2017, pp. 15 y ss.

2 «La principal [función de la Cámara de los Comunes]», cuya existencia es bien conocida, aunque en el lenguaje constitucional de ella no se trate, es la… electoral: la Cámara de los Comunes es la asamblea que

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el ámbito doctrinal, tal atención se ha plasmado en la publicación de un elevado número de trabajos científicos que han tratado de analizar críticamente el funcionamiento de esas normas y procedimientos[3]. Mecanismos cuya configuración constitucional —a veces, pero no siempre, desarrollada por el legislador— seguramente no podía prever un contexto como el que se da no sólo en la España de nuestros días, sino también —con los lógicos matices— en otros regímenes democráticos parlamentarios[4].

Pues bien: entre estos mecanismos, no cabe duda de que uno de los que ha suscitado mayor interés es el procedimiento de investidura previsto en el artículo 99 CE. Muchos son los aspectos del mismo que se han analizado: los plazos previstos (o no), las mayorías exigidas, las consecuencias de una falta de investidura… Y también, cómo no, la intervención del Monarca, prevista en los apartados 1 y 5 de dicho precepto constitucional. Concretamente, el examen de esta última cuestión no sólo ha merecido, en el número anterior de esta misma revista, un artículo[5]; sino que constituía una de las cinco preguntas planteadas a los expertos en la «Encuesta» de TRC, una de sus secciones más características y enriquecedoras desde sus orígenes, y que en dicho número se dedicaba al «Gobierno en funciones»[6].

Como puede apreciarse en la formulación de dicha pregunta, uno de los argumentos utilizados en este debate es el referido a experiencia comparada de otras Monarquías parlamentarias, y al papel que los respectivos Monarcas desempeñan en ese proceso de designación de un Primer Ministro, o del Gobierno en su totalidad. Cabría precisar que, más concretamente (como denota el texto de la

elige nuestro presidente [del Gobierno]»: BAGEHOT, W.: *La Constitución inglesa*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, 1867, pp. 127-129. Sobre el procedimiento electoral como mecanismo de reducción de la complejidad social para crear «una voluntad política operativa», véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., y A., *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento*. Madrid, Colex, 2008 (2ª ed.), p. 124.

3 Baste recordar aquí, a modo de ejemplo, los trabajos incluidos en el número anterior de esta misma Revista (*Teoría y Realidad Constitucional* [en adelante *TRC*], nº 40, 2017); o en el ya citado nº 109 de la *REDC*, 2017.

4 Piénsese, a este respecto, en las dificultades que tras las elecciones de septiembre de 2017 ha atravesado la tradicionalmente estable Alemania para decantar una mayoría parlamentaria capaz de sostener un Gobierno. Circunstancias no tan diferentes a las que se han dado, en los últimos años, en otros países como Irlanda, Bélgica, Holanda o, incluso, en una Gran Bretaña cuyo Parlamento no ha contemplado mayorías absolutas unipartidistas en dos de las últimas tres legislaturas, obligando a fórmulas de coalición o pactos parlamentarios poco habituales en ese sistema.

5 PORRAS RAMÍREZ, J. Mª: «La Corona y la propuesta de candidato a Presidente del Gobierno. Nuevas prácticas y viejas normas», *TRC*, nº 40, 2017, pp. 223-244.

6 Concretamente, la segunda de las preguntas planteadas a los siete expertos seleccionados era: «*A la vista de las experiencias recientes, ¿Qué opinión nos puede dar sobre el papel del Rey en su propuesta al Congreso de los Diputados de candidato a Presidente del Gobierno?¿Cree que el refrendo por el Presidente del Congreso debe ser entendido de forma que no deje ningún margen de impulso al Rey?¿Amén de la consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, tendría sentido que el Rey tuviera la prerrogativa de escuchar a algún informador, en forma similar a como se opera en la monarquía holandesa?*» (GARCÍA FERNÁNDEZ, J., GÓMEZ MONTORO, A., MONTILLA MARTOS, J.A., REVENGA SÁNCHEZ, M., REVIRIEGO PICÓN, F., RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., SEIJAS VILLADANGOS, E., «Encuesta sobre el Gobierno en funciones», *TRC*, nº citado, p. 12).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pregunta formulada por TRC), los principales elementos de debate afectan al «margen de impulso» regio, así como —íntimamente ligado al anterior— a la posible previsión de otras figuras que operan en sistemas tradicionalmente utilizados como referente en esta materia, como es el caso del «informador» existente en los Países Bajos, o en Bélgica.

Así las cosas, y como tantas veces ocurre en el ámbito del Derecho Constitucional, no es posible tratar de responder a estas cuestiones sin situarlas en un contexto más amplio, relativo en este caso a los procedimientos de designación de los Jefes de Gobierno en los regímenes parlamentarios y, en particular, al papel que los Jefes de Estado (muy especialmente, los Monarcas) desempeñan en los mismos. A este aspecto trataremos de dedicar, siquiera muy brevemente, las siguientes páginas, centradas en primer lugar en la observación general y, sólo después, en los casos concretos.

II. LA JEFATURA DE ESTADO EN EL NOMBRAMIENTO DE LOS GOBIERNOS PARLAMENTARIOS

A nuestro juicio, no es posible considerar este preciso aspecto ignorando las tendencias que, con carácter muy general, afectan a la posición de la Jefatura del Estado en los sistemas parlamentarios, al margen incluso de su concreta configuración como Monarquía o República.

En efecto, es bien conocida la distinción acuñada por W. Bagehot entre «partes *imponentes*» y «partes *eficientes*» del sistema parlamentario británico[7]. Aquellas «tienen mucha amplitud y no poco encanto; son muy antiguas y bastante venerables», y entre ellas «el papel de la reina… es de una utilidad incalculable», sin el cual el gobierno parlamentario inglés «no podría existir»[8]. Por el contrario, las «partes eficientes… tienen un movimiento muy sencillo y un sello más moderno»; en el caso inglés, su eficacia «reside… en la estrecha unión, en la fusión casi completa del poder ejecutivo y del poder legislativo», que permite al sistema, «si hace falta… obrar con más facilidad y mejor que ninguno de los [restantes] instrumentos políticos». Considerado en su conjunto, el sistema parlamentario (inglés) en «su esencia es fuerte con la fuerza toda que le presta la sencillez de los procedimientos en la época moderna; su exterior es majestuoso como lo era el carácter gótico de una época más imponente»[9].

Pues bien: no parece descabellado afirmar que si los nuevos tiempos no son buenos para la lírica, tampoco lo son para los elementos «góticos», «venerables» o

7 *La Constitución inglesa*, cit., pp. 5-6 y 10 (edición a cargo de J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, que recoge íntegramente la traducción española original que hiciera, en 1902, A. Posada). En el original inglés, Bagehot hablaba de *dignified* y *efficient parts* (*The English Constitution*. Londres, Fontana Press, 1993, p. 63).

8 *La Constitución*…, cit., pp. 10 y 47.

9 *Ibidem*, pp. 10-11.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

«majestuosos» del sistema político. En realidad la primacía del elemento *eficiente* no es sino la lógica consecuencia del triunfo del principio democrático: la democratización del poder ha producido la hegemonía del parlamentarismo monista, que entre otros aspectos se manifiesta en el «desvanecimiento» de los Jefes de Estado[10]. Un desvanecimiento que alude «a la idea de que el Jefe de Estado ha sido privado de la autoridad y de la potestad gubernamental», y que constituye una tendencia general, pero «relativa, ya que ha de distinguirse» dicho desvanecimiento «en el régimen político» y «en el régimen constitucional».

En efecto, «la diferenciación entre los Monarcas, los Presidentes elegidos por un colegio restringido o… [aquellos elegidos] por sufragio universal» no resulta en la práctica tan clara como cabría pensar. A ello contribuyen «dos tipos de razones»: en primer lugar, el que «muchos textos constitucionales siguen siendo dualistas» formalmente, y el «desvanecimiento resulta de la práctica, lo que suscita interrogantes» sobre la eventual reactivación de los textos; a continuación, porque «en la mayor parte de los países el Jefe de Estado, pese a no ser ya una autoridad de gobierno, conserva un papel no desdeñable»[11].

Por consiguiente, el estudio del papel de la Jefatura del Estado en los modelos parlamentarios, y en particular en las Monarquías, exige superar las apariencias, y los textos. «Pocas Constituciones tienen en efecto una presentación puramente monista»: entre las Monarquías, Suecia y España ya no atribuyen a sus Monarcas la titularidad nominal del poder ejecutivo, tampoco lo hacen Repúblicas como Alemania, Grecia, Italia o Irlanda… Pero en la mayor parte de los demás casos, tanto las Monarquías (Noruega, Luxemburgo, Bélgica, Holanda, Dinamarca) como las Repúblicas (Finlandia, Islandia, Austria, Francia, Portugal…) atribuyen a sus Jefes de Estado importantes poderes constitucionales configurando así sistemas dualistas, al menos en apariencia.

En todo caso, la tendencia natural de las Monarquías hacia el monismo implica que «los Monarcas apenas pueden permitirse incursión alguna en el terreno político»: sobre ellos pesa una «red cruzada de límites» derivados de «la Constitución y las convenciones que la acompañan», que les deja «muy pocas competencias de ejercicio verdaderamente discrecional», cuyo ejercicio además depende de ciertas variables políticas[12].

Y uno de los ámbitos en que tradicionalmente se ha considerado factible la posible intervención regia es en el nombramiento del Jefe de Gobierno. Una competencia considerada «típicamente arbitral», si bien «la existencia de un verdadero arbitraje» depende de circunstancias políticas como el sistema de partidos y el equilibrio entre los mismos. De cualquier modo, «el arbitraje, que consiste

10 Utilizamos esta expresión para traducir la de «*effacement des chefs d'Etat*» que utlizan C. GREWE y H. RUIZ-FABRI (*Droits constitutionnels européens*. París, PUF, 1995, pp. 482 y sigs.)

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*, p. 493. En el mismo sentido, J.M. PORRAS NADALES, «La Corona…», ob. cit., pp. 225-226

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en ejercer su propio criterio, supone por naturaleza una situación de conflicto» y se concibe como algo excepcional[13].

En el caso español, como es lógico, la cuestión también se ha planteado. Inicialmente, algunos autores como I. De Otto apuntaron la posible existencia de un *poder de reserva* regio que, con carácter supletorio, permitiría al Rey «actuar autónomamente en caso necesario, para evitar el bloqueo institucional», de modo que podría «adoptar una iniciativa propia que, al menos, pusiese en marcha el procedimiento designatorio»; pero en general se ha impuesto la idea de que «la exigencia de determinadas mayorías implica una limitación obvia a toda posible discrecionalidad regia en este terreno»[14].

Hoy día, pues, la posible naturaleza «arbitral» de la facultad regia de proponer al Congreso una candidatura a la Presidencia del Gobierno parece mayoritariamente descartada por la doctrina. En expresión rotunda recientemente recogida en estas mismas páginas, «no estamos… ante una expresión de Poder Arbitral y Moderador: no hay nada que arbitrar ni moderar porque ello comportaría otorgar un margen discrecional al Rey que no puede poseer»[15]. En definitiva, el papel del Jefe del Estado no debe «ir más allá de su carácter meramente simbólico y protocolario», limitándose a «la mera ratificación de los acuerdos alcanzados (o, en su caso, no alcanzados)… por los verdaderos protagonistas, los grupos políticos con representación parlamentaria»[16].

En el contexto de este debate acerca de la naturaleza y alcance de la competencia regia no resulta extraño que la doctrina haya prestado atención a figuras como la del «formador» o «informador» presentes en otros sistemas parlamentarios. Figuras que, al intervenir en el proceso de propuesta y nombramiento formalmente atribuido al Rey, pueden afectar a su papel y, en particular, a su «margen de impulso», por volver a utilizar la expresión ya observada. Y sobre cuya significación y eficacia existen dudas más que razonables, como confirma el claro escepticismo de la mayor parte de los expertos consultados en la reiterada «Encuesta» ante la posibilidad —en principio, perfectamente posible— de importar esta solución para el régimen constitucional español[17]. De cualquier modo, ese interés puede justificar un estudio algo más profundo de dichas figuras, a las que trataremos pues de dedicar nuestra atención.

13 *Ibidem*, pp. 495-496.

14 BAR CENDÓN, A., «Artículo 99», en ALZAGA VILLAAMIL, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978,* vol. VIII, pp. 282-283.

15 J. GARCÍA FERNÁNDEZ, en la ya citada «Encuesta…» (*TRC*, nº 40, p. 31). El Rey «tiene algo de notario que da fe del panorama parlamentario a partir de la información proporcionada» por los grupos políticos en la fase de consultas. En términos muy similares, véase PORRAS NADALES, J.M., «La Corona…», ob. cit., *passim*, esp. pp. 233-234 y 241-242.

16 REVIRIEGO PICÓN, F., Ibidem, p. 37.

17 Así se expresan J. GARCÍA FERNÁNDEZ (p. 32: «una figura extraña a nuestra práctica»); Á. J. GÓMEZ MONTORO (p. 33: «dudo mucho de su eficacia… incluso podría generar mayor ruido mediático»); M. REVENGA SÁNCHEZ (p. 36: «no añadiría ninguna mejora sustancial»); Mª E. SEIJAS VILLADANGOS (p. 43: «sin una cultura política y constitucional previa, los visos de éxito de la importación de estas prácticas quedarían muy minorados»).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. LOS COLABORADORES DE LA CORONA EN LA SELECCIÓN DE LOS PRIMEROS MINISTROS: PAÍSES BAJOS Y BÉLGICA

Sin duda, el ejemplo más conocido en esta materia es el que proporciona Bélgica. Pero, como es sabido, no es el único: también en los Países Bajos, la figura del «informador» (*informateur*, siempre en francés) aparece como esencial en el proceso de formación del Gobierno. Ambos sistemas, como es lógico dada su proximidad histórica, parten de postulados similares y, en particular, de unos textos constitucionales que en esta concreta materia se limitan a señalar que el Rey nombra a los ministros, manteniendo pues formalmente la tradicional competencia regia[18]. A partir de ahí, ninguna de ellas regula el procedimiento de formación del Gobierno, que por consiguiente se basa casi exclusivamente en convenciones y reglas no escritas.

1. **Breve referencia al reformado modelo holandés**

Ahora bien: en fecha relativamente reciente, una reforma de esta materia en Holanda ha supuesto una profunda modificación en su significado político e institucional. Concretamente, en marzo de 2012 la Cámara Baja modificó su Reglamento para suprimir la intervención regia en el proceso de elección del Primer Ministro y formación del Gobierno, recabando para sí la iniciativa de dicho proceso mediante la designación del *formador* y, si fuera preciso, del (o de los) *informador(es)*. De este modo, la reforma redujo el «margen de impulso» regio, inscribiéndose pues en la citada —y lógica— tendencia a aislar al Monarca de los procesos políticos, y alejándose del modelo belga.

En todo caso, y al margen de esa significación política, ni antes ni después de la reforma el proceso ha destacado por su agilidad. Algo que no debería sorprender en un país cuyas elecciones no han producido ninguna mayoría absoluta parlamentaria desde el siglo XIX, y obligado por tanto a componer coaliciones de gobierno no siempre fáciles. De hecho, según los datos que aporta la Cámara Baja holandesa, «la duración media del proceso de formación de Gobierno desde 1946 ha sido de 89.5 días»[19]. Y este resultado no parece depender de la mayor o menor intervención del Rey, sino de la fragmentación parlamentaria: en las últimas elecciones del 15 de marzo de 2017 accedieron al Parlamento trece formaciones distintas, de las que solo una supera —por poco— el 20 % de los votos (y escaños), y nueve no llegan al 10 %. No extraña, pues, que fueran necesarios 225 días de negociaciones para formar un nuevo Gobierno, acabando así con el *record* anterior (establecido en 1977) de 208[20].

18 Art. 43 de la Constitución holandesa: «El Primer Ministro y el resto de los Ministros son nombrados y revocados por Decreto Real». Artículo 96 de la Constitución belga: «El Rey nombra y revoca a sus Ministros».

19 Véase https://www.houseofrepresentatives.nl/formation-process.

20 Unas consideraciones algo más detalladas sobre el funcionamiento de este proceso en los Países Bajos pueden encontrarse en la citada aportación de Mª E. SEIJAS VILLADANGOS a la misma «Encuesta…»,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. **El modelo de Bélgica**

Este modelo fue ya objeto de otro estudio que hicimos en esta misma Revista, hace ahora diez años, con ocasión de la crisis planteada en ese país… precisamente al hilo de las dificultades para formar una mayoría parlamentaria y de gobierno[21]. Un tipo de dificultades que por entonces parecían muy lejanas e improbables en España, apariencia que los hechos posteriores se han encargado de desmentir. Y que posteriormente se han repetido, e incluso agravado, también en Bélgica, lo cual —dicho sea de paso— permite apuntar ya (o confirmar, si consideramos el ejemplo holandés) que la intervención de tales figuras no asegura *per se* un proceso fácil y fluido de designación del Gobierno. Pero más que la eficacia, lo que ahora nos interesa es, sobre todo, la significación política e institucional de este modelo y, en particular, su incidencia sobre el eventual «margen de impulso» de la Corona en este proceso.

Obviamente, para apreciar el funcionamiento, los efectos y la significación del modelo es preciso examinar el sistema en que se inscribe, y las reglas que lo condicionan. Reglas, como trataremos de exponer, muy heterogéneas y que combinan disposiciones constitucionales claramente anacrónicas con otras generadas por una práctica política que ha permitido, a la vez, la pervivencia y la evolución de aquellas, generando a su vez nuevas cuestiones, como pasamos a observar.

A) *Reglas constitucionales*

Se ha dicho, seguramente con razón, que la «Constitución belga está buscando desesperadamente una Nación»[22]. Y tal vez ahí quepa encontrar la causa de una regulación constitucional que ha permanecido, en este punto y como ya se ha apuntado antes, esencialmente inalterada desde el primer tercio del siglo XIX.

En efecto, es bien sabido que Bélgica adquirió su independencia del Reino Unido de los Países Bajos en 1830. Inmediatamente, el 7 de febrero de 1831, se dotó de una Constitución generalmente considerada como una de las más progresistas de la época, y que estuvo formalmente vigente hasta que, el 17 de febrero

donde —curiosamente, o no— se apunta que «la parlamentarización de ese proceso y su intrínseca politización… ha tensionado el papel del Rey», hasta el punto de que «parece añorarse el protagonismo regio» (pp. 41-42). La revista P*olítico* ofrece (en https://www.politico.eu/article/dutch-government-coalition-talks-formation-election-2017-netherlands-mark-rutte/) una crónica minuciosa de la última experiencia de marzo-octubre 2017, que exigió la intervención sucesiva de tres *informadores* (la primera de los cuales fue designada en dos ocasiones, porque renunció tras un primer intento fallido), pertenecientes a dos partidos diferentes, para conseguir una coalición formada por cuatro partidos, con una mayoría de un solo escaño.

21 Véase SÁNCHEZ NAVARRO, Á.: «Actualidad política y constitucional belga (2007-2008): apuntes para entender una crisis», *TRC,* nº. 22, 2008, especialmente, pp. 386-389.

22 POPELIER, P., LEMMENS, K., *The Constitution of Belgium. A contextual Analysis;* Hart, Oxford and Portland, 2015, p. vi.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de 1994, fue sustituida por la actual, que es «en rigor… un texto refundido de la Constitución originaria de 1831 y las numerosas reformas posteriores»[23].

Esta continuidad explica, por una parte, la pervivencia de disposiciones claramente arcaicas, como las que prescriben que «el Poder Legislativo Federal será ejercido conjuntamente por el Rey, la Cámara de Representantes y el Senado»; o que «corresponde al Rey el Poder Ejecutivo Federal» (artículos 36 y 37, respectivamente; *vide* también el artículo 74). Pero resulta, por otra, especialmente llamativa por cuanto el «nuevo» texto de 1994 ha sufrido, a su vez, numerosas (incluso, numerosísimas) reformas desde su entrada en vigor[24]. Reformas que responden normalmente a «difíciles compromisos políticos entre los principales grupos lingüísticos» existentes en Bélgica, pero carecen de un «objetivo claro» o de un «proyecto institucional global», respondiendo así a un planteamiento absolutamente fragmentario (*patchwork approach*[25]).

De este modo, las diversas reformas constitucionales apenas han afectado a la regulación de la Corona[26]. Y así, junto a preceptos como los anteriormente mencionados, el artículo 96 dispone que «El Rey nombra y revoca a sus Ministros», reproduciendo literalmente el artículo 65 del texto de 1831.

Este poder de nombramiento (matizado por un apartado segundo introducido en 1993, que prevé el supuesto de pérdida de confianza parlamentaria del Primer Ministro) se ve, ciertamente, sometido a ciertas reglas, a veces tradicionales —más o menos adaptadas—, y otras más recientes. Así, por ejemplo, entre las primeras han de citarse aquellas según las cuales «sólo los belgas podrán ser Ministros», excluyéndose a todos los miembros de la familia real[27]. Mientras que las segundas incluyen aquellas que prescriben que «el Consejo de Ministros contará como máximo con quince miembros» (artículo 99, párrafo 1º[28]); o las que prevén que «con excepción, en su caso, del Primer Ministro… contará con tantos miembros de expresión francesa como de expresión neerlandesa» (99, párr. 2º); o exigen que «cuente con personas de diferente sexo» (artículo 11 *bis*[29]).

De cualquier modo, y al margen de esas condiciones, lo cierto es que la fórmula adoptada por el artículo 96 de la Constitución otorga al Rey un poder de

23 DARANAS PELÁEZ, M., en RUBIO LLORENTE, F., DARANAS PELÁEZ, M., (Eds.): *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona, Ariel, 1997, p. 113.

24 Así, el portal oficial del Senado belga enumera, desde 1994 hasta 2014, 27 reformas que afectan a 76 artículos (42 en la última, de 6 enero de 2014: https://www.senate.be/www/?MIval=/index_senate&MENUID=14150&LANG=fr).

25 La expresión, y las otras citas, proceden de POPELIER, P., LEMMENS, K., *The Constitution…*, ob. cit., pp. V y 16. Sobre los difíciles equilibrios lingüísticos, regionales, institucionales y constitucionales, véase nuestro estudio anteriormente citado («Actualidad política y constitucional belga…»).

26 En rigor, «del Rey» (*Du Roi*: Capítulo III, y especialmente su Sección primera).

27 Artículos 97 y 98 C.B., que recogen —con algún matiz, en el primer caso— los anteriores artículos 86 y 87, intactos desde 1831.

28 Una previsión que M. DARANAS considera «completamente nueva y excepcional en el Derecho comparado» (*op. cit.,* p. 125).

29 Artículo introducido por la reforma de 21 de febrero de 2002.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

considerable amplitud. Antes de la revisión constitucional de 1994 (que, recordémoslo, no modificó este precepto), un comentario al texto constitucional belga subrayaba que dicha regla «reserva al Rey [actuando con el correspondiente refrendo] la posibilidad de componer los Gobiernos, de aceptar y de rechazar su dimisión, de designar a los Ministros, de aceptar y de rechazar su dimisión individual, de destituirlos»[30]. Con posterioridad, sigue afirmándose que «la autoridad investida por la Constitución de la responsabilidad de designar a los Ministros es, indiscutiblemente, el Rey. Él, y sólo él, tiene derecho a nombrarlos», actuando «como autoridad perteneciente al poder ejecutivo federal, en el sentido del artículo 37 C.»[31]. Y, en consecuencia, «en las fases de formación de Gobierno… el Rey dispone de un margen de maniobra mucho más importante que el que se le reserva habitualmente»[32], ya que «en cierta medida dirige los debates como un observador implicado»[33].

En todo caso, es obvio que estas reglas constitucionales expresas deben completarse con otras implícitas en el sistema. Entre ellas, la primera parece obvia: en un sistema parlamentario, el Gobierno debe gozar de la confianza de las Cámaras (algo expresamente recogido ahora por la regulación de la moción de censura y de la cuestión de confianza en el artículo 96, párr. 2º C.B.). Ello sitúa el foco de atención en el sistema de partidos y en la necesaria, y difícil, formación de mayorías en un Parlamento —como el holandés— muy fragmentado, como veremos más adelante. A pesar de lo cual, y posiblemente por los antecedentes existentes en Bélgica, la regla de que la nominación del Gobierno no «está sometida al asentimiento o a la ratificación de las Cámaras legislativas» abre la puerta a consideraciones sobre la posibilidad de «Gobiernos minoritarios». Así, se ha señalado que «la confianza o desconfianza de la[s] Cámara[s]… no se presume, se verifica», de modo que «nada impide al Rey componer un Gobierno que no goce de un respaldo suficiente de diputados… Este Gobierno tendrá entonces su oportunidad», si bien la expresa negación de la confianza parlamentaria provocará inevitablemente su caída[34].

A la vista de cuanto se ha expuesto, resulta claro que la Constitución belga mantiene formalmente el esquema tradicional del siglo XIX, con un ejecutivo bicéfalo formado por el Rey y el Gobierno. Un esquema que, como es natural, sólo ha podido mantenerse formalmente vigente gracias a una profunda relectura de sus términos, en una evolución que «no es excepcional como tal», pero resulta llamativa porque «se ha producido sin ninguna reforma constitucional»[35], y

30 DELPÉRÉE, F., JONGEN, F., *Quelle revisión constitutionnelle?* Louvain-la-Neuve- Bruxelles, Academia-Bruylant, 1987, p. 113 (las cursivas han sido añadidas).

31 DELPÉRÉE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*. Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2000, pp. 410-411.

32 UYTTENDAELE, M., *Précis de droit constitutionnel Belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*. Bruylant, Bruxelles, 2005 (3e éd.), p. 416.

33 *Participating observer*: POPELIER, P., LEMMENS, K., ob. cit., p. 146.

34 DELPEREE, F., *Le droit constitutionnel…*, ob. cit., pp. 411 y 414-415.

35 POPELIER, P., LEMMENS, K., ob. cit., p. 148.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gracias a la adopción de ciertas prácticas que han sido convencionalmente asumidas hasta conformar un auténtico «ritual»[36]. A ello dedicaremos el siguiente epígrafe.

B) *Convenciones políticas*

Así pues, la complejidad del marco institucional belga y la coherente evolución de su sistema de partidos, al que habremos de aludir más tarde[37] constituyen factores que dificultan notablemente la formación de un Gobierno federal. Es preciso conformar coaliciones que combinen equilibrios diversos (lingüísticos y partidistas), para lo cual se han desarrollado, como en Holanda, ciertas prácticas políticas generalmente respetadas y que, en ocasiones, resultan, como mínimo, sorprendentes.

Es preciso insistir en que se habla aquí de prácticas dirigidas a facilitar la elección regia, en las que no cabe apreciar la existencia de una auténtica «convención constitucional, sino simplemente una práctica que se recomienda, por regla general» y por razones de utilidad, «respetar»[38]. Y que afectan a un período en el cual «el Rey desempeña un papel determinante. Este es el único momento en el que está en condiciones de influir directamente sobre la vida política nacional, independientemente de la voluntad del Gobierno. En esta ocasión, él elige las personas encargadas de llevar a cabo las negociaciones relativas a la formación del Gobierno. Estas designaciones son anunciadas por un comunicado de palacio, y no constituyen el objeto de un acto refrendado por un ministro, al menos en el momento en que se deciden. Pese a lo cual, formalmente, los ministros dimisionarios asumen la responsabilidad política de las mismas»[39].

El proceso se inicia al día siguiente de las elecciones generales federales, cuando el Primer Ministro presenta al Rey la dimisión de su Gobierno, siendo encargado de seguir en funciones hasta la formación de otro nuevo. Se abre, a continuación, un período de consultas, presidido por el principio de que «el Rey es libre» en las mismas, pero durante el cual el Rey recibe —«según la tradición protocolaria»— a diversas personalidades, como el Primer Ministro dimisionario, los Presidentes de

36 DELPÉRÉE, F., *op.cit.,* citando a A. Molitor, a quien sigue en su descripción del proceso (pp. 420-423). *Vide* también UYTTENDAELE, M., *Précis…,* ob. cit., pp. 417 y ss. Una breve exposición de estas prácticas puede encontrarse, asimismo, en el sitio web institucional belga (https://www.belgium.be/fr/la_belgique/pouvoirs_publics/autorites_federales/gouvernement_federal/formation_gouvernement).

37 Sobre este aspecto, véase SÁNCHEZ NAVARRO, A., «Sistemas de partidos e integración política: de Cataluña a Bélgica», en LÓPEZ GUERRA, L., GARCÍA RUIZ, J.L., GARCÍA FERNÁNDEZ, F.J., (Dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en homenaje al Profesor Jorge de Esteban*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1531 y sigs. (especialmente, el epígrafe dedicado a «El sistema de partidos en Bélgica: la quiebra de un proyecto nacional»).

38 DELPÉRÉE, F., ob. cit., p. 420.

39 UYTTENDAELE, M., *ob. cit.,* p. 417.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ambas Cámaras, los líderes de los principales partidos del país, así como a los responsables de organizaciones económicas y profesionales[40].

Tras estas consultas, el Rey puede optar por designar a un *formador (formateur)*, encargándole directamente la formación de un nuevo Gobierno. Sin embargo, más frecuentemente, y debido a la falta de mayorías claras, se ve impulsado a desarrollar algunos pasos intermedios, lo que suele traducirse en la designación de un *informador (informateur*[41]*).* Éste, cuya designación tampoco es absolutamente libre y ha de tener en cuenta los condicionantes existentes en cada momento, suele ser un responsable político experimentado encargado de profundizar en la labor «exploratoria» iniciada por el Jefe del Estado. A tal fin debe examinar «todas las fórmulas de gobierno posibles», remitiendo al Rey su informe, que puede consistir en «un documento escrito que sintetiza sus conversaciones», aconsejándole en su caso sobre la designación de un *formador*.

Ahora bien: en los últimos años, y esencialmente desde 2007, la progresiva fragmentación parlamentaria está dificultando notablemente la formación de mayorías, lo que se ha traducido en una «multiplicación de consejeros regios, que exceden claramente el dúo *informador-formador*, a fin de desbloquear la situación política»[42]. De este modo, en un tercer momento, el Rey puede designar a uno o varios *mediadores (médiateurs),* con una misión a medio camino entre la mera información y el impulso para aproximar posturas. Incluso se prevé la posibilidad de recurrir a un *negociador (négociateur)*, abiertamente orientado a posibilitar acuerdos sobre puntos concretos.

En caso de tener éxito, en uno u otro momento, el proceso finaliza pues con la designación de un *formador*, que normalmente se convertirá en el nuevo Primer Ministro... aunque la práctica política ofrezca algunas excepciones, en las que esta figura ha debido dejar paso, en el último momento y por razones diversas, a otro líder. Lo cual no implica que todo esté hecho: el formador debe establecer, en primer lugar, una fórmula de coalición; a continuación, un programa de gobierno; y, finalmente, un equipo para llevarlo a cabo. Todo lo cual exige «procedimientos a menudo largos y laboriosos», y «cada vez más formalizados»[43], en los cuales el papel del Jefe del Estado tiende, lógicamente, a disminuir: «los políticos asumen el liderazgo e informan al Rey, el cual sólo intervendrá en momentos de crisis o cuando las negociaciones se encuentren bloqueadas»[44].

Como no podría ser de otra manera, todo este proceso, y en particular el protagonismo del Rey a la hora de designar a estas figuras intermediarias (algo que

40 El mismo autor subraya que, desde 1991 y en uso de su libertad de organizar sus consultas, ni Balduino I ni Alberto II han recibido a los representantes de los partidos radicales e independentistas (*Front National, Vlaams Blok o Vlaams Belang*: p. 417).

41 Figura aparecida, por vez primera, en 1935 (SENELLE, R., *La Constitución belga comentada*. Bruselas, Ministerio de Asuntos Extranjeros, 1974, p. 229).

42 POPELIER, P., LEMMENS, K., ob. cit., pp. 145-146.

43 DELPÉRÉE, F., *op. cit.,* p. 422.

44 POPELIER, P., LEMMENS, K., ob. cit., p. 147.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hace, dentro lógicamente de los condicionantes derivados de la composición parlamentaria, «libremente, asesorado por sus consejeros y su jefe de gabinete»[45]), ha sido ha sido ampliamente debatido. Ciertamente, el papel regio se reduce cuando se desbloquea el proceso, puesto que la designación de los miembros del Gobierno corresponde exclusivamente a cada partido. Pero aún se apunta que no hace demasiado tiempo el Rey Balduino se opuso al nombramiento de algunos candidatos como ministros o a algún reparto de carteras[46].

En todo caso, esta discusión seguramente perviva en el futuro aunque, como se ha señalado, ello dependerá en gran parte de la actitud del Rey Felipe. Si éste mantiene la actitud institucional que ya caracterizó a su padre, el Rey Alberto, y deja por tanto que sean los políticos quienes protagonicen el debate político, institucional y constitucional, es de esperar «una suave evolución hacia una Monarquía más modesta. En el caso de que se resista a dicha evolución, pueden surgir fuertes y penosas tensiones entre la élite política y el Rey»[47].

C) *La aplicación práctica del modelo*

Evidentemente, y como se ha subrayado con anterioridad, el funcionamiento de este modelo ha de situarse en el contexto de un sistema parlamentario, como el belga, donde la formación de mayorías resulta cada vez más difícil, a causa de un sistema de partidos crecientemente fragmentado. En particular, en las últimas décadas las tensiones nacionalistas han afectado profundamente a la evolución del sistema de partidos, hasta el punto de que podría ponerse en duda si éste ha dejado de cumplir su función «agregativa» o «integradora» para convertirse en un elemento de desintegración, de tal intensidad que llega a cuestionar seriamente las posibilidades del Estado belga como proyecto político único.

En efecto, desde el siglo XIX hasta la década de los 1960 el sistema político belga estuvo básicamente dominado por unos partidos que se correspondían con las principales corrientes ideológicas existentes en el continente. Católicos (luego, democristianos, organizados desde la II Guerra Mundial en el PSC/CVP), liberales (PVV/PLP) y socialistas (PSB/BSP) constituyeron durante todo este tiempo Gobiernos, ya monocolores (sobre todo, democristianos) o ya, más frecuentemente, de coalición, según fórmulas diversas. Así, a inicios de la década de los cincuenta del siglo pasado, Maurice Duverger consideraba al sistema de partidos belga como un sistema unitario, multipartidista moderado (tripartidista), llegando incluso a compararlo en algún momento al británico[48]. Es más: el sistema

45 *Ibidem*.
46 *Ibidem*, p. 148.
47 *Ibidem.*
48 «Entre 1918 y 1935 era imposible hablar del bipartidismo inglés, ya que el pueblo británico estaba repartido realmente en tres grandes partidos. Hablar de ello hoy puede parecer arbitrario, sobre todo si se

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

belga llega a proponerse como ejemplo de que «la representación proporcional actúa… [de modo que] opiniones fuertemente arraigadas localmente tienden a extenderse al plano nacional» y, por tanto, «a reforzar la unidad nacional»: es lo que denomina «una especie de *nacionalización* progresiva de las opiniones *y de los partidos*», que «en Bélgica atenúa… la rivalidad de los flamencos y los valones, que correría el riesgo de ser exasperada por una vuelta al sistema mayoritario», el cual acentuaría «el carácter flamenquista del Partido Católico y la tendencia valonizante de los socialistas» transformando a ambos «en partidos autonomistas»[49].

Dos décadas más tarde, Giovanni Sartori consideraba a Bélgica como un sistema de pluralismo moderado, y baja fragmentación, aunque ya subrayaba su evolución: «durante por lo menos setenta años… [Bélgica] es el ejemplo más duradero y claro de un formato de tres partidos… Pero a partir de 1965 la pauta se hace más complicada. Es cierto que el grupo flamenco… ya era muy visible en 1939, pero hasta la segunda mitad del decenio de 1960 la división étnica y la crisis lingüística no habían irrumpido en la liza política. Desde 1968 no sólo ha aparecido el Partido Nacionalista Flamenco (*Volksunie*) como partido considerable, sino que una reacción francófona (valones y Bruselas) ha entrado en liza con una fuerza casi igual ¿Estamos presenciando, pues, una transición de un formato de tres partidos a otro de cinco…?» En todo caso, «hasta la fecha, los católicos, los socialistas y los liberales siguen jugando la partida gubernamental entre sí, exactamente igual que venían haciendo hasta ahora», por lo que «desde 1919… Bélgica ha estado gobernada casi exclusivamente por coaliciones bipartidistas alternativas». Lo cual no quiere decir «que la comunidad política belga vaya a, o pueda, perdurar en su forma actual… Hasta ahora, el conflicto lingüístico —y la ascendencia creciente e inevitable de la población flamenca— han producido una *reestructuración bicéfala* de los tres partidos tradicionales… Resulta difícil prever si estos arreglos van a durar, si al final resultará inevitable una solución federal y/o si un sistema de partidos más fragmentado acabará por destruir el modelo tripartito»[50].

Casi al mismo tiempo, en términos similares, Dieter Nohlen resaltaba el equilibrio político garantizado por los tres grandes partidos belgas, si bien alertaba de que «desde comienzos de los años 60» se multiplicaron las «crisis de gobierno», en parte por la «cada vez mayor importancia [de] la oposición entre flamencos y valones», contemplada ya como «una amenaza grave para la unidad del país y para el sistema político actual» al determinar «un corte longitudinal en los partidos». En consecuencia, advertía este autor, «será necesario esperar

considera a Bélgica como un régimen de multipartidismo, en el que la influencia liberal es apenas más poderosa que en Inglaterra: sólo el sistema electoral asegura al partido una representación parlamentaria sensiblemente más fuerte» (DUVERGER, M., *Los partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1987 [10ª reimpr. española; 1ª ed. francesa, 1951], p. 236).

49 *Ibidem*, p. 409 (las cursivas han sido añadidas).

50 SARTORI, G., *Partidos y sistemas de partidos, I*. Madrid, Alianza Editorial, 1987 (1ª reimpr.), pp. 163, 219 y ss, 232-234 (cursivas añadidas).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para ver en qué medida la federalización influye en los partidos y en la estructura del sistema de partidos»[51].

Cuatro décadas después, la respuesta a esa interrogante parece clara: «las controversias entre ambas comunidades lingüísticas y *la comunitarización* de la lucha política mediante el nacimiento de partidos etno-lingüísticos en cada una de las comunidades erosionando el apoyo electoral de los partidos tradicionales unitarios belgas, dieron lugar… a un conflicto de carácter cultural y económico entre dos comunidades enfrentadas»[52], que trató de encauzarse mediante las cuatro profundas «reformas del Estado» aprobadas entre 1970 y 1993.

En el concreto ámbito de los partidos políticos, este proceso de diferenciación etno-lingüística acabó por provocar la escisión de los tres grandes partidos tradicionales además de permitir el auge de grupos —generalmente, minoritarios, pero no marginales— vinculados a una de las comunidades. Por consiguiente, el sistema de partidos belga resulta hoy, en gran parte, de una mera yuxtaposición de dos subsistemas, el francófono y el flamenco. Ello, unido a la proporcionalidad del sistema electoral, ha provocado una creciente dificultad para conseguir mayorías de gobierno formadas, normalmente tras largos procesos de negociación, por cinco, seis o más partidos… y de escasa estabilidad.

En efecto, la observación de las últimas legislaturas belgas ofrece un primer dato reseñable: no han llegado agotar su período de mandato[53]. Algo que no parece extraño, dados los resultados electorales registrados en la última década. Así, las de 10 de junio de 2007 distribuyeron los 150 escaños de la Cámara de Representantes entre once listas: la mayor de ellas, una coalición formada, a su vez, por los democristianos flamencos (C-D&V) y un grupo nacionalista, Nueva Alianza Flamenca (N-VA) logró apenas un 18'5 % de los votos. Las otras diez obtuvieron tan sólo entre un 12'5 % y un 1'97 %, lo que da idea de la dificultad de configurar una mayoría absoluta[54].

Tres años después, el 13 de junio de 2010, la ruptura de esa coalición mayoritaria acentuó la fragmentación: la lista ganadora (N-VA) alcanzó solo un 17'40 % de los votos, y otras once oscilaron entre el 13'70 % de los Socialistas francófonos (PS) y el 1'29 % de una nueva formación de derecha francófona, el *Parti Populaire*[55].

51 NOHLEN, D., *Sistemas electorales del mundo.* Madrid, CEC, 1981, páginas 392-397.

52 GARMENDIA MADARIAGA, A., *La posible plasmación de la teoría del tercer miembro del Estado federal en el ordenamiento jurídico español.* Madrid, CEC, 2011, páginas 8 y 9 (cursivas añadidas).

53 «Los miembros de la Cámara de Representantes son elegidos por cinco años» (art. 65 de la Constitución belga).

54 http://elections2007.belgium.be/fr/cha/results/results_graph_etop.html. En cuanto al Senado, baste señalar aquí que los 40 senadores elegidos directamente pertenecían a esas mismas once formaciones. A ellos habían de unirse otros 34 senadores: 21 designados por los Parlamentos de las Comunidades, 10 cooptados por los propios senadores, y los senadores *de iure* (en ese momento, tres): «Los hijos del Rey o, en su defecto, los descendientes belgas de la rama de la familia real llamada a reinar, serán senadores natos al cumplir los dieciocho años de edad, si bien no podrán votar hasta cumplir los veintiún años, y no serán contados para el cómputo del quórum de asistencia» (artículo 72 C.B.).

55 http://elections2010.belgium.be/fr/cha/results/results_graph_CKR00000.html.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuatro años más tarde, el 25 de mayo de 2014, el nº de partidos parlamentarios ascendió hasta 13. El mayor (nuevamente, el N-VA) lograba alcanzar el 20'26 %; el último que accedió a la Cámara (también, de nuevo, el *Parti Populaire*), el 1'52 %. Entre uno y otro, cinco formaciones rondan el 10 % (del 11'67 del PS al 8'83 del sp.a); y otras seis reúnen entre el 1'8 y el 5'3 %[56].

En todo caso, la significación de esos datos se refuerza al considerar que, entre 2007 y 2014 no había en la Cámara ningún partido de ámbito nacional belga: sólo existían partidos flamencos[57] o francófonos[58], cada uno de ellos con apoyos casi exclusivamente procedentes de su comunidad lingüística[59]. Sólo en 2014 el «Partido del Trabajo de Bélgica», un pequeño partido de filiación comunista que opera como partido único de ámbito belga (aunque, debido a la organización electoral, concurre con la doble denominación de PVDA+/PTB-Go!) ha logrado acceder a la Cámara, logrando 2 escaños (ambos en la zona francófona), y algo menos del 4 % de los votos en el total nacional.

Obviamente, este panorama constituye un serio obstáculo para la formación de gobiernos estables y capaces de integrar proyectos políticos tan profundamente diferentes. Y ello explica que Bélgica haya establecido sucesivos *records* de duración en ese proceso.

Así, en 1988 el Gobierno Maertens VIII requirió de 148 días de negociaciones. Sin embargo, tras las elecciones de junio de 2007, el acuerdo para formar Gobierno exigió casi el doble (282 días, hasta marzo de 2008), e hizo necesario recurrir a casi todas las figuras anteriormente mencionadas. De este modo, el Rey Alberto II nombró primero, como *informador*, al líder de los liberales francófonos,

56 http://elections2014.belgium.be/fr/cha/results/results_graph_CKR00000.html.

57 Concretamente, a los representativos de las corrientes políticas tradicionales (por este orden, el democristiano C-D&V, el liberal Open VLD y el socialista sp.a) han de añadirse los ecologistas (*Groen*) y tres formaciones nacionalistas: la mayoritaria N-VA, el Vlaams Belang («Interés flamenco», resultado de la reconversión del «Bloque Flamenco», prohibido por la justicia belga en 2004, y considerado como un grupo «de extrema derecha xenófoba»: ASTIÉ, P., BREILLAT, D., LAGEOT, C., «Repères étrangers», *Pouvoirs*, nº 123, 2007, p. 160) y la «lista Dedecker».

58 Los liberales del *Mouvement réformateur*, el *Parti Socialiste*, el *Centre Démocrate Humaniste* y los ecologistas de Écolo, A ellos se sumó el *Front National* (en 2007); y, luego, el mencionado *Parti Populaire* (desde 2010). En 2014, también alcanzó representación el FDF (separado del MR en 2011, desde 2015 se denomina *DéFi*).

59 «El rompecabezas belga ha conseguido que Bélgica sea el único Estado federal en el mundo que no tiene *una* democracia. Tiene *dos*. Los francófonos votan partidos francófonos. Los neerlandófonos, por partidos neerlandófonos. Lo que supone la división de todas las familias políticas del país. La consecuencia es que el sur hace campaña electoral contra el norte, y en el norte se hace campaña electoral contra el sur. Al fin y al cabo, no se ganan votos en la otra comunidad (…) Ha bastado una generación para que se consoliden dos opiniones públicas distintas, cuando no opuestas. El norte, Flandes, siempre vota nacionalista y a la derecha. El sur, Valonia, siempre vota socialista y por un país federal y unido». Y este clima «no se crea de la noche a la mañana. Esta semilla ha crecido alimentada, sobre todo, por los partidos políticos, deseosos de ganar votos» (DE REGOYOS, J., «Bélgica: El laboratorio nacionalista de Europa», en *Cuadernos de pensamiento Político* FAES, nº 31, julio 2011, pp. 104-105 y 125). En conjunto, y respondiendo básicamente a la distribución de la población belga, el conjunto de los partidos flamencos recibe en torno al 60 % de los votos válidos emitidos, mientras los partidos francófonos no llegan al 40 %.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Didier Reynders[60]; posteriormente, como *mediador*, a Jean-Luc Dehaene, democristiano flamenco y antiguo Primer Ministro (1992-1999), con una «misión de mediación y negociación»; y finalmente, como *formador* de Gobierno, a Yves Leterme, líder de los democristianos flamencos y Ministro-Presidente de Flandes.

No obstante, los choques entre flamencos y francófonos provocaron que en agosto el Rey decidiera «suspender» el encargo confiado a Leterme como *formador*. Dos días más tarde, le encargó nuevamente iniciar «nuevos contactos» pero volvió a fracasar, por lo cual, el 30 del mismo mes el Rey encargó al Presidente de la Cámara de Representantes, el también democristiano flamenco Herman Van Rompuy, que asumiese una *mission d'exploration*, inaugurando así una nueva categoría que añadir a las ya conocidas. A continuación, el 29 de septiembre el Rey encargó por tercera vez a Leterme la formación de Gobierno… pero éste renunció de nuevo en diciembre. Se acordó entonces formar un «Gobierno interino», encabezado por el Primer Ministro en funciones, G. Verhofstadt, por un período de tres meses, durante los que siguieron nuevas rondas de negociaciones. Finalmente, el 20 de marzo de 2008 se anunció la firma de un acuerdo de Gobierno pentapartito[61], en cuya virtud el Rey, a propuesta del Primer Ministro en funciones, nombró Primer Ministro a Yves Leterme.

En todo caso, el acuerdo de gobierno tenía fecha de caducidad, ya que los partidos flamencos establecieron ese mismo verano como fecha límite para llegar a acuerdos sobre la reforma del Estado, o la reforma institucional[62]. Y la imposibilidad de alcanzarlos llevó al Primer Ministro a presentar su renuncia al Rey quien, por su parte, y tras celebrar diversas consultas, decidió no admitirla, pidiéndole «que promueva al máximo las oportunidades de diálogo» institucional, para lo cual encargó a tres personalidades la misión de «examinar de qué manera pueden ofrecerse garantías para entablar de manera creíble» este diálogo[63].

De cualquier modo, la inestabilidad intrínseca al sistema no había desaparecido: pocos meses más tarde (en diciembre de 2008) se formó un nuevo Gobierno

60 Ministro de Finanzas en el saliente Gobierno encabezado por el también liberal, pero flamenco, Guy Verhofstadt. Un relato más detallado de este proceso y de sus circunstancias puede verse en nuestra crónica, ya citada, «Actualidad política y constitucional…», *TRC*, 22, 2008.

61 Formado por democristianos flamencos (sin su socio nacionalista, que se negó a unirse a esta coalición) y valones, liberales de ambas Comunidades, y —la relativa sorpresa— los socialistas francófonos, cuya presencia rompía con la paridad de fuerzas tradicional en Bélgica.

62 *Vide El País*, 14 y 15 de julio de 2008, que la considera «el auténtico conflicto en el que se encuentra enzarzado el país».

63 Comunicado de Palacio del 17 de julio de 2008 (las citas proceden de *Le Monde.fr* y *Libération.fr* del 17 y 18 de julio). En cuanto a esas tres personalidades, eran dos francófonos (un diputado liberal de Bruselas, y un eurodiputado centrista) y el Ministro-Presidente, socialista, de la pequeña comunidad germanófona. Su misión era la de preparar el terreno para la «reforma del Estado», y su llamativa extracción —concretamente, la ausencia de miembros flamencos— se explicaba, al parecer, porque el partido democristiano flamenco de Leterme (mayoritario en Bélgica y, por tanto, referencia inexcusable para formar mayorías) habría exigido a los francófonos que planteasen iniciativas para convencer a la mayoría flamenca de su voluntad de diálogo y reforma.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

encabezado por otro democristiano flamenco, Herman Van Rompuy, que duró hasta noviembre de 2009, cuando su Primer Ministro fue designado Presidente del Consejo Europeo. En definitiva, y un año antes del final de la Legislatura, las nuevas elecciones de junio de 2010 alumbraron la situación parlamentaria ya descrita, que abrió un nuevo proceso de negociaciones que se alargaría más de un año: concretamente, 541 días hasta que, en diciembre de 2011, se consigue un acuerdo de Gobierno.

Naturalmente, durante todo este tiempo volvieron a sucederse todo tipo de iniciativas[64]:

— tras las pertinentes consultas, el 17 de junio el Rey nombró como *informador* al nacionalista flamenco Bart de Weber, líder del partido mayoritario (N-VA), cuyo informe concluía que no había bases para formar un Gobierno. Por tanto, el Rey le retiró el encargo; y
— el 8 de julio designó como *préformateur* al líder socialista francófono Elio Di Rupo, que había obtenido la victoria en Valonia. Éste renuncia el 29 de agosto, pero el Rey no admite la renuncia en primera instancia.
— Poco después, el 4 de septiembre, le retira esta misión, encargando a los Presidentes de ambas Cámaras como *médiateurs («mission de médiation»).*
— Ante las dificultades en las negociaciones, el 8 de octubre el Rey designa nuevamente a De Weber, esta vez como *clarificateur («mission de clarification»)* de ciertos aspectos. Su informe es considerado inaceptable por los partidos francófonos, por lo cual
— El 21 de octubre el Rey designa como *conciliateur royal* (*«mission de conciliation»)* al socialista flamenco Johan Vande Lanotte quien, tras varios intentos infructuosos, y otras renuncias previas, finalmente presenta su dimisión el 26 de enero de 2011.
— El 2 de febrero el Rey nombra como *informateur* al liberal francófono Didier Reynders[65]. Éste presenta su informe un mes más tarde.
— A continuación, es el Presidente de los democristianos flamencos, Wouter Beke, quien es nombrado *médiateur («mission de médiation»)*.
— El 16 de mayo, Elio Di Rupo le sucede, como *formateur*, con el encargo de formar Gobierno. El 4 de julio presenta un documento que habría de

64 Sobre este período, pueden encontrarse aún interesantes crónicas recapitulatorias en medios belgas *La libre Belgique* (http://www.lalibre.be/actu/politique-belge/541-jours-en-19-dates-cles-51b8dd94e4b0de6db9c3db3f; https://www.rtbf.be/lapremiere/article/detail_revue-de-presse-tous-vos-journaux-sont-focalises-sur-di-rupo-1er?id=7195773&redirect) o franceses (http://www.parismatch.com/Actu/International/Belgique-541-jours-de-crise-et-enfin-un-gouvernement-150587); y un amplio volumen de información y enlaces en la utilísima —aunque no siempre fiable— *Wikipedia* (https://fr.wikipedia.org/wiki/Crise_politique_belge_de_2010-2011#cite_note-31).

65 Y ese mismo día, dada la duración de la crisis, solicita al Primer Ministro en funciones (todavía Y. Leterme) que presente al Parlamento un Presupuesto para 2011 y adopte las disposiciones necesarias para responder a las exigencias europeas en materia de política presupuestaria y reformas estructurales.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

servir de base para las negociaciones, y que es inmediatamente rechazado por los nacionalistas flamencos. Tras varios meses de negociaciones, pese a la presión de la Unión Europea y de los mercados financieros, renuncia el 21 de noviembre; pero

— Ante la degradación de sus *ratings* financieros y el aumento de la prima de riesgo belga, los seis partidos de las tres «familias políticas» tradicionales llegan a un principio de acuerdo, por lo que el Rey encarga nuevamente a Di Rupo formar un Gobierno tan rápidamente como sea posible (26 de noviembre).

— Finalmente, el acuerdo entre los partidos se publica el 2 de diciembre, y el nuevo Gobierno presidido por Di Rupo, altamente continuista respecto al anterior, obtiene la confianza de la Cámara de Representantes el 10 del mismo mes: Bélgica no tenía un Primer Ministro francófono desde 1979 (E. Leburton); ni uno originario de Valonia desde 1974 (P. Vanden Boeynants).

Afortunadamente, el proceso no se repetiría tras las siguientes elecciones, celebradas el 25 de mayo de 2014. En esta ocasión fueron necesarios «solo» cuatro meses y medio de negociaciones para acordar la formación de un Gobierno con una configuración inédita hasta la fecha: presidido por el liberal (otra vez) francófono Charles Michel, y formado por miembros de otros tres partidos, todos ellos flamencos y amplísimamente mayoritarios[66]. En esta ocasión, el Rey nombró como *informateur* a Michel, quien —tras varias prórrogas en su misión— presentó su informe final el 22 de julio. Ese mismo día, el Rey le designó —junto con el Presidente saliente de Flandes y hoy vicepresidente belga, el líder democristiano flamenco Kris Peeters— como *formateurs*, encomendándoles la «*mission de formation*» de un nuevo Gobierno federal, que finalmente pudo nombrarse en octubre[67].

Por consiguiente, y en virtud de la mencionada regla constitucional de la paridad entre Ministros francófonos y flamencos, la mitad de los Ministros —incluyendo a su Presidente— son miembros del MR (partido minoritario de la coalición), y los otros siete (además de los cuatro Secretarios de Estado, a los que no afecta esta regla) de los tres partidos flamencos. Una composición, pues, no sólo inédita, sino incluso improbable y tendencialmente inestable[68]… para un

66 El *Mouvement Réformateur* del Primer Ministro consiguió un 9'64 % de votos y 20 escaños; resultados pues inferiores a los de *cada uno* de los tres partidos flamencos de la coalición (N-VA, CD&V y Open VLD), que sumaron el 41 % (20'4, 10'85 y 9'8, respectivamente) y 65 escaños (33, 18 y 14).

67 https://www.rtbf.be/info/belgique/detail_charles-michel-decharge-de-sa-mission-kris-peeters-est-au-palais?id=8320221.

68 Y así, las tendencias nacionalistas de algunos ministros se hicieron patentes ya en el acto solemne de su juramento: véase http://www.elmundo.es/internacional/2014/10/11/54396c6be2704e5e6d8b457e.html. De ahí que no resulte extraño que popularmente se conociese esta coalición con el expresivo sobrenombre de «coalición kamikaze».

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Gobierno explícitamente centrado en aspectos socio-económicos, y que trata de evitar más debates territoriales e institucionales. Circunstancias que, dicho sea de paso, seguramente contribuyen a explicar algunos acontecimientos recientes, poco explicables desde España.

IV. CONCLUSIÓN: UN MODELO MUY DISCUTIBLE, Y NO IMPORTABLE

A la vista de cuanto hasta aquí se ha expuesto, y en particular de la mera enunciación de todas las vicisitudes que rodean la formación del Gobierno en Bélgica, resulta difícilmente sostenible que este modelo (como el holandés, del que tampoco se diferencia mucho en algunos aspectos pese a la reforma de éste) sea más eficaz que el español, u otros concebibles.

Desde una perspectiva más general, los datos apuntan también que los elementos comunes entre las Monarquía parlamentarias belga y española encuentran claros límites derivados de las diferentes circunstancias y prácticas políticas, que —como es lógico— constituyen los principales condicionantes para formar mayorías en los sistemas representativos. Y, en cuanto a la concreta cuestión que aquí más nos interesa, revela que las (por otra parte, escasas) voces que en España parecen reclamar (muy tímidamente, como se ha visto) una mayor implicación de la Corona en el proceso de formación de mayorías parlamentarias y gubernamentales no son seguramente conscientes de que modelos que así lo prevén, como el belga, son difícilmente importables.

Y ello no sólo por la antedicha razón de eficacia. Sino, sobre todo, porque esa mayor implicación (o «margen de impulso») puede llegar a poner en riesgo la posición *super partes* del Monarca, en tanto aparezca vinculado a los mismos y, por tanto, a su eventual éxito o fracaso. De ahí que el debate sobre este punto en Bélgica siga más bien la tendencia contraria, que es por otra parte la más ajustada a la evolución de la Jefatura del Estado —especialmente, de la Monarquía— en los sistemas parlamentarios, hasta concluir que «si, en un futuro próximo, una reforma constitucional estableciese [en Bélgica] una Monarquía verdaderamente simbólica, ello no supondría una revolución, sino la confirmación de una prolongada evolución»[69].

***

TITLE: *The Crown´s role in the appointment of the Belgian Prime Minister: a not importable model*

ABSTRACT: *Alter the failure to build a parliamentary majority and the need to hold new elections in Spain in 2016, certain social and political sectors have pointed out the convenience of reviewing the Spanish*

69 POPELIER, P., LEMMENS, K., ob. cit., p. 179.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

procedures for appointing a new Government. In particular, the role of the King has been analysed, trying to suggest new formulae capable of granting stability and surmounting the political fragmentation which resulted from the last general elections. The paper focuses mainly on the Belgian model for appointing a government, which reserves an important role for the King. It tries to show that, taking into account not only the —formal and informal— rules, but also the political practice, the Belgian model does not appear at all as more efficient than the Spanish one. And, what is more important from a systemic point of view, it allows a deeper debate on the political and institutional position of the Head of the State.

Resumen: *Tras la incapacidad de construir una mayoría parlamentaria y la necesidad de convocar nuevas elecciones en España en 2016, ciertos sectores sociales y políticos señalaron la conveniencia de revisar los procesos de investidura. En particular, se hizo hincapié en el papel del Rey, tratando de sugerir nuevas fórmulas capaces de otorgar estabilidad y superar la fragmentación política resultante de las últimas elecciones generales. El presente estudio se centra principalmente en el modelo belga, que reserva un papel importante para el Rey, alcanzándose la conclusión de que este modelo no presenta una mayor eficiencia política que permita pensar en tratar de trasladar a nuestro sistema algunas de sus previsiones.*

Key words: *Government. Head of State. Parliamentary system.*

Palabras clave: *Gobierno. Jefe de Estado. Sistema parlamentario.*

Fecha de recepción: *21.12.2017* Fecha de aceptación: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA FISCALÍA ESPAÑOLA, ¿DEBE SER UNA INSTITUCIÓN INDEPENDIENTE?

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO

I. Introducción. II. La Fiscalía General del Estado, ¿orgánicamente dependiente del Gobierno, o independiente? III. El Ministerio Fiscal en el proceso penal, ¿funcionalmente instructor y parte acusadora, o sólo parte acusadora? IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Trato a continuación dos temas relativos al Ministerio Fiscal español que, además de gozar de una gran actualidad, se suelen presentar separados, pero que tienen más relación entre sí de lo que se piensa: El primero afecta a los principios básicos de organización de la Fiscalía en España, más en concreto, a si el Ministerio Fiscal como institución pública es, o mejor, si debe ser independiente; el segundo; a si la configuración orgánica que hayamos decidido al tratar el aspecto anterior tiene como consecuencia funcional que el Ministerio Fiscal no instruya, o, al contrario, sí deba instruir, la fase preparatoria del proceso penal dirigiendo la investigación procesal del crimen e instruyendo formalmente las causas criminales.

Ambas cuestiones, la orgánica y la funcional, están en mi opinión estrechamente relacionadas. No descarto por ello una visión constitucional, clara en España por otra parte, en el sentido que la Fiscalía es una institución procesalmente omnipresente en todos los órdenes jurisdiccionales y ante todos los Tribunales reconocidos por la Constitución (con excepción de los consuetudinarios), porque en todos ellos debe defender la legalidad y velar por el respeto a los derechos de los ciudadanos, de acuerdo con el art. 124 de la Constitución española —en adelante abreviada CE— de 1978.

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 157-184

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tampoco descarto algún apunte de Derecho comparado, con una posición mayoritaria diáfana en los países de nuestro entorno cultural como se verá *infra*, para una mejor comprensión.

Estos temas están afectando a la Fiscalía española de manera insistente, provocando turbulencias severas, pues a día de hoy ciertos sectores la contemplan como órgano político y no quieren que lo sea, y le están dando avisos de que le va a tocar instruir el proceso penal, que no acaban de concretarse, siendo posible imaginar que tampoco quiera hacerlo.

Pero vayamos por partes. Ante todo, caracterizan legalmente a la Fiscalía española los siguientes aspectos:

1º Es un órgano constitucional (el art. 124 CE, y el art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal —en adelante abreviado EOMF— de 1981, lo califican como órgano «de relevancia constitucional»).

2º Es un órgano jurídico, porque como hemos visto tiene como misión principal constitucional defender la legalidad.

3º Además de ser un órgano jurídico, hay base jurídica suficiente para considerar también una cierta naturaleza política en la institución. Obviamente, no nos referimos a que la Fiscalía haga política o a que participe del juego político democrático. Esto es inimaginable en España. Muy al contrario, si lo calificamos de parcialmente político es porque, aunque goce de «personalidad jurídica propia» y se integre en el Poder Judicial «con autonomía funcional» (frase poco clara del art. 2.1 EOMF, que entiendo se refiere a marcar la distinta naturaleza por la función del Fiscal respecto al Juez), su jefe, el Fiscal General del Estado, es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 124.4 CE), eligiéndose entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (art. 29.1 EOMF). Y ello hace que la esencia de la institución —su origen— sea de naturaleza política y nadie puede negarlo, creo honradamente que ni siquiera se puede discutir.

4º Goza de dos legitimidades democráticas, pero ciertamente taimadas: Se requiere previo al nombramiento del Fiscal General del Estado un informe del Consejo General del Poder Judicial, no vinculante (art. 124.4 CE); y debe someter su programa de actuación por 4 años al Congreso de los Diputados, que valora los méritos e idoneidad del candidato (arts. 29 y 31.5 EOMF). No es anecdótico que, una vez nombrado y prestado juramento o promesa ante el Rey, tome posesión de su cargo ante el Pleno del Tribunal Supremo (art. 29.3 EOMF).

5º Constituye una administración autónoma, con órganos propios, organizada conforme a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica (art. 124.2 CE), incardinada presupuestariamente en el Ministerio de Justicia (v. por ejemplo, art. 72 y DA-2ª EOMF), órgano político que conoce de los recursos en la vía previa administrativa (art. 67.3 EOMF), y que además —el Gobierno a su través— desarrolla reglamentariamente el Estatuto propio (DF-1ª EOMF).

6º El Ministerio Fiscal actúa con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (principio de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legalidad), y con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados (principio de imparcialidad), en el ejercicio de sus funciones (arts. 6 y 7 EOMF). El término «independencia» aplicado a la Fiscalía es perturbador y es uno de los que provoca la discusión que vamos a tratar enseguida.

7º Cada órgano jurisdiccional tiene atribuida una fiscalía, desde el más ínfimo al más alto, tanto si se trata de un órgano ordinario como especial (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y tribunales militares especialmente).

8º El Gobierno, y en especial el Presidente del Gobierno, puede ordenar al Fiscal General del Estado determinada actuación en defensa del interés público (por ejemplo, persecución penal, acusación, o petición de sobreseimiento), y éste debe obedecerla, bien directamente, bien trasladando la orden al Fiscal del caso (art. 8 EOMF). Es cierto que la literalidad afirma que: «El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público», por tanto, no habla de ordenar, sino de «poder interesar», pero en la práctica hasta ahora cuando el Estado ha interesado del Fiscal General del Estado una actuación, éste ha cumplido el interés como si fuera una orden[1].

Esta norma es otra de las que provoca que para una opinión muy fundada la configuración de la Fiscalía española sea clara, en lo que afecta a su cúpula al menos, la Fiscalía General del Estado: Órgano políticamente dependiente del Gobierno[2].

9º Y el Fiscal General del Estado, por el principio de jerarquía, puede impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones que fueren convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (art. 25, I EOMF). También puede avocar asuntos y sustituir a fiscales designados si se cumplen las limitaciones legales establecidas en el art. 23 EOMF.

10º La corrección jurídica de la orden del Gobierno debe ser analizada por la Junta de Fiscales de Sala: El Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las

1 Lo he podido comprobar en una investigación muy compleja sobre un delito ecológico muy grave al norte de mi tierra: El Gobierno «instó» a la FGE la no persecución de una parte imputada (un empresario clave en la economía española), y el Fiscal del caso sumisamente «acató» la instancia que le trasladó su superior. Por cierto, esa «instancia» nunca apareció en la documentación de la causa. Vid. Gómez Colomer, J.L. / Esparza Leibar, I., *La persecución procesal penal del delito ecológico. Análisis de un caso real, Els Ports et alii versus Endesa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 43. Y hay muchos casos más, que por ser públicos y notorios, no hace falta citar aquí.

2 Y ha motivado que, aunque aquí se refiere a la lucha contra la corrupción, el Grupo GRECO del Consejo de Europa haya propuesto, en su «Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors», Interim Compliance Report Spain, de 3 de enero de 2018, Recomendación IX, numeral 63, pág. 10, publicado en https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680779c4d, para garantizar una mayor autonomía de la Fiscalía, que las relaciones entre el Gobierno y el Fiscalía General del Estado se realicen de una manera transparente, por escrito y con una publicidad adecuada.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada (art. 8.2, II EOMF). De modo que en teoría la orden del Gobierno puede ser rechazada.

11º Es cierto que ningún fiscal está obligado a cumplir una orden ilegal del Fiscal General, ni mucho menos órdenes externas a la propia Fiscalía, por ejemplo, del Ministro de Justicia (v. arts. 27 y 55, II EOMF), sometiéndose al procedimiento interno establecido en esa norma para no obedecerla.

12º El Fiscal es co-jefe de la Policía Judicial, junto con el Juez Instructor (art. 126 CE y art. 4.4 EOMF, a los que hay que sumar las pertinentes disposiciones de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y normas complementarias).

13º Finalmente, el Fiscal en España no instruye el procedimiento preliminar judicial (salvo excepciones que veremos más adelante, poco relevantes atendido el conjunto del sistema, pues es competencia de un órgano judicial, el Juez Instructor, sino que es parte acusadora promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad (art. 124.1 CE), aunque con ciertas ventajas importantes respecto a las partes acusadoras no públicas si las hubiere (la víctima como acusadora particular; y el español no ofendido por el delito, como acusador popular, art. 125 CE). En su concreción, ejercita «las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas» (éstas suprimidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), o se opone «a las ejercitadas por otros, cuando proceda» (art. 3.4 EOMF).

II. LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, ¿ORGÁNICAMENTE DEPENDIENTE DEL GOBIERNO, O INDEPENDIENTE?

A la vista de estas trece características de la Fiscalía española, debemos abordar la primera cuestión: ¿Es independiente la Fiscalía española del Gobierno? Si no lo es, ¿debe serlo?

Ante todo, debo precisar dos cuestiones importantes:

Primera, que me centro en el ámbito penal de la Fiscalía española. No ignoro los demás ámbitos, pero la mayor trascendencia está en el orden jurisdiccional penal, y a él dedico mi reflexión.

Segunda, debo explicar igualmente qué entiendo por independiente en esa pregunta. El art. 124.2 CE y el art. 2.1 EOMF dicen que la Fiscalía debe actuar conforme al principio de imparcialidad, y la imparcialidad es la nota esencial de la Jurisdicción, del Poder Judicial, en suma, del Juez. Por eso la propia Constitución no ha predicado del Fiscal la independencia, y en cambio sí lo ha hecho del Juez (art. 117.1 CE). Sin embargo, el art. 7 EOMF dice que «por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.»

Esto es un error grave. En efecto, si por independencia entendemos la sujeción del juez únicamente a la ley, y por imparcialidad la posición de ajenidad

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

respecto al conflicto entre las partes (Estado y acusado) provocado por el delito, el Fiscal no es independiente, ni puede serlo nunca. Primero, porque, aunque el Fiscal esté sometido al principio de legalidad, el interés público le permite una interpretación amplia respecto a la ley aplicable escogiendo aquella que sea más favorable a su posición, y segundo porque al ser parte acusadora, no puede ser imparcial, sino que debe ser parcial, promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad, o lo que es lo mismo en el caso del proceso penal, acusando como parte actora[3]. La independencia por tanto, queda reservada al Poder Judicial como su característica más esencial, de hecho como principio básico de su constitución, y nunca al Ministerio Fiscal.

Otra cosa es que el Fiscal sea objetivo, esto nada tiene que ver con la independencia, y es predicable de cualquier funcionario público (art. 103.1 CE)

La doctrina que afirma que el Fiscal es independiente, recogida en nota en este escrito, contraargumenta afirmando que:

a) No hay que confundir al Fiscal General del Estado con los Fiscales, pues aquél es de designación política, pero éstos no y, por tanto, son independientes. Se separa por tanto al Fiscal General del Estado (art. 12, a) EOMF) de los demás Fiscales a él subordinados (arts. 22 y 23 EOMF), porque el jefe no es el único representante, representantes lo son todos. De esta manera, el carácter político no afecta a los Fiscales, sólo al Fiscal General del Estado. Pero en tanto exista una posibilidad de que el Fiscal General pueda transmitir un interés del Gobierno para que se cumpla, el riesgo existe, es evidente, y se trata de que no exista.

b) Que hay una dependencia *ad intra*, es decir, en su organización funcional al estar sometidos al principio de jerarquía, y otra *ad extram*, en su actuación diaria ante los tribunales, en la que prima la legalidad. Conforme a ella, el Fiscal, todos los fiscales, son independientes porque en relación con el caso concreto se está en posición de ajenidad, de manera que qué posición procesal ocupe el fiscal no es determinante de la imparcialidad. Pero esto en realidad califica la imparcialidad, no la independencia.

c) Que los Fiscales están sometidos como los jueces al mandato legal y solamente a la ley. Sí, pero con una diferencia esencial: No deciden conflictos con carácter irrevocable. Por tanto, el concepto no es el mismo, porque también los funcionarios de la Administración están sometidos sólo a la ley, aunque ciertamente, también de forma distinta los funcionarios a los fiscales, porque no es lo mismo actuar legalmente que defender la legalidad (v. art. 103.1 CE, y art. 1.2, c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).

Son argumentos importantes, pero discutibles (como en realidad lo es todo el Derecho, probablemente su principal atractivo), y alguna crítica hemos

3 Las *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana en 1990, nunca hablan de independencia del Fiscal, sino de imparcialidad.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

formulado ya. Debe quedar claro que no estoy pensando en las Circulares, Instrucciones y Consultas que emite la Fiscalía General del Estado, perfectamente legales, porque favorecen internamente una posición coherente de la Fiscalía en todos los casos y porque no vinculan al juez en sus decisiones cuando el Fiscal las alega en su argumentación[4].

En ningún caso se pretende afirmar que el Fiscal, al no ser independiente, pueda ser arbitrario, injusto o autoritario, o que pueda actuar impunemente de esta manera, en absoluto. Su sujeción al principio de legalidad debe garantizar, y estoy seguro que garantiza en la práctica, que el trabajo de los Fiscales sea el que la Sociedad espera: Justo, objetivo, equilibrado y ajustado a la legalidad. Pero los Fiscales no deciden, sino que instan la decisión, que sólo corresponde a los Jueces, con lo cual el concepto «independencia» les debe ser necesariamente ajeno, y si esto parece demasiado radical, que no lo es, estamos al menos manejando dos conceptos de independencia, lo que no es procesalmente fructífero porque genera confusión.

Por tanto, en mi opinión, el concepto de independencia que aquí estoy usando se refiere exclusivamente a la posición de sujeción a la ley de un órgano público como único fin de su actividad. En este sentido la Fiscalía española ni es, ni debe ser independiente, pues, aunque esté sujeto a la legalidad vigente, la aplicación de la Política Criminal del Estado[5], le permite ladear límites mucho más amplios y difusos (por ejemplo, no acusar existiendo delito, por aplicación del principio de oportunidad reglada, que por serlo implica sometimiento a la legalidad, pero que esencialmente conlleva una buena dosis de discrecionalidad).

Esta opinión queda reforzada al observar cómo se ha resuelto el tema de la dependencia jerárquica ente el Gobierno y la Fiscalía. Ya lo hemos apuntado (art. 8 EOMF): El Gobierno, y también el Presidente, pueden instar al Fiscal General cualquier actuación basada en el interés público, que generalmente coincide con el interés social. Éste sólo puede negarse a cumplirla si su Junta de Fiscales entiende que es incorrecta jurídicamente. Esta posibilidad no negaré que sea real[6], pero pensar que vaya a ocurrir es casi una ingenuidad, además de ser estadísticamente

4 Tampoco estoy pensando en la «orden» del art. 956 LECRIM, porque nada tiene que ver con lo que estamos tratando y además está en desuso por no corresponderse con la reforma de la revisión de 1992. El Ministerio se limita hoy a solicitar opinión y el Fiscal a darla. La legitimación es ahora la del art. 955 LECRIM.

5 Sin entrar en detalles, es muy difícil observar una Política Criminal clara y coherente en los Gobiernos de la democracia en España, porque no se expone como tal. Si por Política Criminal entendemos las razones que hay detrás de cada Ley, eso no es Política, sino motivación singularizada. Con lo cual difícilmente se puede afirmar con seriedad que la Fiscalía ejecuta la Política Criminal del Gobierno, aunque teóricamente sea correcto. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría* (2ª ed.), Trotta, Madrid 2013, págs. 18 y ss.; y, del mismo autor, *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Buenos Aires 2007, págs. 79 y ss.

6 Se solicitó a mitad de 2017 la desobediencia del Fiscal General del Estado a una orden del Ministerio de Justicia, ante la improvisada implantación del proyecto papel-cero para la Administración de Justicia, al considerar las dos asociaciones de fiscales principales en España que todavía no se estaba preparado para la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

irrelevante. ¿Cree alguien de verdad que el extenso equipo de juristas y asesores que tiene el Ministerio de Justicia va a avalar que el Gobierno formule una petición al Fiscal General jurídicamente incorrecta, es decir, ilegal?

O sea, parece que sí pero no, aunque no se engañen, es que sí, a saber y con todos los matices que se quieran, el Fiscal español es (sin duda en lo penal) dependiente políticamente del Gobierno.

Hay otra razón más profunda, dogmáticamente irreprochable, que hace referencia a todo el sistema. Pero antes de entrar en ella me permitirán que les ofrezca ahora un apunte de Derecho comparado, centrándome en los países de mayor influencia jurídico-procesal penal en España, para que no nos rasguemos farisaicamente las vestiduras, en donde se verá que en ningún país de los que influyen en nuestra legislación, salvo Italia, la Fiscalía es independiente[7]. Insisto en que me centro en la jurisdicción penal:

A) **Alemania**

La principal autoridad acusadora, única en la mayoría de los casos, en el proceso penal alemán es el Ministerio Fiscal, órgano jerárquicamente estructurado (no independiente), cuyos miembros deben acatar las órdenes propias del servicio de su superior (§ 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial alemana —abreviada GVG—), actuando en representación del primer funcionario de la Fiscalía, en el caso de existir varios miembros (§ 144 GVG)[8].

El Ministerio Fiscal, la Fiscalía, es una autoridad de la Administración de Justicia, una autoridad autónoma dentro de la misma[9].

Su origen es propio, pues nace en el siglo XIX en Prusia, no por influencia francesa, sino para que el Poder Político pudiera controlar a los jueces en la aplicación de la ley, cuya arbitrariedad en muchas ocasiones era manifiesta, permitiendo,

Justicia digital y que el Fiscal General actuaba en este tema, que había paralizado la Justicia, como un cargo sumiso al Ministerio de Justicia. No prosperó. Puede verse en la prensa posterior al 10 de julio de ese año.

7 Han estudiado el aspecto comparado: Conde-Pumpido Ferreiro, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 21 y ss.; Marchena Gómez, M., *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1992, págs. 43 y ss.; Martínez Dalmau, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Ed. Tirant lo Blanch – Universitat de València, Valencia 1999, págs. 51 y ss.; López López, A.M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Ed. Colex, Madrid 2001, págs. 25 y ss.

8 No es autoridad judicial porque el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido por el art. 92 de la Constitución alemana -abreviada GG-, por la sujeción jerárquica a las disposiciones del superior, y por la falta del efecto de cosa juzgada en sus resoluciones, v. Roxin, C. / Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht* (29ª ed.), C.H. Beck, München 2017, pág. 56. Prescindimos de referencias bibliográficas concretas con relación a la figura del Fiscal alemán, por no ser necesarias dadas las características de esta aportación. *Vide* en ese libro citado las págs. 52 y 53 para una profundización adecuada.

9 Sobre la historia de este órgano en Alemania, v., breve pero claramente, Zipf, *Strafprozeßrecht* (2ª ed.), Walter de Gruyter, Berlin-New York 1977, págs. 42 a 44. Extensamente, Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3ª ed.), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1995, págs. 330 a 332.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por ejemplo, que el Fiscal pudiera recurrir sus decisiones de sobreseimiento o sus sentencias ante tribunales superiores. Hoy, la organización de la Fiscalía alemana depende en buena parte de ser Alemania un Estado federal, como es lógico, lo que marca particularidades y diferencias importantes con otros sistemas jurídicos, entre los que se encuentra el español. Interesa a nuestros efectos destacar las siguientes cuestiones organizativas del Ministerio Fiscal alemán[10]:

a) Los Fiscales en Alemania han de tener la misma capacidad que se exige para ser Jueces (§ 122, ap. 1 de la Ley de los Jueces alemanes —abreviada DRiG—), pero no pertenecen al Poder Judicial, del que son independientes (§ 150 GVG), ni pueden realizar ninguna de las tareas que la Ley encomienda a los Jueces (§ 151 GVG).

b) Los Fiscales son funcionarios públicos (§§ 144 y 148 GVG), razón por la que no gozan de los principios políticos propios del Poder Judicial, básicamente no son independientes, como indicamos *supra*, estando obligados a seguir las órdenes del Fiscal superior (§ 152 GVG).

c) Con base en la jerarquía antedicha, la Fiscalía constituye una autoridad organizada del siguiente modo: En Alemania el Jefe superior es el Fiscal General Federal. De acuerdo con el § 149 GVG, es nombrado por el Presidente de la República a propuesta del Ministro Federal de Justicia, en realidad es propuesta de todo el Gobierno encabezado por su *Bundeskanzler*. Es necesaria la previa aprobación del nombramiento por el Senado —*Bundesrat*—. El Gobierno puede cesar al Fiscal General Federal[11]. Su naturaleza claramente política es compensada con la gran confianza pública que existe en la institución.

d) El Fiscal General Federal es quien actúa como Fiscal ante el Tribunal Supremo Federal, en donde cuenta con la ayuda de varios Fiscales Federales; siguen los Fiscales de los Tribunales Superiores del Land, con su jefe a la cabeza; y los Fiscales de los Tribunales del Land, también con su propio jefe de la Fiscalía; además, para finalizar, existen los Fiscales de los órganos judiciales inferiores (§§ 142 y 142a GVG). Su estructura responde, por tanto, como es lógico, a la de los Juzgados y Tribunales alemanes, pues de acuerdo con el § 141 GVG, ante cada Tribunal deberá existir una Fiscalía, incluso con conexión territorial entre ambos (§ 143 GVG)[12].

e) El Fiscal General Federal no es sólo un cargo político que preside una organización administrativa, sino que también debe ejercer la acción pública en

10 No sólo estatal, sino también de los *Länder*, v. §§ 141 a 152 *GVG*, y, sobre ellos, WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6ª ed.), C.H. Beck, München 1987, págs. 293 y ss., y PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), C.F. Müller, Heidelberg 1985, págs. 160 y ss.

11 Y recientemente así ha sucedido. El día de 4 de agosto de 2015 la *Bundedskanzlerin* Dr. Angela Merkel ha cesado al Fiscal General Federal Dr. Harald Range, por fuertes desavenencias en una investigación por alta traición de un blog periodístico.

12 Véase NIEVA FENOLL, J., «El Ministerio Fiscal en Alemania», *Revista Justicia* 99, núm. III-IV, págs. 595 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

caso de haberse producido uno de los graves hechos punibles señalados en el § 142a GVG, v.gr., delitos contra los órganos constitucionales del Estado, traición, etc., por tanto, con obligaciones funcionales específicas (v. § 145 GVG).

Tampoco es una autoridad administrativa pura, porque su actividad no se deriva de las exigencias de la Administración, no está orientada hacia las mismas, sino hacia la Verdad y Justicia.

B) **Italia**

El caso italiano es distinto al español y al alemán (en realidad a todos los demás, porque es único). Los fiscales son magistrados, pero no son Poder Judicial. Jueces y fiscales forman parte del mismo cuerpo, tienen el mismo estatuto jurídico y ambos son gobernados por el *Consiglio Superiore della Magistratura* (art. 107 de la Constitución italiana —en adelante CI— de 1947), que es presidido por el Presidente de la República (art. 104 CI)[13].

Pero que magistratura y fiscalía estén desde el punto de vista orgánico unificados no significa que se confundan sus roles procesales, pues las funciones son lo que distingue a ambas. Si se tiene capacidad constitucional de juzgar, se es juez, es decir, Poder Judicial; si no se tiene la facultad constitucional de juzgar, sino de instar el juzgamiento, entonces se es fiscal, es decir, *Pubblico Ministero*. Por eso se habla de Magistratura decidente (el juez), y de Magistratura requirente o postulante (el fiscal). El paso de una función a otra está regulado en el art. 190 de la Ley del Ordenamiento Judicial de 1941, reformado en 1988.

Bajo esta organización no es posible la existencia de un Fiscal General de la República nombrado por el Gobierno, ni por el Parlamento. No existe en consecuencia en Italia esta figura, lo que de entrada significa que los peligros de su jerarquización son menores. Y, por tanto, que el fiscal italiano no tiene ninguna posibilidad de ser influenciado por el Gobierno en el ejercicio de la acción penal.

El Fiscal es autónomo en el ejercicio de sus funciones (no independiente). La Policía Judicial depende de él (arts. 57 y 59.3 del Código Procesal penal —abreviado CPP—, art. 11 Ley 1 abril 1981 sobre organización de la administración de la seguridad pública).

Cada tribunal tiene su Fiscalía, desde el mayor al menor de ellos: Fiscalía ante el Tribunal de Casación, Fiscalía ante los Tribunales de Apelación, y Fiscalía ante los Tribunales ordinarios. Todos ellos son nombrados por el *Consiglio Superiore*.

13 Véanse Biavati, P. / Guarneri, C. / Orlandi, R. / Zanon, N., *La giustizia civile e penale in Italia*, Il Mulino, págs. 126 y ss. Villagómez, M., «El nuevo proceso penal italiano», *Documentación Jurídica*, núm. 61, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, págs. 17 y 18.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

C) Francia

Cabe el honor a Francia de haber sido el país que diseñó la figura del Ministerio Fiscal como lo conocemos en la Europa continental, en verdad desde la Revolución Francesa hasta prácticamente la actualidad (por lo menos en España). El Fiscal nace como figura del Estado encargada de vigilar el cumplimiento de la legalidad, especialmente por parte de los jueces en la recién instaurada división de poderes.

Es por tanto un órgano político, instaurado en el Poder Ejecutivo (dependiente del Ministerio de Justicia), creado por él para vigilar a otro poder.

La Ley de 16 al 24 de agosto de 1790, Tít. VIII, art. 1, desarrolló este modelo de Fiscal y le atribuyó la acusación penal pública, teniendo una influencia decisiva en toda Europa, no sin altibajos y momentos críticos[14].

Los magistrados (*magistrats du siège*) y los fiscales (*magistrats du parquet*) forman parte del mismo cuerpo, gozando del mismo estatuto jurídico, como más tarde se va a desarrollar en Italia, distinguiéndose sólo por las funciones. El Fiscal francés es un fiscal que goza de autonomía, pero al que el Gobierno puede ordenar determinadas actuaciones en función de los intereses generales. El jefe ante cada tribunal es un Procurador General o un Procurador de la República, que son sustituidos y representados en su quehacer diario por abogados fiscales. Todos dependen jerárquicamente del Ministerio de Justicia.

D) Estados Unidos

En USA existe Fiscal General, pero no es una figura autónoma, sino que se inserta en el Gobierno federal como Ministro de Justicia (Secretario del Departamento de Justicia Federal), por tanto, como cargo nombrado discrecionalmente por el Presidente del país (*Judiciary Act* de 1789).[15]

De él dependen los Fiscales Jefes, también nombrados por el Presidente de los Estados Unidos, previa autorización del Senado, y de éstos los Fiscales federales.

En los estados existen los fiscales estatales, de distrito y de condado, generalmente elegidos democráticamente. Por eso existe una gran movilidad e interinidad en su trabajo.

El Fiscal goza del monopolio de la acción penal y de un gran poder discrecional en la investigación del crimen, lo que implica que en el desarrollo de su trabajo goza de una autonomía remarcable. Esto es importante, porque es consustancial al modelo anglosajón de enjuiciamiento criminal, el llamado sistema adversarial,

14 Madrid Boquín, C., «La ¿independencia? del Ministerio Fiscal y su relación con los Poderes del Estado», en *La independencia del Ministerio Fiscal*, Colección Jóvenes Juristas, vol. 1, Astigi, Sevilla 2018, en prensa.

15 Gómez Colomer, J.L. (Coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, págs. 159 y 160.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que el Fiscal se visualice como el representante del Gobierno en el proceso defendiendo los intereses de la comunidad, de la misma manera que el Jurado se visualiza como el defensor del acusado frente a injerencias públicas intolerables en sus derechos fundamentales.

De esta manera no hay debate, porque se considera absurdo discutir sobre si el Fiscal General debe ser nombrado de manera distinta a como lo propone la Ley. Es poder político, dependiente del Presidente, y tema resuelto. Y para contrarrestar este inmenso poder, ya están la ley, el Juez, el Jurado, y el abogado defensor del acusado.

Hasta aquí el apunte de Derecho comparado. Sólo añadiré que ningún país verdaderamente democrático contempla la elección del Fiscal General por el Parlamento, que a veces se ha propuesto en España[16]. Es una experiencia de la época comunista (era el sistema de los países bajo la órbita de la Unión Soviética), que nadie avala hoy para no ser erróneamente identificado, porque el Parlamento era en esos países, y es en los pocos comunistas que queden todavía, un monopolio político del único partido legal en el país[17].

Pues bien, ésa otra razón a la que me refería antes de entrar en el Derecho comparado, que debe resolver esta cuestión de una vez, es de naturaleza dogmática, mucho más profunda, y tiene que ver con la reforma global de nuestro proceso penal que, con dos Anteproyectos, que nunca llegaron a buen puerto, en los últimos diez años, ambos publicados, pretendían orientar nuestro sistema de enjuiciamiento criminal hacia el sistema adversarial anglosajón: El Anteproyecto del Gobierno del PSOE de 2011[18], frustrado por las elecciones generales; y la propuesta del Gobierno del PP de 2013[19], truncada por oposición de los operadores jurídicos más relevantes que tenían que practicarla, y eso que disponía de mayoría absoluta y tiempo suficiente para aprobarla.

En este sentido, en el sistema adversarial, como acabamos de ver qué sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, el Fiscal es un órgano político, depende

16 Principalmente por la Unión Progresista de Fiscales, aunque en la despolitización están todas las asociaciones de fiscales de acuerdo, v. http://www.europapress.es/nacional/noticia-asociaciones-fiscales-piden-gobierno-no-nombre-fiscal-general-estado-20170524184421.html.

17 Véase sobre los antiguos países comunistas, Martínez Dalmau, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, cit., págs. 89 y ss.

18 El Gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial), cuyo anteproyecto fue elaborado por una comisión de expertos con muchísima más presencia de prácticos que de teóricos, lo que en un cambio de modelo resulta bastante sorprendente. Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. La esperanza previa a las elecciones de retomar la tarea después, se esfumó completamente al perderlas. Se puede consultar en Ministerio de Justicia, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011, págs. 19 y ss.

19 El texto se puede consultar en el momento de escribir estas líneas en la página web del Ministerio: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Gobierno, el Fiscal General de los Estados Unidos es el Ministro de Justicia, y su actuación se visualiza en ese gran país como una actuación propia del Gobierno (la Administración) en contra del acusado. No solamente no hay ningún problema en que el Fiscal sea un órgano político, sino que, además, no puede ser más que político.

Por ello, cualquier reforma global, o más allá, una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que quiera tomar como modelo el sistema adversarial, y en concreto el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, no puede pensar en un Fiscal distinto, ni disfrazándolo con falsas etiquetas (afirmando su independencia o su imparcialidad), ni confundiendo con su configuración orgánica (diciendo que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial).

Añádase que si el Ministerio Fiscal es quien ejecuta la Política Criminal del Gobierno (con la salvedad indicada *supra*), debe ser, además de un órgano jurídico, un órgano político, por tanto, debe incardinarse en el Poder Ejecutivo. Por eso la inmensa mayoría de los países lo consideran de esta naturaleza y lo regulan en coherencia con ello. Pero, obsérvese, que en los cuatro países que hemos visto aquí, cada uno lo establece de manera distinta.

Que se quiera dotar de una mayor legitimidad democrática haciendo partícipe al Parlamento (democráticamente elegido) en el nombramiento de Fiscal General, como sucede en España (en donde el control no es vinculante), para nada cambia su naturaleza, y, además, el control democrático, si no vincula al órgano proponente, nunca es determinante de su naturaleza.

Por ello y en mi modesta opinión, si un día el sistema de enjuiciamiento criminal español es adversarial, el Fiscal en España debería ser un órgano constitucional político, dependiente del Ministerio de Justicia. Así no habrá engaños ni discusión posible. Así todo acusado esperará lo que tiene que esperar del Poder Político, a saber, que el Gobierno, defendiendo a la Sociedad con uno de sus poderosos brazos, el Ministerio Fiscal, le exija responsabilidad por su crimen. Por tanto, si ya era para nosotros un órgano político, en el futuro debe serlo todavía más.

III. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL, ¿FUNCIONALMENTE INSTRUCTOR Y PARTE ACUSADORA, O SÓLO PARTE ACUSADORA?

La segunda cuestión importante que nos ocupa es si debe instruir las causas penales el Ministerio Fiscal o, al contrario, debe mantenerse en España el actual sistema de Juez Instructor y Fiscal parte actora. Este tema es muy sensible entre nosotros. Ha llegado hace ya tiempo a España[20], adquiriendo enseguida tintes

20 Véase Fairén Guillen, V., «La reorganización del Ministerio Fiscal español», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Tecnos, Madrid 1969, t. I, págs. 516 y 517. Hemos tratado estas cuestiones también en Gómez

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

polémicos, sin duda motivados por exceder de la vertiente estrictamente jurídica esta delicada cuestión, y sigue vivo como tema de discusión de primer orden[21].

Una aclaración previa. Un sector doctrinal distingue en la fase de averiguación del crimen entre investigación e instrucción, para sostener que la investigación debe atribuirse al Ministerio Fiscal, mientras que no hay inconveniente en que la instrucción siga siendo judicial, al menos para las decisiones sobre actos que puedan afectar a los derechos fundamentales de los imputados. Me parece una distinción artificial, o al menos poco fructífera y nada práctica, por las siguientes razones:

Primero, porque quien investiga realmente es la Policía, no la Fiscalía ni mucho menos el Juez Instructor, y es esta institución la que hay que regular y controlar;

Segundo, porque investigar e instruir es formalmente lo mismo. Cuando el fiscal o el juez ordenan la declaración de un testigo de los hechos, está al mismo tiempo investigando qué ha pasado y construyendo un expediente que le servirá para determinar si sigue adelante (acusación) o si termina antes de tiempo (sobreseimiento). Lo mismo pasa si ordena un informe pericial, una entrada y registro domiciliario o una interceptación de e-mails. Que existan en la fase preparatoria del proceso penal (sumario, diligencias previas o urgentes), actos que no son de investigación, como las citaciones, no empece a que todo lo actuado dé forma a una investigación, que en su consideración global es una investigación instruída, construída u ordenada en suma.

Pues bien, el problema de la discusión anunciada es que está politizada. La politización surge cuando se defiende la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, por entender quien así opina que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución española. Sobre esta cuestión, importante, volveremos luego. Pero también cuando se tilda como partidario de una determinada concepción política a quien defiende una posición u otra, siendo así que la Justicia es una cuestión de Estado y no de partido. Nuestras palabras, muy al contrario, pretenden fundar rigurosamente una postura jurídica, fuera de todo contexto no jurídico, con la única meta de contribuir a una Justicia mejor y más eficaz, pero partiendo coherentemente de la consideración política de la Fiscalía que acabábamos de defender en el punto anterior, y de ahí su estrecha relación.

En este sentido, en España instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts. 87.1, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial —abreviada LOPJ—, de 1985, y 14-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —abreviada LECRIM—, de

Colomer, J.L., «El Fiscal instructor», *Revista Justicia* 1996, núm. 2, págs. 259 y ss.; y del mismo autor, «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado», en Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L. (coordinadores), *La Reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castellón 1997, págs. 459 y ss.

21 Véase el excelente artículo de Dolz Lago, M.J., «Nuevas perspectivas sobre sistema acusatorio e instrucción penal: El papel del Ministerio Público en España», *La Ley* núm. 100, págs. 22 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1882), salvo que en el proceso penal abreviado, en el proceso para el enjuiciamiento de determinados delitos y en el juicio por delitos leves (en éstos dos últimos siempre que fuera posible, dada la supletoriedad prevista en los arts. 795.4 y concordantes LECRIM, lo que es discutible), el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal[22], función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente (arts. 773.2 LECRIM)[23]. Claro es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los

22 El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988, págs. 17 y 18.

23 Véanse Ortells Ramos, M., «Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 111 y ss.; del mismo autor, «El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales», *Revista Justicia* 1989, núm. III, págs. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (2ª ed.), Marcial Pons, Madrid 2004, págs. 98 y ss. Moreno Catena, V. / Cortes Dominguez, V., *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 101 y ss.; Conde-Pumpido Ferreiro, C., «La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1989, t. II, págs. 113 y ss.; De Llera Suárez-Bárcena, E., «El modelo de investigación penal de la CE de 1978: Los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial», *Revista del Ministerio Fiscal* 1998, núm. 5, págs. 93 y ss.; Idem, *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, págs. 119 y ss.; Escusol Barra, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)* (2ª ed.), Colex, págs. 99 y ss.; Fernández Bermejo, M., «El Fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/1988», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, cit., págs. 237 y ss.; Flores Prada, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 489 y ss.; Izaguirre Guerricagoitia, J., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Pamplona 2001, págs. 149 y ss.; López López, A.M., «Las diligencias del Fiscal investigador», *Revista Actualidad Penal* 1993, t. I, núm. 15, de 12-18 de abril; Lorca Navarrete, A.M., «La instrucción preliminar en el proceso penal: La actividad de la Policía Judicial», *Revista La Ley* 1984, t. III, págs. 970 y ss.; Martínez Dalmau, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, cit., págs. 199 y ss.; Montull Lavilla, E., «Hacia la independencia, jurídicamente garantizada, del Ministerio Fiscal en el cumplimiento de la misión y el ejercicio de las funciones que la Constitución española le asigna», *Revista Española de Derecho Militar* 2006, núm. 87, págs.. 89 y ss.; Narváez Rodríguez, A., «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: Una apuesta de futuro», *Tribunales de Justicia - Revista Española de Derecho Procesal* 2000, núm. 10, págs. 1067 y ss.; Toro Peña, J.A., «El Ministerio Fiscal o el juez de instrucción, como órgano encargado de la fase de instrucción en el proceso penal», *Revista La Ley* 2012, núm. 7885; Sanchis Crespo, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Comares, Granada 1995, págs. 45 y ss.; Valdés-Solís Iglesias, F., «Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», *Revista La Ley* 2012, núm. 7851; Zarzalejos Nieto, J., en De La Oliva Santos / Vegas Torres / Zarzalejos Nieto / González García / Aragoneses Martínez, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, La Ley, Madrid

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hechos delictivos producidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el art. 5, II EOMF, si bien de carácter tímido[24]. Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores[25], de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión[26].

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del Fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3.4), que no salió adelante, y destacar el apoyo oficial dado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1987[27], la primera que toca el tema repitiéndose desde entonces en todas ellas. Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la S TC 145/1988, de 12 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado[28].

1989, págs. 159 y ss.; y VIVES ANTÓN, T.S., «Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», vol. II *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, págs. 167 y ss.

24 Véase MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, cit., pág. 179.

25 Fue el art. 15.1-2º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la S TC 60/1995, de 17 de marzo, el que atribuyó la competencia al Fiscal, norma precedente actualmente vigente. Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., «El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1995, cuaderno 3, págs. 480 a 483, y 488 y 489.

26 Hoy son los arts. 6 y 16.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, varias veces reformada. V. DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero),* Revista General del Derecho, Valencia 2000, págs. 144 y ss.; y, del mismo autor, *Comentarios a la Legislación penal de menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, págs. 72 y ss. Es importante igualmente consultar la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre esta Ley Orgánica, y en concreto su apartado VI.

27 Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1988, pág. 15. Debo añadir que, políticamente, hace tiempo que el tema de decidir quién va a instruir en España el proceso penal se considera una de las cuestiones más importantes, y polémicas que necesariamente deberá abordar la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como se reconoció en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, de 28 de mayo de 2001, firmado entre el Gobierno del Partido Popular y el principal partido de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español. Su apartado 9, dedicado al Ministerio Fiscal, decía textualmente que «... en lo funcional, habrá de estarse principalmente a lo que disponga una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal»; y el apartado 17, dedicado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponía en su último párrafo que «la tramitación de la reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez...» Se observa que el Pacto no optó por ningún modelo, más bien fue cauto, aplazando simplemente la discusión. *Vide* GÓMEZ COLOMER, J.L., «El Fiscal instructor», cit., págs. 259 y ss.; y del mismo autor, «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado», cit., págs. 459 y ss. El Partido del Gobierno actual (2017) ha propuesto un Plan Anual Normativo para 2018, en el que contempla elaborar 287 normas, de las cuales 9 serían leyes orgánicas, 38 leyes ordinarias y 240 reales decretos, además de transponer 52 directivas comunitarias. Entre las leyes está una nueva Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, que supere el modelo del siglo XIX y nos iguale al resto de países europeos y americanos, atribuyendo la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal (pág. 16). Este extenso documento de 130 páginas se puede consultar *on line* en: http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2017/refc20171207e_2.pdf.

28 Véase también la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, Madrid 1989, págs. 395 y ss., esp. págs. 430 y 431. Una

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del Fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a Las Cortes por una constitución del Fiscal al lado del Juez Instructor durante la investigación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por las Leyes Orgánicas 8/1995 y 10/1995), en una mayor presencia del Fiscal en la fase de investigación (nuevos arts. 306, III y 781, V LECRIM, reformados por dicha Ley), aunque la disposición final cuarta autorizó un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español[29].

Veamos ahora, como hicimos en el punto primero de este artículo, qué sucede en nuestro entorno jurídico.

a) Lo que nos enseña el Derecho comparado: Dos grandes líneas se contemplan inmediatamente[30]:

1ª) En Europa continental, un observador atento de la realidad jurídica deduce inmediatamente que desde 1974[31], fecha en que en Alemania se da un vuelco legal a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de persona distinta al Juez (Policía y Ministerio Fiscal)[32], sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando la tradicional competencia del Juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas. Consideraremos pues Alemania, Italia y Francia.

2ª) En el sistema adversarial, desde prácticamente su origen en el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el crimen es investigado por el Ministerio Fiscal y, *de facto*, por la Policía.

A) **Alemania**

En Alemania, la *Strafprozeßordnung* de 1877 —abreviada StPO-, reformada según se ha indicado en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a

explicación detallada en Gómez Colomer, J.L., «El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán», *Revista Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado* - El Consejo Fiscal, 2001, núm. VI, págs. 97 y ss.

29 Véanse Gómez Colomer, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Civitas, Madrid 1996, págs. 145 a 147; y Salom Escrivá, J.S., en Montero Aroca, J. / Gómez Colomer, J.L. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 1000 y 1001.

30 Para no reiterar, me remito a la bibliografía citada en la nota 3 de este escrito.

31 Mediante la *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, abreviada *1. StVRG* («Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal»), de 9 de diciembre de 1974, conocida doctrinalmente como la «Gran Reforma del Proceso Penal», v. sobre sus aspectos más importantes Kern / Roxin, *Strafverfahrensrecht* (14ª ed.), C.H. Beck, München 1976, págs. 353 y 354; y Roxin, C., *Strafverfahrensrecht* (15ª ed.), C.H. Beck, München 1979, págs. 373 a 375.

32 Véase una explicación detallada de esta reforma alemana en Pedraz Penalva, E., «La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1976, págs. 647 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cargo del Fiscal en sus §§ 160 a 163[33]. El § 160, ap. (1) es la clave[34]. La Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (§ 163 StPO), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales[35].

El Juez sólo puede intervenir para adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales, principalmente de la libertad (v. por ejemplo, entre otros muchos, los §§ 65, 114, 126a, y 161a StPO)[36]; el Ministerio Público es, ante todo, el dueño del proceso penal, porque es el único acusador en el mismo, gozando del monopolio de la acción penal (§ 243, ap. 3 StPO).

De ello se deduce[37]:

a) Que no es parte (en sentido material) en el proceso penal, pues debe averiguar no sólo las circunstancias y los hechos que hablen en contra del inculpado, sino también los que se pronuncien a su favor (§ 160, ap. 2 StPO).

b) Que, en caso de existencia de un acto punible, está obligado, en principio, a presentar la acusación (§ 152, ap. 2 StPO).

c) Se discute si el Ministerio Fiscal, no considerando punible el hecho cometido por el inculpado, ya por motivos fácticos, ya por motivos jurídicos, puede ser obligado por su superior a acusar, solicitar la orden penal u otras medidas ulteriores, porque el § 144 GVG considera a este funcionario un sustituto del superior máximo, del primer funcionario de la Fiscalía. En general, se opina que ello no es correcto, porque obligar a una actuación en contra del convencimiento personal de quien debe realizarla, iría contra la Verdad y la Justicia, sustituyéndose en la práctica al Fiscal o encomendado la causa a otro. El § 145, ap. 1 GVG, evitaría la insolubilidad del problema, pues ese primer funcionario siempre podría aceptar practicar él mismo la actuación puesta en entredicho.

d) Es cuestión discutida asímismo si existe obligación de acusar, cuando el Ministerio Fiscal considera también no punible determinado comportamiento, en contra de la Jurisprudencia, con base en supuestos análogos con relación a los Tribunales entre sí, previsto en el § 121, ap. 2 GVG[38], pero, obsérvese, claramente en contra, ese basamento, de la independencia del Fiscal respecto a los Tribunales, proclamada en el § 150 GVG. La Verdad y Justicia deben prevalecer, por tanto, también en esta cuestión. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal

33 Una exposición doctrinal y la traducción de la legislación alemana citada en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán.* cit., págs. 281 y correspondientes.

34 Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán*..., cit., pág. 337.

35 Así lo confirma expresamente PETERS, K., *Strafprozeß*, cit., págs. 182 y 183.

36 Un resumen detallado de la posición del Juez Investigador alemán instruyendo el Fiscal, en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán*..., cit., págs. 73 a 75.

37 ROXIN, *Strafverahrensrecht* (29ª ed.), cit., págs. 56 y 57.

38 Antes de la derogación por la Ley de 17 de febrero de 1990 del art. 136 *GVG*, se basaba también en este precepto.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

alemán o BGH afirma al respecto, en constante Jurisprudencia, que el Fiscal está obligado en este caso a acusar[39].

Finalmente, el Fiscal desarrolla en el proceso penal las siguientes actividades[40]:

a) Tramita las solicitudes penales que se le presenten, e investiga las denuncias que se pongan en su conocimiento (§ 158 StPO);

b) Instruye el procedimiento preliminar: Es el órgano competente para realizar las actuaciones propias de] procedimiento de averiguación, preparatorio o preliminar (nuestro sumario o diligencias previas), completamente, desde el punto de vista legal, en sus manos[41]; es, por tanto, el guía, director y señor del mismo (§§ 160 y ss. StPO).

c) Acusa, es decir, tomar la decisión sobre si ejerce la acción pública (§§ 152 y 170 StPO). Sobre ello téngase en cuenta la vigencia en Alemania del principio de oportunidad, por el que el Ministerio Fiscal, como excepción al principio de legalidad, por razones de prevención general y especial, y con la aprobación del Tribunal, puede prescindir de la persecución de determinados delitos leves, o de aquéllos que por otras razones no se considere conveniente perseguir, al amparo de los §§ 153 y ss. StPO[42].

d) Debe acusar en la vista principal (§§ 226 y 243, ap. 3 StPO, y, en principio, es el único legitimado para ello[43], como queda afirmado.

B) **Italia**

Algo parecido se podría decir de Italia, cuyo Código de Procedimiento Penal de 1988[44], que ha derogado el de 1930 (el Código ROCCO)[45], prevé el monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal (arts. 50, 405 y 416 CPP,

39 Véase PETERS, *Strafprozeß*, cit., pág. 167.

40 BAUMANN, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*, Kohlhammer, Stuttgart 1979, págs. 111 a 117; ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (29ª ed.), cit., págs. 54 y 55; y, extensamente, PETERS, *Strafprozeß*, cit., págs. 166 y ss.

41 Gráficamente denominan PETERS, *Strafprozeß*, cit., págs. 166 y 167; TIEDEMANN, en ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht* (3ª ed.), C.F. Müller, Heidelberg 1994, pág. 161; y ESER, *Einführung in das Strafprozeßrecht*, C.H. Beck, München 1983, pág. 21, a la Fiscalía «señora del procedimiento de averiguación».

42 Véase GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...* cit., págs. 47 y 48.

43 Se dice por ello que el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción, v.v.gr., ESER, op. y loc. cit.

44 Véase la traducción de VILLAGÓMEZ, M., *El nuevo proceso penal italiano*, cit., págs. 41 y ss.

45 Véase sobre la historia procesal penal italiana, CHIAVARIO, M., *Procedura Penal. Un Codice tra «storia» e cronaca*, Giappichelli, Torino 1994, págs. 13 a 32. Esta Ley preveía la competencia exclusiva del Juez para la formación de las causas penales, denominada instrucción formal (art. 303), con la excepción de la llamada instrucción sumaria, a cargo del Ministerio Fiscal según el art. 389 (o del Pretor para los delitos de su competencia). También ROLLA, G., «El Ministerio Público en Italia. Disciplina constitucional», en *Revista Pensamiento Constitucional,* Año VII, núm. 7, págs. 259 y ss., que se puede consultar en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3264/3101.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con fundamento en el art. 112 de la Constitución de 1948)[46], la instrucción del proceso penal a su cargo (arts. 327 y 358 CPP), las medidas alternativas a la persecución penal (arts. 444 y ss. CPP), así como una intervención principal en la ejecución de resoluciones judiciales (arts. 655 y 656 CPP), sin perjuicio de la intervención del Juez de las Investigaciones Preliminares (v. arts. 279, 283, 294, etc., por ejemplo, del CPP), o del llamado Tribunal de la Libertad, instaurado en 1984, en la fase de investigación (v. art. 309 CPP), o del Magistrado de Vigilancia en la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 677 y ss. CPP)[47].

No se distingue entre instrucción formal o sumaria, a cargo del «Pubblico Ministero», disponiendo textualmente su art. 327.1 que «*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*»[48], concretándose a continuación esta facultad en los arts. 328 y ss.[49]

C) Francia

Por lo que hace referencia a Francia, el papel del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino[50] es uno de los más importantes de la Europa actual, hasta tal punto que se le ha denominado «*l'homme le plus puissant de France*», hoy ciertamente venido a menos por los derechos de la defensa[51]. El Juez de Instrucción francés ha pasado de oficial superior de la Policía Judicial, de acuerdo con el

46 Véanse, en cuanto a bibliografía de la época, CORDERO, F., *Procedura Penale* (5ª ed.), Giuffrè, Milano 1979, págs. 432 a 439; FOSCHINI, G., *Sistema del Diritto Processuale Penale* (2ª ed.), Giuffrè, Milano 1965, tomo II, págs. 128 a 130 y 166 a 170; MANZINI, V., *Tratatto di Diritto Processuale Penale italiano* (6ª ed., puesta al día por Conso y Pisapia), UTET, Torino 1972, vol. IV, págs. 181 y 293; y PISAPIA, G.D., *Compendio di Procedura Penale* (2ª ed.), CEDAM, Padova 1979, págs. 76, 77 y 172.

47 *Vide* CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice* (2ª ed.), UTET, Torino 1990, págs. 78 y ss.

48 Véanse, citando expresamente las ediciones de la época, CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale*..., cit., págs. 83 a 89; CARULLI / MASSA / ESPOSITO / PALUMBO, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Jovene, Napoli 1993, págs. 26 y ss.; DALIA / FERRAIOLI, *Corso de Diritto Processuale Penale*, Cedam, Padova 1992, págs. 341 y ss.; FORTUNA / DRAGONE / FASSONE / GIUSTOZZI / PIGNATELLI, *Manuale Pratico del Nuovo Processo Penale* (3ª ed.), Cedam, Padova 1993, págs. 95 y ss., y 153 y ss.; NAPPI, A., *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano 1992, págs. 30 y ss.; PISANI / MOLARI / PERCHINUNNO / CORSO, *Appunti di Procedura Penale*, Monduzzi, Bologna 1992, págs. 57 y ss.; y CORDERO, F., *Procedura Penale* (2ª ed.), Giuffrè, Milano 1993, págs. 133 y ss. Una resumida visión constitucional del tema puede verse en CONTI, G., *La Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale, dall'entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale al 31 ottobre 1991*, Corte Costituzionale 1992, págs. 425 y ss. Vide asímismo MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A., «El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la Policía Judicial», *Revista Poder Judicial* 1994, núm. 34, págs. 253 y ss.

49 BIAVATI, P. / GUARNERI, C. / ORLANDI, R. / ZANON, N., *La giustizia civile e penale in Italia*, cit., págs. 229 y ss.

50 Véanse sobre la historia del proceso penal francés, LAINGUI, A. / LEBIGRE, A., *Histoire du Droit Pénal, II (La procédure criminelle)*, Cujas, París, sin fecha (probablemente 1979).

51 Véase LARGUIER, J., *La procédure pénale* (8ª ed.), Presses Universitaires de France, que sais-je, París 1994, pág. 20.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Code d'instruction criminelle de 1808, a verdadero órgano jurisdiccional de instrucción con la reforma operada por la Ley de 17 de julio de 1856, de manera tal que hoy, no siendo ya un «*agent d'information*» subordinado al Procurador de la República, está encargado de recopilar las pruebas del hecho criminal y averiguar la participación del inculpado en el mismo, es decir, de realizar actos de información, y además actúa con verdadera jurisdicción al decidir si dicho inculpado debe ser enviado a juicio o no[52].

Al Juez de Instrucción francés le corresponde, pues, la función de instruir en primer lugar (la obligación de perseguir está atribuida al «Procureur de la République»), de acuerdo con el art. 81 y concordantes del *Code de Procédure Pénale* de 1958[53]. El Ministerio Público, debe ejercer la acción pública[54]. Tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la «*enquête préliminaire*»[55], es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial[56].

Depende del Ministerio de Justicia, quien le imparte instrucciones para desarrollar la política criminal del Gobierno (art. 30 Código Procesal Penal).

Pero hay actualmente una gran discusión sobre el Juez de Instrucción en Francia, proponiéndose la supresión de la instrucción judicial, sobre todo tras casos muy complejos surgidos en el país vecino[57].

D) **Estados Unidos**

Por lo que afecta a los Estados Unidos de Norteamérica, la influencia del Derecho inglés es evidente, pero con instituciones propias que lo hacen diferente[58]. En

52 Véanse Stefani, G. / Levasseur, G. / Bouloc, B., *Procédure Pénale* (23ª ed.), Dalloz, París 2012, págs. 147 a 155; Pradel, J., *Procédure Pénale* (16ª ed.), Cujas, París 2011, págs. 121 y ss.; Guinchard, S. / Buisson, J., *Procédure Pénale* (7ª ed.), LexisNexis, Paris 2011, págs. 271 y ss.; y Kernaleguen, F., *Institutions judiciaires*, Litec, París 1994, págs. 138 a 140.

53 Hemos manejado la edición de PRADEL Y CASORLA, Dalloz, París 1996. Véase Rozès, S., «Le Juge d'Instruction», en *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes* (coordinado por Von Gamm, Raisch Y Tiedemann), C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, págs. 175 y ss., esp. pág. 177.

54 Véanse Stefani, G. / Levasseur, G. / Bouloc, B., *Procédure Pénale*, cit., págs. 163 y ss.; y Pradel, J., *Procédure Pénale*, cit., págs. 131 y ss.

55 Véase Larguier, J., *La procédure pénale*, cit., págs. 59 a 64.

56 Véanse sobre sus competencias, fundamentalmente de conocimiento de recursos contra resoluciones del Juez de Instrucción, y su composición, Stefani, G. / Levasseur, G. /Bouloc, B., *Procédure Pénale*, op. et loc. cit.

57 Véase el *Rapport du Comité de Réflexion sur la Justice pénale* (Informe LÉGER) de 1 de septiembre de de 2009, en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf.

58 No se olvide que es un Estado Federal, regido por una Constitución, de 1787, a la que se han añadido las X Enmiendas (*Bill of Rights*) de 1791, con disposiciones procesales penales importantes que recogen todo un catálogo de derechos y libertades fundamentales, más el Derecho Penal y Procesal Penal federal (formado por numerosas leyes o *Federal Statutes*, una de las cuales, el llamado *United States Code*, establece lo esencial de los delitos federales y del proceso penal federal, complementado por las *Federal Rules of Criminal Procedures for the U.S. District Courts*, las *Federal Rules of Appellate Procedure* y las *Federal Rules of Evidence*), y el propio de cada Estado (*State Statutes*). Véanse Israel, J.H. / Kamisar, Y. / Lafave, W.R. / King, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution.*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

USA la acusación del proceso penal está a cargo de una figura pública o funcionario, dado que acusa en nombre del Estado federado, o de los Estados Unidos. Ese funcionario es un representante (*Assistant*) del *U.S. Attorney General* (el Fiscal General Federal y Ministro de Justicia), que tiene encomendado, dentro de los límites de su competencia territorial, es decir, dentro de su distrito, en los procesos penales federales la función de perseguir el delito y posteriormente en el juicio oral la de acusar, entre otras, siendo equivalente en los Estados esta figura, de inferior categoría.

La fase de investigación del proceso penal está en manos de la Policía, cuya actividad es instada por el Fiscal, quien comunica al Juez los hechos una vez el sospechoso es detenido, iniciándose el proceso por regla general, dadas las diferencias entre las legislaciones, con una audiencia preliminar contradictoria o comparecencia previa al juicio (*Preliminary Hearing*), en la que normalmente el Fiscal, con base al material recogido por la Policía, debe convencer al Juez de la verosimilitud de comisión del hecho criminal por el encausado, siguiéndose adelante hacia el verdadero juicio acusando ya formalmente, o no[59].

A la vista de estas consideraciones, qué opiniones dogmáticas y prácticas se han sustentado por una y otra posición. Veámoslas, ofreciendo al final nuestro parecer.

b) Los argumentos a favor y en contra de que instruya el Fiscal: Ante todo, y a la luz del artículo 117.3 CE, que otorga la potestad jurisdiccional de juzgar a los Jueces, y del art. 124.1 CE, que concede al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley, la primera cuestión que se plantea en España es si sería constitucional atribuir la investigación del delito a la Fiscalía. Se trata en suma de analizar si el «juzgar» comprende el «instruir» o no. Decidida, en su caso, su constitucionalidad, cuestión distinta, que también abordaré al final, es su conveniencia en estos momentos.

Aunque me voy a centrar en ello, enumeraré brevemente antes los argumentos más importantes que con carácter general se han formulado a favor y en contra de que instruya el Fiscal, pues ha habido muchos y de muy distinto signo, para que el lector tenga un mejor conocimiento del tema[60]:

Leading Supreme Court Cases and Introductory Text, Thomson-West, St. Paul MINN 2011, págs. 44 a 46. Traducida al español como ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W.R. / KING, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director de la traducción), Tirant lo Blanch, Valencia 2012, págs. 44 a 46. También, GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 158 y ss.

59 Véanse WEIGEND, TH., „Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.«, en JESCHECK / LEIBINGER, *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht*, Nomos, Baden-Baden 1979, págs. 587 y ss.; SCHMID, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, C.F. Müller, Heidelberg 1986, págs. 36 y ss.; y FANCHIOTTI, V., *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di Lezioni*, Giappichelli, Torino s/f, págs. 68 y ss. Aspectos concretos en ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, J.M. Bosch, Barcelona 1995, págs. 91 y 92.

60 Me remito por tanto a GÓMEZ COLOMER, J.L., «La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal...», cit., págs. 481 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1º) *Argumentos a favor de que instruya el Juez:*

a) La instrucción es oficio de Juez, no de parte, y encomendársela al Fiscal es un contrasentido y una incoherencia, además de un error, porque en el proceso penal la instrucción no se agota en la búsqueda de las pruebas, sino que se extiende también a una valoración finalista, «lo cual postula en el instructor la imparcialidad del Juez, no la parcialidad de la parte». Detener al imputado, ordenar su ingreso en prisión o puesta en libertad, practicar anticipadamente la prueba, etc., son manifestaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Otorgar facultades instructorias al Ministerio Fiscal significaría una quiebra del principio «ne eat iudex ex officio», porque el Fiscal se convertiría así al mismo tiempo en juez y parte.

b) En esa línea se añade que la fase de investigación no sólo entraña actos de investigación, sino también enjuiciamientos jurídicos, como la inadmisión de la querella, o la imposición de medidas cautelares, absolutamente entrelazados entre sí, por lo que su escisión sería perturbadora para los fines del proceso penal, con lo que debe seguir en manos del Juez.

c) La dependencia del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, antes mencionada, sería peligrosísima para una investigación objetiva e imparcial, al menos en los casos en que estuvieran implicados altos cargos y políticos.

d) El art. 117 CE atribuye en exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional (sobre ello, v. inmediatamente).

e) Trasladar la competencia para la instrucción al Fiscal conllevaría no pocos inconvenientes prácticos, por lo que es mejor dejarla como está, en manos del Juez: *De facto* instruiría la Policía Judicial, habría disminución de garantías para el imputado, a pesar de todo sería necesario un Juez, en España tenemos pocos fiscales, existen muchas carencias funcionales, hay peligro de impunidad para personas «gubernamentales», etc., argumentos que han sido puestos de manifiesto por los propios jueces y fiscales, y por la doctrina, todos ellos absolutamente reales, que nada tienen que ver con desconfianza hacia el Fiscal u opiniones subjetivas parecidas, utilizados con diferente finalidad por determinados autores, fundamentalmente prácticos.

2º) *Argumentos a favor de que instruya el Fiscal:*

a) Los antecedentes históricos en todos los países que han conocido el sistema inquisitivo juegan en contra del Juez, porque al instruir y fallar en él ese mismo Juez, se le relaciona con el poder dictatorial o autoritario. Dogmáticamente la solución es que se evolucione o cambie hacia el sistema adversarial (acusatorio), en el que instruye el Fiscal. La reforma es muy tentadora cuando el país acaba de pasar de un régimen dictatorial, en el que han colaborado probadamente

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los jueces, a un régimen democrático, como ha ocurrido en España y en prácticamente toda América Latina.

b) También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción a cargo del Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado, las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez.

c) Finalmente, es asímismo fácil de admitir, como hemos visto, cuando el propio Ministerio Público no depende del Poder Ejecutivo, como en Italia, o cuando el Ministerio Fiscal no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, como en Alemania, pues entonces está obligado a la Verdad y Justicia.

d) El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial.

Nuestra opinión: Pues bien, expuestos estos argumentos volvamos a la cuestión más relevante. La idea central que exponen quienes defienden la inconstitucionalidad del otorgamiento de la instrucción a cargo del Fiscal, se basa en que el art. 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, entendiendo que los actos de instrucción son actividad jurisdiccional, porque toda investigación requiere una valoración jurídica, sin perjuicio de muchos actos concretos que son indubitadamente actos de Juez, como la imposición de medidas cautelares o la prueba anticipada, que se practican en la fase preparatoria del juicio, luego si esas diligencias de investigación son actividad judicial, sólo el Juez puede ser competente para acordarlas, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional.

En definitiva, como ponen de manifiesto autores significados con profusión de argumentos teóricos y prácticos, el art. 117.3 CE, al otorgar a los Jueces y Magistrados en exclusiva la titularidad de la potestad jurisdiccional, y no siendo el Ministerio Fiscal órgano jurisdiccional, veta la posibilidad de que se le puedan

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conceder a éste poderes en la instrucción que sean inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional misma[61].

Por contra, los defensores de su constitucionalidad alegan:

1º) En primer lugar, que el sumario tiene naturaleza administrativa, luego el órgano competente para formarlo ha de ser administrativo y no judicial[62], añadiendo que existe una profunda contradicción entre el significado conceptual de la palabra «Juez» y sus funciones, porque instruyendo no juzga, y porque, sobre todo, queda encuadrado dentro de un estatuto orgánico y dentro de un Poder del Estado, el Judicial, que no le corresponde, ya que no siendo juicio la instrucción, la investigación de un crimen es actividad administrativa y no judicial, en el sentido referido a Justicia[63]. Por tanto, el Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución[64]. La cuestión central es así que durante la fase de investigación del proceso penal no se ha ejercido todavía la acción penal.

2º) Por otro lado, se afirma que la instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio que sustenta nuestra Constitución[65].

61 Véase, destacadamente, Ortells Ramos, M., «Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica», *Revista de Derecho Procesal* 1990, núm. 2, págs. 236 y ss.

62 Véanse Serra Domínguez, M., «El Ministerio Fiscal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1979, págs. 644 y 645; del mismo autor, «La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona 1969, págs. 723 y 724. Sobre la naturaleza jurídica del sumario y la posición del Fiscal, v. Pastor López, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Universidad, Valencia 1979, págs. 59 a 72, y 152 a 155.

63 Véase Vives Antón, T.S., «Comentarios a la Ley de Medidas...», cit., vol. II, pág. 117.

64 Véanse Vives Antón, T.S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 101 y 102; y Ruiz Vadillo, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 84 a 87.

65 Pero esta segunda opinión, procedente del Derecho comparado, basada en el principio acusatorio, nos parece más endeble, pues al menos con referencia a España, entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: Todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar, la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenando por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada, y, finalmente, se permite, por no afectar a su imparcialidad, que el juzgador pueda aportar de oficio pruebas al proceso, respetando los hechos punibles puestos de manifiesto por las partes, v. sobre esta cuestión Montero Aroca, J., «La garantía procesal penal y el principio acusatorio», *Revista La Ley* 1994, t. I, págs. 979 a 983; y, del mismo autor, «El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual», *Revista Justicia* 1992, núm. IV, págs. 781 a 786. Con carácter general, v. Armenta Deu, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, J.M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona 1994, págs. 39 y ss.; Asencio Mellado, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid 1991, págs. 14 y ss.; Idem, «Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no es)», *Revista de Derecho Procesal* 1996, vol. 2, págs. 265 y ss.; De Diego Díez, L.A., «El principio «el que instruye no debe juzgar» como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal», *Revista Poder Judicial* 1987, núm. 8, págs. 9 y ss.; Idem, «El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal. Los principios acusatorio y de contradicción», *Revista Justicia* 88, vol. I, págs. 103 y ss.; De La Oliva Santos, A., «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», *Revista General del Derecho* 1992, págs. 9853 y ss.; De Vega Ruiz, J.A., *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid 1994, págs. 131 y

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3º) Se dice también, finalmente, que la instrucción por el Fiscal refuerza el principio político angular de la actuación jurisdiccional, la imparcialidad judicial, protegida constitucionalmente en el propio art. 117.1 de la Constitución, en los siguientes términos: No puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad, argumento clave antes comentado[66].

En mi opinión no sería inconstitucional en España que instruyera el Fiscal, porque estoy de acuerdo con quienes piensan que el art. 117.3 de la Constitución, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para

ss.; DELGADO MARTÍN, J., «Principio acusatorio y juicio de faltas», *Revista Actualidad Penal* 1995, vol. I, apartado VI; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Comares, Granada 1996, págs. 191 y ss.; GIMENO SENDRA, J.V., «El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. esp. VI, págs. 267 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada 1994, págs. 24 y ss.; Idem, «Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica», en *Cuadernos de Derecho Judicial: Los principios del proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 51 y ss.; MENDIZÁBAL ALLENDE, R., «La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación», en *Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal* 1999 - IV, págs. 35 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 16 y ss.; Idem, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 39 y ss.; ORTELLS RAMOS, M., «Correlación entre acusación y sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales», *Revista Justicia* 91, págs. 529 y ss.; Idem, «Principio acusatorio, podres oficiales del Juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», *Revista Justicia* 91, págs. 775 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 59 y ss.; POLO RODRÍGUEZ, J.J., «El Fiscal investigador e instructor», *Estudios Jurídicos - Ministerio Fiscal* 1997 - VI, págs. 11 y ss.; ROMERO COLOMA, A.M., «Alcance de los principios del proceso penal español a la luz del ordenamiento constitucional», *Revista Actualidad Penal* 1995, vol. I, apartado XXI; RUIZ VADILLO, E., «Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista General del Derecho* 1957, núm. 150, págs. 207 y ss.; Idem, «Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal», *Revista La Ley* 1987, núm. 4, págs. 873 y ss.; Idem, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid 1994, págs. 139 y ss.; Idem, «El principio acusatorio», *Revista del Ministerio Fiscal* 1995, núm. 1, págs. 89 y ss.; Idem, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 57 y ss.; SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 LECRIM», en *Cuadernos de Derecho Judicial: Cuestiones de Derecho Procesal Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 13 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», *Revista Jurídica de Cataluña* 1984, núm. 2, págs. 93 y ss.; VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, J.M. Bosch, Barcelona 1994, págs. 15 y ss.; y las opiniones del constitucionalista LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid 1996, págs. 220 y 221. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona 1951, t. II, págs. 447 y ss.; v. también FAIRÉN GUILLÉN, V., «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, t. II, Tecnos, Madrid 1987, págs. 1205 y 1206.

66 Véase VIVES ANTÓN, T.S., «Doctrina constitucional...», cit., pág. 102.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional, lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial.

Por tanto, que una futura LECRIM otorgue la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal sería para mí constitucional, porque instruir no es juzgar.

Ahora bien, los temas relacionados con el Poder Judicial y ese instrumento necesario que es el proceso penal son siempre relativos, en el sentido de que se aplican a un país en un momento concreto. Tengo muy claro el tema de la constitucionalidad, pero otra cosa muy distinta es si es conveniente que instruya hoy, lo que ya no lo tengo tanto. ¿Qué es mejor, pues, en España a principios de 2018, que instruya las causas penales el Ministerio Fiscal, o que las siga instruyendo la autoridad judicial?

Creo sinceramente que no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y que es mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplan los siguientes requisitos[67]:

a) Mientras, como consecuencia de los arts. 2.1, 8, 29.1, 31.5, 36.1, 67.3, 72 y DA-2ª EOMF, se siga opinando fundadamente que el Fiscal no es un órgano independiente en España, al poder quedar vinculado a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentice su vinculación con éste por la práctica de esas normas; y

b) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, oficio de parte, por tanto, no sea imparcial en sentido jurídico estricto; y

La tutela de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos debe seguir estando residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una labor más efectiva, aspecto en cuanto a los derechos ordinarios al menos, que no queda mejor garantizado en absoluto si instruyen los Fiscales.

Ello, sin entrar ahora en la cuestión estadística de si hay en España suficiente número de Fiscales para afrontar tan radical cambio. Y, obsérvese, si instruye el Fiscal, sigue siendo necesario un Juez de la Libertad, como dicen los italianos, para tomar las decisiones que afecten a los derechos y garantías fundamentales del imputado, y, en suma, a actividad jurisdiccional.

Lo que desde luego no tiene ningún sentido es que en unos casos instruya el Juez y en otros el Fiscal, como en España.

Nos mantenemos, pues, en nuestra opinión expresada hace ya muchos años[68], insistiendo ahora, para finalizar, en que en el fondo este tema nos parece de los menos graves que tiene planteada la situación jurídico-procesal penal española en la actualidad. A nosotros lo que nos preocupa de verdad es que el proceso penal

67 Véanse las opiniones al respecto de Gimeno Sendra, J.V., «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial», *Revista Justicia* 1988, núm. IV, págs. 832 a 834.

68 Véase Gómez Colomer, J.L., «No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal», *Jueces para la Democracia* 1987, núm. 2, pág. 10.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

español sea el propio de un Estado de Derecho, y al respecto todavía no hemos llegado al 100% exigible, aunque hemos avanzado mucho sin duda en España, pero ésta es otra cuestión que ahora no puede abordarse[69].

IV. CONCLUSIONES.

Dos son los temas que he tratado aquí y, por tanto, dos son las conclusiones a sentar:

1ª) Si se instaura el sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, el Fiscal en España debe ser un órgano constitucional político, dependiente del Ministerio de Justicia, pero organizado con carácter autónomo, de manera que pueda constituirse en una administración propia, sujeta a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad y objetividad. El acusado debe saber en todo momento que es el Gobierno, a través del Fiscal, quien le está exigiendo responsabilidad penal por sus actos. En caso de que no se instaure o hasta que ese sistema llegue, lo mejor es dejar las cosas como están, pero sin engañar a nadie, pues el Fiscal, en los términos expuestos en este escrito, es en mi humilde opinión políticamente dependiente del Gobierno.

2ª) El Fiscal no debe instruir las causas penales si se mantiene el sistema acusatorio formal o mixto actual, por las razones coyunturales expuestas, de carácter organizativo, estructural y práctico. Si se instaura el sistema adversarial, el Fiscal, quien ostenta en régimen de monopolio (exclusividad) la titularidad de la acción penal, necesariamente debe instruir el proceso penal, y mucho más allá, lo que hoy por hoy representaría costos políticos inasumibles en España, deben desaparecer la acción particular y la acción pública (previstas en la Constitución), así como ha de potenciarse el poder investigador de la Policía Judicial hasta niveles insospechados.

La envergadura de estas modificaciones, por muchos matices locales que queramos introducir, aconseja que, en vez de un cambio radical hacia lo adversarial, hagamos una evolución propia que nos permita compararnos con los países más avanzados, como hizo Alemania en 1975, sin destruir nuestra historia legal ni nuestros valores propios.

Este progreso legal avanzando desde nuestras propias raíces, dejándonos influir por el Derecho comparado sólo en lo que valga la pena y rechazando cualquier copia o imposición, permitiría una evolución más sosegada y la fijación de un «nuevo» sistema de enjuiciamiento criminal mucho mejor que el actual, resolviéndose el problema de la autonomía funcional del Ministerio Fiscal en el

69 Prueba de ello es que, por poner sólo un ejemplo, acceder al amparo constitucional en materia de derechos fundamentales aplicables al proceso penal es cada vez más difícil para las partes, ante los casi insuperables requisitos de admisión de la demanda que exige el art. 50.1, b) de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional de 1979 (modificado en 2007).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proceso penal, así como la garantía de su objetividad, y si debe instruir el proceso penal, conforme a las exigencias sociales del momento.

Esta reforma evolutiva, a la vista de la penosa situación actual, no puede aplazarse más tiempo.

***

TITLE: *The spanish public prosecution service: should it be an independent institution?*

ABSTRACT: *The Spanish Public Prosecution Service has, foremost, a problem of organic identity. It is believed that it should be independent from the Government, but the laws confirm some degree of dependence. The Public Prosecution should depend on the Government if the reform toward an adversarial model of criminal procedure is pursued, because that is the nature that best fits a system in which the defendant knows he is facing an Administration that, fulfilling its public duty, is demanding with all its powers that he takes responsibility for his actions. Until the change is produced, it is better to leave things as they are. The Public Prosecution Service should not direct the criminal investigation while the foresaid adversarial system in not in force in Spain. If it did, it would be constitutional, but it has not been demonstrated that it is ready to do so and, probably, in spite of official declarations, the Public Prosecution does not want now to assume that responsibility. With the current laws and practices, the Prosecution Service would be in danger of being taken as a non-objective organ in the most important cases.*

RESUMEN: *El Ministerio Fiscal español tiene ante todo un problema de identidad orgánica. Se desea que sea independiente del Gobierno, pero las normas confirman una cierta dependencia. El Ministerio Fiscal debe ser dependiente del Gobierno si se consuma la reforma hacia un modelo adversarial de enjuiciamiento criminal, porque ésa es la naturaleza que mejor cuadra con dicho sistema, en donde el acusado sabe que enfrente tiene a la Administración, que, cumpliendo con su deber público, le exige con todo su poder responsabilidad por sus actos. Hasta que se produzca el cambio, es mejor dejar las cosas como están. El Ministerio Fiscal no debe instruir el proceso penal ni dirigir la investigación del crimen mientras no tengamos el antedicho sistema adversarial vigente en España. Sería constitucional si lo hiciera, pero no está probado que esté preparado para hacerlo, y probablemente, a pesar de declaraciones oficiales, no desee asumir ahora esa responsabilidad. Con las normas y la práctica actual, correría el peligro de ser visualizado en los casos más importantes como un órgano no objetivo.*

KEY WORDS: *Public Prosecution Service, Relationship with the Government, Criminal Procedure, Criminal Investigation Director.*

PALABRAS CLAVE: *Ministerio Fiscal, Relación con el Gobierno, Proceso Penal, Órgano instructor y dirección de la investigación del crimen.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *13.01.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA REFORMA DE LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS TRAS LAS ELECCIONES DE 24 DE MAYO DE 2015: VECTORES POLÍTICOS Y JURÍDICOS

ROSARIO GARCÍA MAHAMUT
Catedrática de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I

SUMARIO

I. Una necesaria contextualización. II. El antecedente inmediato: la reforma de los sistemas electorales autonómicos tras las elecciones de 2011. III. Impulso y contenido material de las propuestas de reformas tras los comicios autonómicos de 2015. IV. Las variables jurídicas y políticas en la mecánica de la reforma electoral. V. Conclusiones.

I. UNA NECESARIA CONTEXTUALIZACIÓN

Está fuera de toda duda que se ha producido hasta la fecha una fuerte homogeneización de los sistemas electorales autonómicos[1], salvo contadas excepciones en relación con algunos de los elementos que lo integran, y también de los regímenes electorales respectivos. Son diversas las razones que explican esa homogeneidad, algunas de ellas ampliamente estudias por la doctrina[2]. De entre ellas cabe destacar: Por un lado, razones de orden competencial y que, a mi juicio, no

1 El sistema electoral entendido como el conjunto de procedimientos y mecanismos por los que los votos se traducen en escaño y los escaños se asignan a quienes concurren las elecciones. Los elementos estructurales de un sistema electoral, básicamente, son: a) el tamaño del Parlamento, b) la fórmula electoral para la traducción de los votos emitidos en escaño, c) las circunscripciones electorales, y d) la barrera electoral, entendida como el umbral mínimo para acceder al reparto de escaño. Para una visión de conjunto en nuestro Estado autonómico remitimos a OLIVER ARAUJO, J., *Los sistemas electorales autonómicos*, Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.

2 Cfr., por todos, GAVARA DE CARA, J. C., *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, CEPC, Madrid, 2007.

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 185-212

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se han acompasado en una lectura constitucionalmente adecuada a la propia evolución y consolidación de nuestro modelo de Estado autonómico. Baste señalar ahora que, en aras de las competencias que la Constitución reserva al Estado para garantizar el contenido esencial del derecho fundamental al sufragio (art. 23 CE), la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su apartado 2 declara aplicable nada menos que 118 de sus artículos a las elecciones a las Asambleas Legislativas autonómicas, y la mayor parte de cada uno de esos 118 artículos se aplican en su totalidad[3].

Por otro lado, razones de índole histórico sita en los inicios de la propia andadura de nuestro Estado autonómico y en la travesía por las distintas fases de consolidación de un modelo de descentralización política que mantiene su anclaje en uno de los elementos que se desunen en una fuerza centrípeta: un desarrollo pleno del autogobierno autonómico y un modelo constitucional que no cierra un reconocimiento actualizado del Estado de las autonomías que, sin embargo, ha convertido con el pleno aval del Tribunal Constitucional y por la fuerza de la realidad, como subraya Garrorena, en un dato irreversible de nuestro modelo territorial el esquema organizativo del art. 152.1 CE que «se impone como Derecho a todos los territorios que opten por acceder a una verdadera autonomía política»[4]. Esto es, extender para todas las CCAA el mandato contenido en el art. 152.1 CE: «…la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey (…)».

En tercer término, algo no menos importante, la propia naturaleza jurídica de los Estatutos de autonomía. La naturaleza pactada de la norma y la concurrencia de dos voluntades en la norma institucional básica de cada Comunidad autónoma que contiene los mandatos propios para la organización de su autogobierno hace que las normas básicas que regulan la elección de sus Asambleas, especialmente en lo que afecta al sistema electoral, determina un *modus operandi* a través del cual los distintos elementos del sistema jueguen con las reglas propias de las mayorías necesarias en sede de las Cortes Generales. A todo ello debe sumarse una de las características propias de los Estados descentralizados[5] y que

3 A lo que debe sumarse lo previsto en el apartado 3 de la Disposición adicional primera que preceptúa que «Los restantes artículos del Título I de esta Ley tienen carácter supletorio de la legislación que, en su caso, aprueben las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a sus Asambleas Legislativas en el supuesto de que las mismas no legislen sobre ellos».

4 GARRORENA MORALES, A., «Tribunal constitucional y sistema electoral de las Comunidades autónomas. Una desafortunada jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, 2008, p. 265.

5 Véase, entre otros, PRESNO LINERA M.A., «Derecho electoral autonómico, redundante, reglamentario minimalista y rígido», *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 15, 2010, p. 116.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en el supuesto del ordenamiento español tiene desde su origen un efecto eco desde el art.152.1 de la CE y que se concreta en la tendencia a que el legislador autonómico reproduzca lo que el legislador nacional prevé para las elecciones al Congreso de los Diputados. Amén de la inicial y natural propensión de los distintos ordenamientos autonómicos de copiarse unos a otros, si bien con los matices propios de la coyuntura política en materia tan sensible como el reparto del poder representativo.

No cabe en modo alguno obviar, desde una perspectiva competencial[6] —tanto formal como materialmente—, que las leyes electorales autonómicas se encuentran delimitadas por mandatos expresos contenidos en la Constitución (art. 23, art. 81.1, art. 149.1.1, art. 152.1, entre otros), por la LOREG y por la norma institucional básica de su Comunidad autónoma, el Estatuto de autonomía. A lo que debe sumarse los efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional y las Instrucciones de la Junta Electoral Central cuando afectan a tales materias.

Sin duda, el derecho fundamental al sufragio activo y pasivo (art. 23 CE) es un derecho que, fuera de su núcleo duro, necesita de delimitación y desarrollo legal. Y el Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE). Los Estatutos de autonomía, por su parte, regulan los aspectos básicos del sistema electoral como expresión de su autogobierno. En ellos se contienen de forma generalizada: el tamaño del Parlamento autonómico (bien a modo de horquilla y remitiendo su concreción a la ley electoral, bien fijando un número mínimo o bien estableciendo un número fijo de diputados y diputadas que deben integrarlos); las circunscripciones territoriales; el carácter proporcional del sistema (incluso en ocasiones fija los márgenes máximos de proporcionalidad). En ocasiones establece la fórmula electoral y la barrera electoral.

Qué duda cabe que las reformas de los sistemas electorales autonómicos siempre han ido al compás de determinadas coyunturas de orden político que se han dado tanto en el ámbito autonómico como en el nacional o en ambos conjuntamente. Recordemos cómo, por ejemplo, se han ido incrementando las barreras electorales en diversos ordenamientos autonómicos (Galicia, Canarias, Baleares o Extremadura)[7] o la composición de los Parlamentos autonómicos aumentaba

6 Sobre cuestiones de delimitación competencial, remitimos, entre otros, a BIGLINO CAMPOS, P., «La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico», *Cuadernos y Debates*, nº 193, CEPC, Madrid, 2009, pp.11-42; ÁLVAREZ CONDE, E., «Las reformas estatutarias y los sistemas electorales autonómicos», *Cuadernos y Debates*, nº 193, CEPC, Madrid, 2009, pp. 79-108; GAVARA DE CARA, J.C., «La distribución de competencias en materia electoral en el estado de las Autonomías», *Cuaderno de Derecho Público*, nº 22-23, 2004, pp. 9-81.

7 No obstante, en algún supuesto, tal y como ha sucedido en Asturias y Navarra, se ha bajado la barrera electoral del 5% al 3%. Remitimos sobre el particular al estudio en profundidad que realiza OLIVER ARAUJO, J., *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

paulatinamente (Castilla-La Mancha[8], Comunidad Valenciana[9], etc.) hasta la legislatura que alumbró las elecciones autonómicas de 2011.

En el conjunto del Estado autonómico la natural tendencia de los sistemas electorales ha sido, básicamente y con carácter general, además de mantener la provincia como circunscripción electoral —con salvedades significativas como la de Canarias o Baleares— aplicar la fórmula d´Hont en la distribución de escaños; ir progresivamente aumentando las barreras electorales hasta límites casi insoportables como en el caso de Canarias y aumentar el número de representantes en sus respectivas Asambleas Legislativas.

Sin embargo, también al *statu quo* de los sistemas electorales, y a determinados aspectos del régimen electoral autonómico, les llega un punto de inflexión con la devastadora crisis económica que arrasó la confianza de la ciudadanía en las instituciones representativas y de gobierno. Todo ello, condimentado con los diversos escándalos de corrupción, ahondó en una profunda desafección y preocupación ciudadana en cuanto al modelo de funcionamiento de las instituciones democráticas que puso en el punto de mira a sus representantes políticos, al funcionamiento de los partidos políticos «tradicionales» y a sus políticas de alianzas.

Lo anterior se tradujo en una demanda de regeneración democrática a la vez que dio paso, entre otros, al surgimiento de movimientos ciudadanos y a su articulación política como representantes de un nuevo orden que irrumpen con inusitada fuerza en el escenario político y social, también, en el ámbito autonómico tras las elecciones de 2015.

Este cúmulo de circunstancias obtuvo una doble respuesta, en términos políticos y jurídicos, que se ha proyectado con efectos de fuerzas centrípetas en dos Legislaturas autonómicas y que necesariamente debemos diferenciar. La primera, la de 2011-2015 y la segunda, la actual, que se inicia en 2015 y finalizará, para la gran mayoría de CCAA, en 2019.

8 La Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha, disponía, en el art. 16 de su redacción original, que las Cortes de Castilla-La Mancha estaban integradas por 47 diputados. En la reforma de 2007 el art. 16 de la citada ley aumentó el número en 2 diputados más, 49 diputados. El mismo precepto se reformó en 2012 y se pasó de 49 a 53 diputados. Finalmente, en la reforma operada en 2014 se rebajó drásticamente ese número a 33 diputados.

9 El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV), hasta la reforma operada en 2006, preveía que Les Corts se integraban por un número de diputados no inferior a setenta y cinco ni superior a cien elegidos en la forma que determinara la Ley Electoral Valenciana (LEV). Ésta fijó el número de diputados en 89 (art. 11.1 LEV). Tras la reforma del Estatuto en el 2006, el art. 23.1 establece que, «Les Corts, estarán constituidas por un número de diputados y diputadas no inferior a noventa y nueve, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en la forma que determine la Ley Electoral Valenciana, atendiendo a criterios de proporcionalidad y, en su caso, de comarcalización». Dado que no se ha reformado la LEV el número de diputados es de 99.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. EL ANTECEDENTE INMEDIATO: LA REFORMA DE LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS TRAS LAS ELECCIONES DE 2011

En la legislatura 2011-2015, la acción política que se tradujo en reformas electorales concretas vino de la mano del Partido Popular, tal y como también ha evidenciado un sector de la doctrina[10].

Efectivamente, bajo el eslogan «más austeridad y reducción del déficit público», con la mayoría absoluta del PP, algunas Asambleas Legislativas reformaron sus respectivas leyes electorales y/o Estatutos para rebajar el número de diputados que componía la Cámara[11]. La reforma de mayor enjundia fue la que se llevó a cabo en Castilla-La Mancha en 2014. Con el apoyo de la mayoría absoluta del PP, y con la oposición parlamentaria en contra, se reformó el Estatuto de autonomía (EACM) y la ley electoral para, entre otras medidas, disminuir drásticamente el número de escaños del Parlamento pasando éste de 53 a 33 diputados[12]. No cabe obviar que, liderado por el Partido Popular, las Cortes de Castilla-La Mancha dos años antes, en 2012, habían reformado la ley electoral en sentido opuesto: se aumentó de 49 a 53 el número de escaños, aumento que no llegó hacerse efectivo. Como de todos es conocido, tanto la reforma estatutaria como la reforma de la ley electoral que adecuaba el mandato del art. 10.2 del EACM dieron lugar a la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad[13].

Más elocuente, expresando esa inescindible conexión entre reducción del tamaño del Parlamento y su concepción como una de las «medidas extraordinarias

10 Véase, entre otros, ARANDA ÁLVAREZ, E., «Calidad democrática y reformas electorales en las Comunidades Autónomas», en *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2015, pp. 179-205.

11 Sobre el particular remitimos a REVIRIEGO PICÓN F., «Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones», *Estudios de Deusto*, vol. 63/2, 2015, pp. 189 y ss.

12 El EACM optó por un modelo horquilla en la composición de las Cortes y es la ley electoral la que fija el número de representantes que integra las Cortes. La reforma del apartado segundo del art.10 EACM establece ahora que la Cortes están constituidas por un mínimo de 25 diputados y un máximo de 35, frente a su redacción anterior (reforma de 1997) en el que la horquilla se situaba en un mínimo de 47 y un máximo de 59 diputados. Sobre los efectos de esta reforma electoral han corrido ríos de tinta. Por exceder del objeto de este trabajo remitimos para un análisis sobre la misma a REVIRIEGO PICÓN F., «Las reformas electorales…», *op.cit*., pp. 202 a 215. De indudable interés resulta el trabajo de VIDAL MARÍN, T., *Sistemas Electorales y Estado Autonómico. Especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2006.

13 Se presentó recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del EACM por la que se modifica el aptdo. segundo del art. 10 del EACM al considerar que la citada reforma vulneraba los arts. 1.1, 2, 9.3, 23.2, 137, 152.1 y 153 a) de la CE (STC 197/2014, de 4 de diciembre). También se presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 4/2014, de 21 de julio, que en su artículo único modificaba el art. 16 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha, (Vid. STC 15/2015, de 5 de febrero). Para una visión amplia del devenir de la jurisprudencia constitucional sobre la materia en Castilla-La Mancha remitimos a GARROTE DE MARCO, M., «El control de constitucionalidad del sistema electoral de Castilla-La Mancha: a propósito de las SSTC 197/2014 y 15/2015», *Revista de la Asamblea de Madrid*, nº 32, 2015, pp. 279-300.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dirigidas a propiciar la reducción del déficit público», fue la reforma de la Ley 5/1987, de 27 de marzo, de Elecciones a la Asamblea Regional de Cantabria que se operó a través de la Ley 2/2012, de 30 de mayo, de Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Efectivamente, a través de la Disposición adicional novena de la Ley de Cantabria 2/2012 se modificó el art. 17 de la Ley 5/1987 de Elecciones al Parlamento de Cantabria reduciendo su composición a 35 diputados. Recordemos que en su redacción anterior se había fijado en 39 el número de diputados.

Amén de estas reformas que prosperaron se elevaron otras por el partido en el Gobierno (PP) en otras Comunidades que, no obstante, aun tramitándose, no llegaron a puerto. Entre éstas destaca la propuesta de reforma anunciada por el Presidente de Galicia, Núñez Feijóo, en julio de 2012, de reducir en 14 diputados el número de integrantes del Parlamento de Galicia (pasando de 75 diputados a 61)[14], también bajo el argumento de ahorro económico. Propuesta que no llegó a tramitarse en esa legislatura por la convocatoria de elecciones[15] y que se presentó en enero de 2014. Fue tomada en consideración por el Pleno el 11 de febrero de 2014[16].

En la misma línea argumental de reducción del déficit público, debe traerse a colación la presentación por parte del Consell del Proyecto de Proposición de Ley Orgánica de reforma de los arts. 23 y 24 del EACV[17]. La reforma preveía la reducción en un 20% del número de diputados y diputadas de Les Corts, pasando de los 99 actuales a 79 (art. 23.1). En coherencia con ello, esa disminución debía tener reflejo en el art. 24 EACV, que atribuye por provincia una asignación mínima de 20 escaños. De ahí que la reforma del art. 24 EACV previera la reducción de un mínimo de 15 diputados por cada circunscripción provincial, distribuyendo el resto del número total de los diputados entre dichas circunscripciones, según criterios de proporcionalidad respecto de la población, de manera que la desproporción que estableciera el sistema resultante fuera inferior a la relación de uno a tres. Esta iniciativa se vio complementada con la propuesta que lanzó el Presidente de la Generalitat, Alberto Fabra[18], el 24 de febrero de 2014, anunciando su intención de modificar la ley electoral valenciana. Una ambiciosa propuesta que pasaba por la elección directa de los votantes de un tercio de los diputados en las comarcas a través de

14 Se llegó a tildar esta propuesta de golpe de Estado, véase *el País* https://elpais.com/ccaa/2012/07/24/galicia/1343156674_556562.html.

15 Sobre la propuesta, véase, MARTÍNEZ ARRIBAS, F., «Reflexiones sobre la non nata reforma de la Lei de Eleccións ao Parlamento de Galicia», *Dereito*, Vol. 21, nº 2, Xullo-Decembro, 2012, pp. 1-33.

16 Por 41 votos a favor, 34 en contra y ninguna abstención (*BOPG*, n. 236, 12 de febrero de 2014).

17 *BOCV,* n. 209, 18 de diciembre de 2013, pp. 42.750 y ss.

18 Esta propuesta la realizó en el Club siglo XXI, véase, por todos, *El País*, https://elpais.com/ccaa/2014/02/24/valencia/1393265575_539121.html.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un sistema mayoritario en distritos uninominales. La elección de los dos tercios restantes, en el marco de la reducción del número de diputados que debían integrar Les Corts, se debía realizar conforme al sistema tradicional rebajando la barrera electoral[19]. El contenido de esta reforma recuerda, además de la que también había anunciado el anterior Presidente, Francisco Camps, y a la presentada en la Comunidad de Madrid por el entonces Presidente Ignacio González[20], basada en la propuesta que ya anunciara Esperanza Aguirre[21], con una diferencia, en la Comunidad de Madrid no se preveía la reducción de los 129 diputados que integran la Asamblea de Madrid. Reforma que, por cierto, para prosperar necesitaba dos tercios de los votos de los parlamentarios autonómicos y que tenía en contra a la oposición parlamentaria.

El objetivo que perseguía la reforma, en palabras del entonces Presidente Alberto Fabra, era conseguir a través de la elección directa de una parte de los representantes, la proximidad entre representantes y representados, amén de mayor responsabilidad, transparencia y control[22].

Sin embargo, comparto buena parte de las reflexiones de Pérez Moneo, cuando analiza la propuesta de reforma de la ley electoral que defendía el Presidente de la Generalitat, y aprecia, efectivamente, que cuando las comarcas no son homogéneas en población se puede romper el principio de igualdad de voto al sobre representarse las comarcas más despobladas. Ello, amén de otras consideraciones como la creación de circunscripciones artificiales —comarcas— que no tengan una representación territorial marcada, incide en la idea de sospecha de una ingeniería electoral que pudiera beneficiar al partido que la propone[23].

19 Para un análisis en profundidad de la propuesta remitimos a los trabajos de PÉREZ MONEO, M. A., «La posible reforma del sistema electoral de la Comunidad Valenciana», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 31, 2014, pp. 129-153 y de FLORES JUBERÍAS C., «En torno a la improbable comarcalización del sistema electoral valenciano» (Manuscrito de próxima publicación proporcionado por cortesía del autor).

20 El 7 de junio de 2013, propuso a través del Grupo Popular, el entonces Presidente, la creación de una la Comisión de Estudio sobre la posible reforma electoral de la Comunidad de Madrid. Ésta se creó el 21 de junio del mismo año con la aprobación de todos los grupos parlamentarios. El objetivo de la Comisión era aprobar un Dictamen que sirviera de orientación para la reforma de la Ley 11/1986 de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid. Remitimos al Dictamen elaborado por la Comisión, entre otros, para consultar los antecedentes de las distintas propuestas presentadas por el PP así como todos los antecedentes de propuestas presentadas por otros partidos políticos (*BOAM*, n. 191, 11 de julio de 2014).

21 Como recogía el titular de la noticia en *El País* «El grupo popular en la Asamblea presenta un proyecto para reformar la Ley Electoral con el fin de acercar los diputados a los ciudadanos». La entonces Presidenta impulsaba una reforma de la ley electoral que preveía que un tercio (43 escaños) de los 129 diputados de la Asamblea de Madrid fueran elegido en cada una de las 43 circunscripciones en que se dividía la región. Sin embargo, como también se relataba en la noticia «La modificación de la Ley Electoral no es algo nuevo para el PP de Madrid. En 2003, cuando Esperanza Aguirre era candidata a sus primeras elecciones autonómicas en la región, ya anunció su intención de modificar la Ley Electoral».

(https://elpais.com/elpais/2011/11/29/actualidad/1322558221_850215.html). Vid. *El Mundo*, de la misma fecha (http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/29/madrid/1322567719.html).

22 *El País*, https://elpais.com/ccaa/2014/02/24/valencia/1393265575_539121.html.

23 PÉREZ MONEO, M.A., *op.cit*., p.137.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En todo caso, el proyecto de reforma del Estatuto decayó en la legislatura. Los grupos parlamentarios PSOE y Esquerra Unida[24] presentaron enmiendas a la totalidad del proyecto y Esquerra Unida la presentó con texto alternativo[25].

Por su parte, también en la Rioja, el Grupo parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley de reforma de Ley Orgánica del Estatuto de Autonomía de la Rioja en la que se apuesta «en la actual coyuntura económica» por la rebaja del número de diputados y, en lugar de los 33 diputados actuales, se proponía 25. Proposición que tampoco prosperó[26].

En las Islas Baleares, a iniciativa del Gobierno del PP, se tramitó el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares con el objeto de reducir los 59 escaños del Parlamento balear a 43 escaños, de modo que también se reducía la asignación de escaños a la circunscripciones insulares[27]. Como en los supuestos anteriores, la justificación aducida no era otra que aplicar una medida de contención de gasto público. Sin embargo, tal y como aprecia Oliver Araujo, la propuesta estaba abocada al fracaso «y el trabajo de su tramitación resultaba estéril» pues la aprobación de la ley, tras la reforma del Estatuto en 2007, exigía una mayoría de 2/3 de la Cámara. Mayoría de la que carecía el único partido que apoyaba al Gobierno y que respaldaba la iniciativa[28].

Cabe también recordar otras dos propuestas de reformas que, no incidiendo directamente en la reducción de la composición de la Asamblea, dieron lugar a sendos debates de reforma y a la emisión de Dictámenes en la respectiva Comisión parlamentaria. Tanto en la Asamblea de Madrid, iniciativa impulsada por el Gobierno del PP[29], como en el Principado de Asturias, iniciativa a propuesta del Partido Socialista y Mixto, se puso sobre la mesa del debate político propuestas de orden jurídico que pretendían acercar al ciudadano con el elector y conseguir una mayor representatividad e igualdad en el peso del voto. Por su parte, a finales de esa legislatura el Pleno del Parlamento de Canarias aprobó los días 24, 25 y 26 de marzo de 2015 la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía[30] que, entre muchas cuestiones, afecta nuclearmente al sistema electoral. Sobre ésta nos detendremos en profundidad con posterioridad.

24 *BOCV,* n. 222, 24 de febrero de 2014, pp. 44.870 y ss.

25 *Ibidem*.

26 *BOPR*, n. 67, 26 de septiembre de 2013. Véanse las reflexiones que sobre este particular realiza ARANDA ÁLVAREZ, E., «Calidad democrática y reformas electorales en las Comunidades Autónomas»…, *op. cit*., pp. 185 a 187.

27 Sobre el particular remitimos a OLIVER ARAUJO, J., *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, *op. cit*., pp. 209-215 Resulta de enorme interés consultar el Dictamen del Consejo Consultivo 99/2014, de 24 septiembre, sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 8/1986 y el análisis que sobre el mismo realiza el citado autor (*Ibidem*, pp. 209 y 210).

28 *Ibidem*, p. 210.

29 *BOAM*, n. 191, 11 de julio de 2014.

30 *BOPC*, n.151, 13 de abril de 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el Principado de Asturias, y con un Gobierno Socialista en minoría[31], el 26 de junio de 2012, la Mesa de la Cámara admitió a trámite la solicitud de creación de una Comisión Especial no Permanente de estudio, debate y, en su caso, propuesta de reforma sobre el régimen electoral autonómico asturiano a instancia de los grupos parlamentarios Mixto y Socialista. El 24 de julio de 2012 se constituyó dicha Comisión[32]. Tras numerosas comparecencias en su seno, la Comisión elaboró un Dictamen sobre la base del cual se presentó la Proposición de Ley de reforma de la ley electoral por parte del PSOE, IU, UPyD el 3 de octubre de 2013. Sin embargo, su toma en consideración fue rechazada por el pleno el 31 de octubre del mismo año.

Recordemos que la Comisión propone mejorar el principio de proporcionalidad modificando la ley electoral a través de la aplicación de unos criterios en la atribución de escaños que lo mejora sensiblemente. Se opta por mantener los 45 diputados y la atribución de escaños a las tres circunscripciones infra provinciales pero en modo que 35 diputados se asignan a las tres circunscripciones actuales (central, occidental y oriental) y los 10 restantes se asignan en atención a los cocientes mayores no usados.

Los 35 escaños se distribuyen entre las tres circunscripciones en proporción a su población de derecho. Ello se realiza dividiendo 35 por la cifra total de población de derecho del principado de Asturias y se obtiene así la cuota de reparto. Se adjudica a cada circunscripción tantos diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho de la respectiva circunscripción por la cuota de reparto. En la atribución de los 35 escaños en función de los resultados de escrutinio no se tendrán en cuenta las candidaturas que no hubiesen obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

Por su parte, la atribución de los 10 escaños que no corresponde a las circunscripciones se realiza atendiendo a una serie de criterios entre los que destaca, por un lado, la barrera electoral. No se tienen en cuenta aquellos partidos, federaciones y coaliciones que sumando los votos obtenidos por su candidatura en cada una de las tres circunscripciones no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en el conjunto del Principado de Asturias. Por otro lado, para el resto de los partidos, federaciones y colaciones se sumarán, de cada una de sus candidaturas, los cocientes mayores no utilizados para la atribución de los 35 escaños. En esta operación se incluyen los resultados de las candidaturas que no hubiesen obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en alguna circunscripción.

Tras las elecciones de mayo de 2015, en Asturias, el PSOE, IU y Ciudadanos han retomado de nuevo esta propuesta.

31 Cabe recordar que tras el breve período, apenas diez meses, en el que gobierna F. Álvarez Cascos, de Foro Asturias, el Partido Socialista se hace con el Gobierno del Principado de Asturias y se lanza a un ambicioso proyecto de reforma electoral que tampoco vio la luz en esa Legislatura y que se retomó en la actual Legislatura.

32 *BOJG*, n. 69, septiembre de 2013.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este período electoral se vincula el discurso de la disminución de escaños a la reducción del gasto público, especialmente en las Comunidades gobernadas por el PP. Sin embargo, un tamaño más reducido del Parlamento tiene consecuencias directas, como ya ha puesto de relieve la doctrina, en la desigualdad de la representación, muy especialmente cuando no se entra a modificar otros elementos que interactúan dentro del sistema electoral, como pudiera ser la propuesta de reducción de las barreras electorales. En general son propuestas mediatizadas para conseguir resultados distintos ante el desgate que sufre el partido del Gobierno con la fuerte crisis económica que asola al país. Solo así, por ejemplo, se entiende la reforma que con apenas unos meses de diferencia se realiza en la composición de la Asamblea en Castilla-La Mancha en direcciones opuestas.

Debe observarse que los efectos de la disminución de escaños en la composición de la Cámara adquieren un especial significado cuando el legislador se aleja de la opción de la proporcionalidad en las reformas electorales.

No puedo menos que compartir el criterio de que muchas de las reformas impulsadas por el Partido Popular, destinadas a disminuir el número de representantes en los Parlamentos autonómicos, respondían, en buena medida, a una estrategia de comunicación social[33]. A pesar de no contar con los apoyos suficientes para que pudieran, incluso, prosperar, de ellas se hacían eco, con bastante antelación y antes de su tramitación, los medios de comunicación. Por otro lado, muchas de las propuestas de reformas no tenían nada de inocentes si se analizan en detalle y se proyecta en sus resultados la conjunción de los elementos que integran el sistema electoral concreto. No son pocas las propuestas de reforma que podían beneficiar en su diseño al partido que las impulsaba.

En todo caso, parece claro que tales intentos ni convencieron ni evitaron que en las siguientes elecciones los ciudadanos votaran a partidos que defendían sin tapujos la necesidad de reformar los sistemas electorales para hacerlos más justos y equitativos. Defensa ésta que parecía circunscribirse a la demanda, especialmente reiterada, de IU[34] en el ámbito de las elecciones generales, aunque no exclusivamente[35].

33 Entre otros, ARANDA ÁLVAREZ, E., «Calidad democrática y reformas electorales en las Comunidades Autónomas»…, *op. cit*., p.182.

34 Por ejemplo, UPyD, también la reclamaba. En el ámbito autonómico, en la Asamblea de Madrid, el Grupo Parlamentario de UPyD registró el 6 de octubre de 2011 una Proposición de Ley para la modificación de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid, donde instaba también al Gobierno de la Comunidad de Madrid a la reforma del Estatuto de autonomía y a la presentación de un Proyecto de Ley de iniciativa legislativa de la Asamblea ante el Congreso de los Diputados para la modificación de la LOREG. Se proponía rebajar el umbral de voto del 5% al 3%, el cambio del sistema D`Hondt al sistema Hare, la reducción del número de diputados de 129 a 70, el desbloqueo de las listas electorales utilizando el método Balinski y Laraki, la incompatibilidad del cargo de Diputado con el cargo de Alcalde o Concejal y la reducción de los gastos electorales. (Vid. *BOAM*, n. 191, 11 de julio de 2014, p. 23029).

35 Sirvan de botón de muestra, las reiteradas e históricas propuestas de IU para reducir a una sola circunscripción las cinco circunscripciones electorales en las elecciones a la Asamblea de la Región de Murcia antes de la reforma de 2015 de la Ley electoral. A tales efectos, véase, SIERRA RODRÍGUEZ, J., *op.cit*., p. 181.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. IMPULSO Y CONTENIDO MATERIAL DE LAS PROPUESTAS DE REFORMAS TRAS LOS COMICIOS AUTONÓMICOS DE 2015

1. **Perspectiva de conjunto y tipos de reforma electoral**

Amén de las reformas efectivas centradas en la disminución del número de escaños de la legislatura 2011-2015 el descontento ciudadano, como ya se ha dicho, terminó abocando a que los nuevos partidos emergentes nacidos al amparo de la decepción con los partidos tradicionales irrumpieran también en las elecciones autonómicas de 2015. El mismo sistema electoral[36] alumbra un escenario de fuerte fragmentación política en los Parlamentos Autonómicos. Los gobiernos en minoría marcan tendencia y los acuerdos programáticos para cambiar la ley electoral se imponen en los acuerdos de gobiernos.

El resultado de las urnas propició *ab initio* en el seno de varios Parlamentos autonómicos un debate de calado sobre la necesidad de reformar aspectos esenciales del respectivo sistema electoral. Debate vicario, en cierto modo, de la demanda de la que se habían hecho eco los nuevos partidos en sus respectivos programas electorales ante los ciudadanos sobre la necesidad de contar, entre otras, con un sistema electoral más justo que diera igual valor al peso del voto de los ciudadanos para elegir a sus representantes.

Pero no solo, junto a la demanda de contar con un sistema electoral que mitigara los efectos de la desigualdad en cuanto al peso en el valor del voto, y con el objetivo de hacerlos más proporcionales, se proponen otras medidas que se entienden dentro del ámbito de la «regeneración democrática». Algunas de las reformas que se prometen inciden no solo en los elementos que integran *stricto sensu* el sistema electoral (fórmula electoral, rebaja de la barrera electoral, reparto más equitativo en la atribución de escaños en atención a la población, listas abiertas con voto preferencial, listas cremalleras, etc.) sino que también afectan a otros aspectos del régimen electoral a través de cual se articula el derecho de la participación política (facilitar la participación política, especialmente de los colectivos más vulnerables; remover los obstáculos del voto en el exterior; campañas electorales y la imposición legal, en su caso, de realizar debates electorales televisados, etc.), y al sistema de partidos políticos (realizar primarias obligatorias, etc.).

No es de extrañar, pues, que nuevas fuerzas políticas o coaliciones de partidos que con el mismo sistema electoral habían conseguido acceder, ahora sí, al

36 En las trece Comunidades autónomas en las que se celebraron elecciones autonómicas Podemos obtuvo escaños en todos los Parlamentos autonómicos y Ciudadanos accedió a la representación en diez de ellos: Aragón (Podemos 14 escaños y Cs 5 escaños); Asturias (Podemos 9 y Cs 3); Baleares (Podemos 10 y Cs 2); Canarias (Podemos 7); Cantabria (Podemos 3 y Cs 2); Castilla La-Mancha (Podemos 3); Castilla León (Podemos 10 y Cs 5); Extremadura (Podemos 6 y Cs 1); Madrid (Podemos 27 y Cs 17); Navarra (Podemos 7); Murcia (Podemos 6 y Cs 4); La Rioja (Podemos 4 y Cs 4) y Comunidad Valenciana (Podemos 13 y Cs 13).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

escaño planteasen la reforma de algunos aspectos del sistema que les pudiera excluir en el futuro de la representación parlamentaria, incluso, obteniendo más votos que otros partidos en idéntica circunscripción. Esta demanda, obviamente, no ha sido en modo alguna exclusiva de los ya no tan nuevos partidos, también de quienes se habían quedado a las puertas de entrar en sus respectivos Parlamentos por efecto del sistema electoral en legislaturas pasadas (básica, aunque no exclusivamente, por el efecto de la barrera electoral).

La demanda sobre un sistema electoral que propiciara la igualdad en el peso del voto de los ciudadanos cuando eligen a sus representantes caló en la ciudadanía. Ello explica también las sinergias políticas en determinados ordenamientos autonómicos cuando cambia el signo político del partido o coalición de partidos que les gobierna tras las elecciones de 2015 (C. Valenciana) o los pactos que debían realizar para alcanzar el gobierno de la Comunidad con el apoyo de partidos emergentes (por ejemplo, el caso de Murcia que para investir a su Presidente, el PP recibió el apoyo del Ciudadanos con el acuerdo de reformar la ley electoral en dirección opuesta a la que había defendido el mimo partido en la anterior legislatura autonómica) han activado la puesta en marcha de las respectivas reformas.

En la Comunidad de Madrid, tras ganar el PP en las elecciones de 2015 y gobernar sin la mayoría absoluta, el 23 de mayo de 2016, la Presidenta de la Comunidad da luz verde a la reforma del Estatuto de autonomía. Tal y como se hacen eco los medios de comunicación[37] , la reforma tiene como objeto reducir la composición de la Asamblea de Madrid, fijando una horquilla entre 80 y 100 diputados. También anuncia la posibilidad de crear varias circunscripciones cuyo número no detalla. Ahorro económico y mayor cercanía entre representantes y representados constituyen la línea argumental de un discurso inserto entre las medidas de regeneración democrática.

Tras las mismas elecciones, en Asturias y en Canarias se retomaron las propuestas de reformas tramitadas en la legislatura de 2011. En Asturias, en la actual legislatura, se ha presentado la Proposición de Ley de reforma de la Ley del Principado de Asturias 14/1986, de 26 de diciembre, sobre el régimen de elecciones a la Junta General[38]. En Canarias se ratifica la propuesta de reforma del Estatuto, a la que ya hemos hecho referencia, y que analizaremos posteriormente.

Amén de la concluida reforma electoral que se ha llevado a término en Murcia, las reformas que se plantean en Canarias y en la Comunidad Valenciana plantean la oportunidad de compatibilizar la reforma de los Estatutos de autonomía a la vez que sus respectivas leyes electorales y, en su caso, de priorizar por los tiempos el alcance de las reformas. En Canarias la reforma del Estatuto está en trámite en sede del Congreso de los Diputados, a la vez que paralelamente una

37 Véase *el Mundo* que bajo el titular «Cristina Cifuentes aprueba modificar el Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid» recoge las distintas medidas que tienen como objetivo «acercar la política a los ciudadanos» (http://www.elmundo.es/madrid/2016/05/23/5742e236e5fdea3e7b8b45c9.html).

38 *BOJG*, 19-1, 3 de febrero 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comisión del Parlamento también la estudia. En la Comunidad Valenciana se ha abierto un debate sobre la necesidad de abordar una, otra o las dos. Ello justifica un estudio sobre la mecánica de la reforma en ambos ordenamientos autonómicos. No obstante, con carácter previo, debemos precisar el objeto de las reformas que se plantean llevar a cabo.

El nexo común de todas las reformas electorales que se están abordando en las respectivas Asambleas, o la que ya se ha concluido en Murcia, afecta a algún aspecto del sistema electoral. En algún supuesto, como el de Canarias, la reforma que se estudia afecta al sistema electoral en su conjunto. En el caso valenciano, la reforma que se pretende abordar afectaría a algunos de los elementos del sistema electoral y a otros aspectos del régimen electoral. Esta también es la situación en el Principado de Asturias donde se plantea no solo la reforma del sistema electoral sino determinados aspectos del régimen electoral (presentación de candidaturas, imposición de primarias para optar a ser cabeza de lista, régimen de incompatibilidades, etc.). En Murcia, a través de la Ley 14/2015, de 28 de julio, de reforma de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, Electoral de la Región de Murcia se reforma profundamente el sistema electoral y se abordan otros aspectos del proceso electoral.

Fuera de estos ejemplos, destacan otros compromisos verbales entre el partido de gobierno y otras fuerzas políticas para reabrir de nuevo reformas electorales. El caso más paradigmático es el de Castilla-La Mancha. Según revelaban los medios de comunicación el PSOE y Ciudadanos han llegado al acuerdo de volver a reformar el Estatuto de autonomía y la Ley electoral castellano manchega[39]. La idea, tal y como trasciende en los medios de comunicación, es tramitar la reforma en los primeros meses de 2018 con el acuerdo de todas las fuerzas políticas. Se baraja, entre otras, aumentar el tamaño de las Cortes.

2. El estado de la cuestión en las CCAA uniprovinciales con circunscripciones infra provinciales.

El Principado de Asturias junto con la Región de Murcia han sido, y Asturias sigue siéndolo, las dos Comunidades uniprovinciales que optaron por circunscripciones infraprovinciales. Ello ha dado lugar, como en tantas ocasiones se ha repetido y analizado, a una gran distorsión en la desigualdad del valor del voto entre los distritos y las fuerzas políticas votadas por efecto de la desproporcionalidad[40].

39 http://www.periodicoclm.es/articulo/politica/page-rivera-ciudadanos-gobierno-acuerdo-fulminar-ley-electoral-cospedal-estatuto-castilla-la-mancha/20170421171259006 76;http://www.lanzadigital.com/castilla-la-mancha/castilla-la-mancha-pretende-acordar-una-reforma-estatutaria-elimine-aforamientos-cambie-ley-electoral-blinde-los-derechos-sociales/

40 Véase, por todos, SIERRA RODRÍGUEZ, J., *El sistema electoral de la Región de Murcia: regulación, balance (1983-2015) y perspectivas*, Dykinson Madrid, 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, y aún siendo cierto que este hecho ha estado muy presente en el debate académico y político[41], la preocupación por el cambio no se hace efectiva, al menos en Murcia[42], hasta que se conecta el debate sobre la preocupación la ciudadana y la irrupción de nuevas fuerzas políticas que condicionan de manera efectiva la investidura del Presidente de Murcia tras las elecciones de mayo de 2015. Resulta ilustrativo comprobar, en perspectiva histórica, que independientemente de quien fuera el partido ganador en las correspondientes elecciones, la oposición demanda el cambio de la ley electoral. Por ejemplo, tal y como ha analizado Sierra Rodríguez, en el año 1989 el Grupo Parlamentario Popular presentó una reforma de la ley electoral en la que se demandaba una circunscripción única y que no prosperó. Tras las elecciones autonómicas de 1995, el PP e IU firmaron un acuerdo para reformar el sistema electoral y adoptar una circunscripción única. No obstante, la propuesta presentada por IU, en julio de 1998, en esta dirección fue rechazada a través de una enmienda a la totalidad, a pesar de que en el discurso de investidura del Presidente del Gobierno Regional del PP, Ramón Valcárcel, había hecho alusión a la búsqueda del consenso para llevarlo a cabo. En 2003 se reitera la proposición de IU —Grupo Mixto— y el PP vuelve a rechazarla a través de una enmienda a la totalidad[43].

No podemos menos que recordar que la singularidad del sistema electoral de Murcia residía en una distribución de escaños en cinco circunscripciones infra provinciales (Valle del Guadalentín, Campo de Cartagena y Mar Menor, Vega del Segura, Noroeste y Río Mula y Altiplano). Tres de estas circunscripciones eran de baja magnitud electoral. Ello provocaba un efecto desproporcional, castigando a las fuerzas políticas minoritarias al conjugarse con una barrera electoral del 5% regional. Ésto ha supuesto la exclusión de diversos partidos que han concurrido a las elecciones en distintos períodos, sufriendo los efectos de la excluyente barrera regional, a pesar de haber podido obtener escaño en su respectiva circunscripción. Buena muestra de ello, por traer a colación ejemplos de las elecciones más recientes, es lo que sucedió en las elecciones de 22 de mayo de 2011, donde en la comarca de Vega del Segura, en la que se elegían 21 diputados, UPyD, pese a obtener el 5,4% de los votos del distrito electoral, correspondiéndole un diputado aplicando la regla d´hont, no accedió al reparto de escaños porque a nivel regional obtuvo un 4,6% de los sufragios emitidos[44]. En las elecciones de 2015, fue la coalición, que integraba a IU, «Ganar La Región de Murcia» la que se

41 Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, L., «El régimen electoral de Murcia», *Cuadernos de Derecho Público*, n. 22-23, 2004, pp. 402-404.

42 Para un estudio detallado sobre las distintas propuestas de reforma y la posición mantenida por los partidos políticos en Murcia en los distintos períodos, incluido el inmediatamente anterior a la reforma de 2015, remitimos a SIERRA RODRÍGUEZ, J., *El sistema electoral…op.cit*., pp. 174 a 195.

43 Cfr. SIERRA RODRÍGUEZ, J., *El sistema electoral…op.cit*., p. 181.

44 Cfr. SIERRA RODRÍGUEZ, J., *El sistema electoral…op.cit*., pp. 128 y 129 y OLIVER ARAUJO, J., *Las barreras electorales…op.cit*., pp. 146 y 147.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quedó fuera del reparto de escaño, también en la misma circunscripción, por haber obtenido el 4,8% regional, a pesar de que superó con votos al último partido que obtuvo escaño por esa circunscripción[45].

La reforma de la ley electoral de la Región de Murcia, operada por la Ley 14/2015 y aprobada por unanimidad de la Asamblea[46], rebajó la barrera electoral del 5% al 3% (art.15 LEM) y ha reducido las cinco circunscripciones a una única circunscripción (art. 13 LEM). Entre las reformas más significativas que afectan al proceso electoral, utilizado este término en sentido amplio, caben destacar: la obligación de realizar debates electorales durante el período de campaña electoral —art. 26.2 LEM—; la ampliación de las incompatibilidades —entre ellas, la de los miembros de corporaciones locales de los municipios de la Región de Murcia (art. 5.3 e) LEM)—; y otros que afectan a la Administración Electoral, por ejemplo, la habilitación de la Junta Electoral de Murcia para imponer multas de hasta 1200 euros (art. 10 d) LEM).

En Asturias, como ya hemos avanzado, en la actual legislatura, el PSOE, IU y Ciudadanos retomaron la propuesta anterior y tras las elecciones de 2015 presentan conjuntamente la Proposición de Ley de reforma de la Ley del Principado de Asturias 14/1986, de 26 de diciembre, sobre el régimen de elecciones a la Junta General. Esta proposición está basada en el Dictamen emitido en la Comisión de estudio a la que ya hemos hecho referencia.

Tal y como recoge la propia Proposición tres son los principios que inspiran la reforma. El primero, es el de equilibrio en la representación, y la igualdad en el valor del voto de todos los electores. Para ello se propone un cambio en el sistema de asignación de escaños por circunscripción, pasando de un sistema por fórmula d'Hondt a una cuota de reparto. «Este hecho permite que se mantenga la representación territorial adscrita para las circunscripciones Oriental y Occidental a la vez que se perfecciona el equilibrio entre los escaños asignados a las mismas y el porcentaje de población que suponen respecto del Principado en su conjunto. Segundo, se establece un sistema de miembros mixtos con la superposición de un distrito único de 10 escaños, los cuales pasan a asignarse en función de los mayores cocientes no usados tras aplicarse la fórmula d'Hondt en las circunscripciones».

El segundo principio que inspira la reforma se sustancia en la mejora de la rendición de cuentas de los diputados y fomentar la vinculación directa de todos los candidatos con sus electores. La proposición de ley introduce un sistema de listas flexibles o listas desbloqueadas. «Ello supone que el votante, de manera opcional, podrá marcar una serie de votos preferenciales dentro de la lista del partido por el que escoja votar. Aquellos candidatos que superen un umbral del 5 % sobre el conjunto de sufragios del partido pasarán a ser elegidos de manera preferente».

45 *Ibidem*.
46 Si bien la reforma fue impulsada por Ciudadanos, PSOE y Podemos.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El tercer principio es la mejora de la calidad democrática de los partidos políticos, el incremento de la transparencia y el fomento de la participación electoral. De entre las distintas medidas en este ámbito destaca la siguiente: «los partidos políticos y federaciones deberán seleccionar al candidato que presenten a la Presidencia de la Comunidad Autónoma, que encabezará la lista por la circunscripción que determinen, mediante un proceso democrático que garantice la concurrencia de candidatos y la participación directa de, al menos, sus militantes».

Una ambiciosa propuesta de reforma que se ha topado con numerosos obstáculos, tal y como vienen subrayando los informes de los servicios jurídicos de la Cámara, y sobre los que se han hecho eco los medios de comunicación[47].

IV. LAS VARIABLES JURÍDICAS Y POLÍTICAS EN LA MECÁNICA DE LA REFORMA ELECTORAL

1. **Política y mecanismos de reforma**

Que la reforma de los elementos que definen un sistema electoral no tiene nada de inocentes, es un hecho que está más que contrastado por la Ciencia Política. Sin embargo, hay un dato que conviene tener presente a la hora de analizar el impacto de las decisiones políticas defendidas y, en su caso, la responsabilidad de llevarlas a término —no como pura actuación de maquillaje mediático—, cuando, por lo demás, la viabilidad de la misma admite ser contrastada con la utilización de la técnica jurídica y de las mayorías que se requieren para hacerlas efectivas.

Resulta evidente que los Estatutos de autonomía regulan los aspectos básicos del sistema electoral como expresión de su autogobierno. Sin embargo, la ley electoral no solamente regula o desarrolla elementos nucleares del sistema electoral respectivo sino también múltiples aspectos del régimen electoral que exclusivamente le corresponde al legislador autonómico, desde una perspectiva competencial, normar. Tales competencias afectan, por ejemplo, a la vertiente prestacional del ejercicio del derecho de sufragio (incorporación de nuevas tecnologías en el sistema de votación); a la elección del tipo de listas —cerradas y bloqueadas o limitadas con voto preferencial—; a la opción, en su caso, de maximizar la apuesta de la composición paritaria del Parlamento; o a otras reglas de campaña electoral y/o de subvenciones y a tantas otras, tales como, la posibilidad de

47 Véase, por ejemplo, http://www.elcomercio.es/politica/201705/03/segundo-intento-reforma-electoral-20170503000550-v.html. En esta línea la prensa destaca que «a instancias del informe de los servicios jurídicos de la Cámara, hubo que prescindir de planteamientos relevantes bien porque eran de competencia estatal, bien por problemas de inconstitucionalidad. Así se quedaron fuera las primarias obligatorias, los debates regulados, el voto anticipado, la sustitución de diputados...». El texto acabó centrándose en dos cuestiones: el desbloqueo de las listas y el diseño de un sistema de voto más proporcional que, manteniendo las tres circunscripciones, resultase más equilibrado.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

establecer plazos distintos para el escrutinio (lo que podría incidir en el ejercicio efectivo del derecho de sufragio de quienes residen en el exterior).

Pues bien, a diferencia de la mecánica procedimental y de las mayorías necesarias para aprobar la reforma de los Estatutos de autonomía, las leyes electorales autonómicas alcanzan un blindaje para su reforma difícilmente justificable. Blindaje que no solo impacta en la aprobación y/o reforma de los elementos nucleares del sistema electoral sino en el conjunto de la ley electoral. Sin olvidar que muchos de los preceptos contenidos en las mismas, además —y en mala técnica normativa— plasman normativa básica de la LOREG que, a su vez, ya ha sido reformada por el legislador orgánico sin ser reflejada, siquiera, en la ley electoral autonómica.

Por ello no puedo dejar de compartir el parecer de Garrorena cuando afirma que «la Constitución para los postulados básicos y más generales del derecho de sufragio y el Estatuto de Autonomía para las opciones primarias del modelo electoral autonómico (…) satisfacen, en mi concepto, todas las exigencias de rigidez que el régimen electoral de las Comunidades Autónomas pudieran tener, y hacen verdad la afirmación de que la rigidez de la ley electoral no encuentra respaldo suficiente en ninguno de los fines que este instituto tiene atribuidos»[48]. Sin duda, el «núcleo electoral» autonómico lo constituyen aquellas normas que por estar contenidas en el Estatuto son normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, jerárquicamente superiores, y supuestamente dotadas de mayor rigidez. De ahí que éstas conforman canon de constitucionalidad frente a lo que las leyes electorales autonómicas desarrollen de ese contenido electoral estatutario.

Amén de las consideraciones que cabría realizar, y que excederían de este trabajo, sobre cuáles son las normas electorales que deben ser blindadas por el Estatuto y cuáles las desarrolladas por ley autonómica; la pregunta que debiéramos formularnos es por qué resulta más fácil reformar un Estatuto de autonomía que una ley electoral blindada por mayorías que petrifican esa ley autonómica.

A mi juicio, con independencia de cualquier valoración y análisis técnico-jurídico, la exigencia de incisivas mayorías cualificadas para reformar la ley condiciona un debate político que no termina de transparentar a la ciudadanía los objetivos que se persiguen con la reforma a la vez que dificulta el alcance de las mismas aunque, incluso, sean meramente técnicas al objeto de dotar de seguridad jurídica a la norma electoral desfasada en el tiempo.

Con la oleada de reformas estatutarias iniciadas en el 2006 se ha reforzado aún más la tendencia a exigir mayorías reforzadas para aprobar las leyes electorales. Sin

48 Efectivamente, «Como refuerzo de la supremacía no puede existir porque tal supremacía no concurre en el caso de la ley electoral autonómica y como técnica para la estabilidad normativa y para la defensa de las minorías carece de toda justificación porque esos fines ya los cumplen o aseguran otras normas; justo aquellas únicas en las que tiene sentido que el principio de las mayorías ceda al mayor valor de otros bienes» (GARRORENA MORALES, A., «Reforma y rigidez de la ley electoral en las Comunidades Autónomas», en *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Iustel, Madrid, 2008, p. 68).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

duda, han aumentado los ordenamientos autonómicos que han petrificado sus leyes electorales como ha sido puesto de relieve[49] . Buen ejemplo de ello es lo que ha ocurrido con las reformas de los EEAA de la C. Valenciana de 2006, que incrementó la mayoría exigida de 3/5 a los 2/3; el de les Illes Balears de 2007, que pasó de la mayoría absoluta a exigir 2/3 o el de Cataluña de 2006, que exige ahora expresamente la mayoría de 2/3 para su aprobación. En la actualidad, la gran mayoría de los ordenamientos autonómicos prevé el carácter reforzado de su ley electoral. La exigencia de mayorías cualificadas, que van de la mayoría absoluta hasta la mayoría de 2/3, invade el panorama autonómico.

La exigencia de mayorías altamente cualificadas condiciona decisivamente la posibilidad de reformar las leyes electorales autonómicas, petrificándolas en todos sus aspectos. Su afectación al discurso político adquiere magnitudes relevantes. Por lo demás, puede, como ocurrió en la legislatura de 2011, coadyuvar al partido del gobierno a proponer reformas que pudieran alcanzar «buena venta» de cara a la ciudadanía pero cuya viabilidad en términos jurídico-políticos es prácticamente nula, trasladándose, incluso, la responsabilidad de su falta de viabilidad a la oposición a la que objetivamente la reforma del sistema electoral propuesto pudiera perjudicar.

Independientemente de que algunas de las reformas electorales que se proponen pudieran afectar al núcleo electoral del Estatuto de autonomía, lo cierto es que en el debate político actual se analiza la pertinencia de si las propuestas de reformas condicionan la previa reforma del Estatuto o si, por el contrario, la viabilidad de las mismas se alcanza con la exclusiva modificación de la ley electoral. Lo cierto es que dependiendo del alcance de las mismas una u otra vía resultaría factible. La lógica, sin embargo, de las mayorías en el ámbito de la reforma estatutaria no se acompasa con las mayorías que exigen las reformas de las leyes electorales. La consecuencia es nefasta para algunos ordenamientos.

Uno de los ejemplos que mejor ilustra la afirmación anterior es lo que ha ocurrido con la reforma del EACV de 2006 y se contrasta con la imposibilidad de reformar la LEV que debe hacer efectivo los mandatos estatutarios en la materia y que, sin embargo, no se ha reformado porque 2/3 de los diputados no han alcanzado un acuerdo sobre la reforma al mantener posiciones enfrentadas sobre el particular.

Ello ha acarreado serias disfunciones y el problema no se centra en lo que podríamos definir como cuestiones técnico-jurídicas sino en las mayorías políticas necesarias para resolverlas adecuadamente. Siguiendo con el ejemplo, si con la reforma del Estatuto valenciano en el 2006, se suprimió la referencia a la barrera electoral, tras arduas negociaciones entre las distintas fuerzas parlamentarias para alcanzar el necesario consenso, lo cierto es que la vigente ley electoral de 1987 la sigue contemplando en el art. 12.a): «No se tienen en cuenta aquellas candidaturas

49 Entre otros, GARRORENA MORALES, A., «Reforma y rigidez…», *op. cit*., pp. 35 a 43.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que no hubieran obtenido al menos el 5 % de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana». En consecuencia, y a pesar de su supresión en el Estatuto, se sigue aplicando dicha barrera electoral porque no se ha conseguido el consenso suficiente para modificar la LEV. Se ha trasladado una decisión política, resuelta técnicamente en el marco estatutario, a un callejón sin salida en la ley autonómica dado el necesario concurso del PP para proceder a la reforma de la LEV. Ello, al menos, hasta la actual legislatura donde las mayorías podrían arrojar un resultado diferente.

En todo caso, podemos afirmar que la entrada de nuevas fuerzas políticas en las elecciones autonómicas de 2015 también parece marcar un punto de inflexión en esa trayectoria hasta hace bien poco ascendente de blindar las leyes electorales autonómicas exigiendo unas mayorías cada vez más incisivas para su aprobación y reforma. Efectivamente, en distintos ordenamientos se plantea rebajar la mayoría cualificada que petrifica cualquier posibilidad de reforma de la ley electoral.

Una muestra de ello es lo que ocurre con la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias en la que se propone rebajar de 2/3 a 3/5 la mayoría necesaria.

2. **La propuesta de reforma del sistema electoral en el Estatuto de Canarias**

El sistema electoral canario cuenta con el dudoso honor de ser calificado como el sistema más desigual e injusto en cuanto al valor del voto de toda la España autonómica y el que acusa mayores niveles de *Malapportionment* si se compara con otros países de mundo[50]. Goza de unas características propias que lo hacen absolutamente diferente al resto de CCAA, incluyendo a Baleares. Sin duda, y como desde el inicio ha denunciado la doctrina[51], es un sistema desproporcional, poco representativo de la distribución de fuerzas políticas en Canarias y resulta «hasta frustrante e injusto»[52].

Ello se produce básicamente por una atribución de escaños en las circunscripciones electorales, las islas, que no atienden a criterios de población. Por razones históricas, con pleno amparo constitucional, se optó estatutariamente, con el

50 Véase, FERNÁNDEZ ESQUER, C. y MONTERO, J. R.; «El sistema electoral canario: Representación desproporcional y desigualdad del voto», en *Textos para la reforma electoral de canarias*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016, tabla 5, p. 59. También las denuncias reiteradas al respecto de LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral canario. La insoportable permanencia de una Disposición transitoria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 51, 1997, pp. 95-139.

51 Como bien define Hernández Bravo de Laguna, refiriéndose al sistema electoral canario, «ese Guadiana que aparece y desaparece por épocas de la escena política de las islas, ha sido siempre una cuestión problemática en la vida política canaria, un asunto polémico recurrente en el Archipiélago desde los tiempos preautonómicos…» (HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., «La posición de las islas no capitalinas en Canarias, Mecanismos de defensa de sus intereses al margen del sistema electoral», en *Textos para la reforma electoral de Canarias*, *op. cit*., p. 127).

52 *Ibidem*, p. 127.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

posterior aval del TC[53], por lo que se conoce como el sistema de la triple paridad en el sistema de atribución de escaños que, a la postre, y en la actualidad, se traduce en que el voto del 83% de los electores decide el 50% de los escaños mientras que el 17% restante decide quiénes integran la otra mitad del Parlamento de Canarias.

Efectivamente, la atribución de escaños en un Parlamento de 60 diputados que atiende a idéntica distribución en número de escaños entre las islas capitalinas (15 escaños para Tenerife y 15 escaños para Gran Canaria), las no capitalinas frente a su respectiva isla capitalina (Fuerteventura 7 y Lanzarote 8/ La Palma 8, Gomera 4 y el Hierro 3) y las dos provincias (que en el conjunto de las islas que integran cada provincia suman un total de 60 escaños, 30 escaños por provincia) ha conllevado a que se haya atribuido un número de escaños proporcionalmente mayor a las islas con menor densidad poblacional. El voto de los ciudadanos de la isla menos poblada, el Hierro —con 3 escaños y 10.685 electores— vale algo más de 17 veces que la de los votantes de la isla con mayor número de habitantes, Tenerife —con 15 escaños y 706.220 electores—.

Si a ello unimos la interacción de una serie de elementos estructurales que definen y determinan los efectos del sistema electoral —como son el tamaño del Parlamento, la fórmula electoral para la traducción de los votos emitidos en escaño, la magnitud de las circunscripciones electorales y la barrera electoral—, tal y como se configura en el vigente Estatuto, tras su reforma de 1996, hace que en un Parlamento más bien reducido, con muchas circunscripciones, con un prorrateo desviado alto de atribución de escaños, con una magnitud baja de escaños en algunas de las islas y una barrera electoral excesivamente desmesurada y sin parangón, acrecienten la desproporcionalidad desde la perspectiva de la representación política[54]. Sin duda se desvirtúa en grandes magnitudes el principio de igualdad en el derecho de sufragio[55].

Especialmente desmesurada ha resultado la barrera electoral impuesta en el Estatuto de autonomía[56]. Debe recordarse que en la primera redacción del Estatuto de Autonomía de Canarias del 82, la barrera electoral se fijó de forma alternativa en el 5% regional o en el 20% insular para poder acceder al reparto de escaños. En la reforma del Estatuto que se operó en 1996 se fijó alternativamente en el 6% regional o el 30% insular, al que se añadió el supuesto —al que no se aplicaba el 6% o el 30%— de ser la «primera fuerza» en la isla. Extremo éste, como recuerda López Aguilar, «introducido en la fase final de la elaboración de

53 Véase la STC 72/1989, dictada en recurso de amparo, y la STC 225/1998, recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo.

54 Por todos remitimos a ÁLVAREZ GIL, R., *El principio constitucional de proporcionalidad en el sistema electoral autonómico canario. Análisis de su experiencia histórica en el autogobierno*, Aranzadi, Navarra, 2015.

55 Véase, por todos, LÓPEZ AGUILAR, J. F.; «El sistema electoral autonómico canario: Una revisión necesaria, imperiosa e inaplazable», en *Textos para la reforma electoral de Canarias*, *op. cit*., pp. 154 y ss.

56 Sobre el particular, remitimos, entre otros a PÉREZ SÁNCHEZ, G., «Las barreras electorales», en *Textos para la reforma electoral de Canarias, op.cit.,* pp. 70-102.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la reforma al objeto de evitar el perverso efecto de «dejar sin representación» a una fuerza insularista que, aun no habiendo superado el 30% insular (por la fragmentación del voto que es frecuente en varias islas), haya sido nada menos que la primera fuerza en apoyos electorales por esa circunscripción en los comicios autonómicos»[57].

Sin duda, varias de las funciones que un sistema electoral está llamado a cumplir en el seno de un sistema político (generar gobierno, generar representación y generar legitimidad) no se cumplen en el sistema electoral canario (SEC). Solo cabe constatar que en la historia del autogobierno de Canarias los pactos y sus rupturas han protagonizado la inestabilidad de los Gobiernos en varias legislaturas. Ni una sola vez en democracia en Canarias ha habido un partido que se haya alzado con la mayoría absoluta en las elecciones. Y ello en un escenario tanto de mayor como de menor fragmentación parlamentaria.

Pero a más, el SEC ha arrojado, como en la actual legislatura, un escenario donde la *tercera* fuerza política en número de votos obtiene 3 escaños más (18 CC) que la *primera* fuerza en número de votos (15 PSOE) y 6 escaños más que la segunda fuerza en número de votos (PP). Es decir, que el segundo partido más votado, con poco más de 3.000 votos, en relación con la tercera fuerza política, ha obtenido 6 escaños menos. Alzándose la tercera fuerza en votos con el mayor número de escaños[58].

Ésto no solo ha sucedido en las últimas elecciones autonómicas. En las elecciones de 1999 el tercer partido en votos (PSOE) obtuvo 4 escaños más que la segunda fuerza política (PP) con una diferencia de más de 25.000 votos. O, a la inversa, que en 2003 con algo más de 46.000 votos de diferencia entre la segunda y la tercera fuerza política igualasen en escaños.

Evidentemente, ello es una consecuencia del efecto del SEC y de la distinta desigualdad en el peso del voto de los electores que genera una enorme desproporcionalidad en el ámbito de la representación. Si bien resulta legítimo articular mecanismos para que el hecho diferencial canario también se haga notar en representar a todas las zonas del territorio en términos constitucionales, y en consecuencia que cada una de las islas constituya circunscripción electoral, tal y como mandata por lo demás el vigente Estatuto de Autonomía. No es menos cierto que, paliar el déficit de representación de las islas más pobladas y mejorar la proporcionalidad en el ámbito de la representación, constituye un deber inexcusable del legislador, si se quiere mitigar la desafección ciudadana y la convicción de que el voto no sirve para cambiar los respectivos gobiernos.

Teniendo presente algunas de estas coordenadas y con una plataforma social que subraya los déficits y trata de impulsar los cambios desde los partidos y en el

57 LÓPEZ AGUILAR, J.F., «Derecho Electoral autonómico y potestad autorganizatoria de las CC.AA.», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 8, 1999, p. 255.

58 Descontando el hecho de que en estas elecciones la primera fuerza política con 182.006 votos obtuviera 15 escaños y que otra fuerza política con 5.090 votos haya obtenido 3 escaños.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Parlamento[59], el final de la legislatura autonómica 2011-2015 se saldó con la aprobación en el Parlamento de Canarias, por mayoría de tres quintos, de la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía. El 24 de marzo de 2015, se aprobó con los votos favorables del Grupo Nacionalista Canario-(Coalición Canaria-PNC) y del Partido Socialista Canario la propuesta de reforma[60] que se elevó al Congreso de los Diputados y que lo ha avalado en el debate a la totalidad en la actual XII Legislatura —tras decaer por finalizar la X y la fallida Legislatura XI— por 236 votos a favor, 97 en contra y 8 abstenciones.

En la actualidad, y tras la presentación de enmiendas al articulado[61], está pendiente de informe en la Comisión Constitucional. A la vez, en la actual legislatura, el Parlamento de Canarias ha creado una Comisión de estudios del sistema electoral canario que ya ha llamado a comparecer a distintos expertos en la materia[62].

La propuesta de reforma estatutaria va en una doble dirección. Por un lado, el art. 37.2 determina que una ley del Parlamento de Canarias aprobada, ahora, por una mayoría de tres quintos, a diferencia de los dos tercios exigidos por la vigente Disposición transitoria primera, regulará el régimen electoral con arreglo a una serie de elementos básicos que relaciona. De entre éstos cabe destacar que, al igual que en el vigente Estatuto, el sistema electoral será el de representación proporcional[63]; el número de diputados no puede ser inferior a cincuenta ni superior a setenta[64]. Debe hacerse notar que, en relación con la barrera electoral, y a diferencia de lo que dispone la actual y vigente Disposición transitoria primera, el art. 37 de la propuesta de reforma expresamente prevé que la ley electoral establecerá el porcentaje mínimo de votos que deben obtener las listas electorales para acceder al reparto de escaños. En tanto no se apruebe la ley electoral, ese porcentaje mínimo de votos queda fijado en el apartado 2 de la Disposición transitoria primera de la propuesta de reforma que prevé una bajada significativa de la barrara electoral, y a las que nos referiremos con posterioridad.

No obstante, lo más significativo es la previsión, por un lado, de que «Las circunscripciones electorales podrán ser de ámbito autonómico, insular o de ambas. Cada una de las islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, constituyen una circunscripción electoral» [art. 37.2, c), propuesta de reforma del Estatuto]. Por otro lado, la prohibición expresa de que «A ninguna circunscripción insular se le podrá asignar un

59 Demócratas para el cambio constituye el foro cívico que desde 2007 denuncia e impulsa tales cambios. Para conocer su devenir, véase, «Crónica de la reclamación de la reforma electoral desde la sociedad civil: Demócratas para el cambio. Mención especial al pacto para la democracia en Canarias», en *Textos para la reforma electoral de Canarias*, *op. cit*., pp. 203 a 272.

60 *BOPC*, n. 151, de 13 de abril de 2015.

61 *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 10-4, de 23 de noviembre de 2017.

62 Las últimas comparecencias se produjeron el 8 de mayo de 2017.

63 Lo que se corresponde con el vigente art. 9.2 del EACan.

64 Al igual que prevé el actual art. 9.3 del EACan.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

número de diputados inferior a otra que tenga menos población de derecho» [art. 37.2, e), propuesta de reforma del Estatuto].

Con la previsión de compatibilizar, incluso, la circunscripción insular con una autonómica se acoge, entre otras, la antigua y actual demanda del PSOE que pone el acento en una doble dirección: Por un lado, introducir una variable que dote al sistema de mayor proporcionalidad y, por otro lado, acoger un sistema que permita salvar el enfrentamiento entre las islas no capitalinas frente a las capitalinas. Una lista autonómica que permita realizar un discurso que no alimente el comúnmente conocido como pleito insular.

Así y todo, se sigue previendo una Disposición transitoria primera, relativa al sistema electoral, que concreta los distintos aspectos del art. 37 *hasta que se apruebe la ley* electoral, y que reza así: «1. Hasta tanto no se apruebe la Ley electoral prevista en el artículo 37 del presente Estatuto, se fija en 60 el número de diputados del Parlamento de Canarias, distribuidos de la siguiente forma: 3 por El Hierro, 7 por Fuerteventura, 15 por Gran Canaria, 4 por La Gomera, 8 por Lanzarote, 8 por La Palma y 15 por Tenerife. 2. A efectos de la elección en las circunscripciones insulares, solo serán tenidas en cuenta aquellas listas de partido o coalición que hubieran obtenido, al menos, el 15 por ciento de los votos válidos de su respectiva circunscripción insular, o, sumando los de todas las circunscripciones insulares hubieran obtenido, al menos, el 3 por ciento de los votos válidos emitidos en la totalidad de la Comunidad Autónoma».

En fin, tal disposición sigue admitiendo, hasta que se apruebe la ley electoral, el actual sistema de distribución y asignación de escaños y que la Isla de Fuerteventura con más habitantes que la Isla de la Palma siga teniendo menor asignación de escaños que aquélla. Ello resulta absolutamente incongruente con el mandato contenido en el art. 37. Por otro lado, se observa la resistencia de los partidos, salvo la posición de Podemos, a la hora de rebajar el número de escaños tradicionalmente atribuidos a cada Isla, bajo el argumento de encontrar el consenso entre los distintos partidos.

3. **El debate sobre la reforma en la Comunidad valenciana: Estatuto de Autonomía vs. ley electoral**

Son numerosas las voces en el ámbito académico que desde hace ya tiempo ponen el acento en la necesidad de reformar distintos aspectos de la Ley 1/1987, de 21 de marzo, Electoral Valenciana que tiene por objeto regular las elecciones a Les Corts[65].

65 Véase, por todos, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «Sobre la necesidad de una reforma de la Ley Electoral valenciana (los condicionantes constitucionales y estatuarios de la Ley Electoral)», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.18, 2007, pp. 121-145.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El punto de inflexión de esta demanda lo constituye el hecho de que el Estatuto de autonomía de 2006[66] (arts. 23 y 24 EACV) ha afectado nuclearmente a numerosos preceptos contenidos en la LEV. Ley que, a pesar de sus tres décadas de vigencia, no ha sido modificada en ninguno de sus preceptos de forma expresa. Los motivos son bien conocidos y, entre ellos, el más destacable: la falta de voluntad y/o la incapacidad de las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria para alcanzar un acuerdo sobre aspectos absolutamente esenciales del sistema electoral valenciano que por mandato estatutario expreso deben ser concretados por la propia ley electoral. No resulta en absoluto baladí el hecho de que se exija una mayoría de 2/3 para poder reformar la LEV. Mayoría que, sin ambages, ha impedido cristalizar hasta ahora un acuerdo entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria en les Corts para su reforma.

Las consecuencias de no proceder a la reforma de la LEV también resultan harto conocidas: falta de adecuación de la norma a algunos de los mandatos estatutarios, cuando no los contraviene directamente; falta de concreción de algunos aspectos que acarrea una auténtica falta de seguridad jurídica, falta de adecuación a las disposiciones comunes que contiene la LOREG, lo que contraviene directamente a la misma. Todo ello sin perder de vista la ausencia de un espíritu de avanzar ante nuevas realidades regulando aspectos esenciales del mismo que mejorarían distintos ámbitos del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo.

Las nuevas Corts surgidas de las elecciones de mayo de 2015 y el nuevo Gobierno, fruto del pacto PSOE-Compromís, muestran una clara disponibilidad a recorrer parecido camino. En esta línea conviene subrayarse que, por un lado, el Pleno de les Corts, de 21 de octubre de 2015, acordó crear la Comisión especial de estudio respecto a la posibilidad de una amplia reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana[67].

Debe hacerse notar que el acuerdo de constitución de esta Comisión responde a un texto pactado de aproximación[68] entre la propuesta presentada por el Grupo parlamentario Popular de crear una *comisión especial de estudio sobre la posibilidad de una amplia reforma del estatuto de autonomía*, y la propuesta presentada por el Grupo parlamentario Compromís de crear una *comisión especial de estudio sobre la posibilidad de una nueva ley electoral valenciana y la posibilidad de reforma del Estatuto de autonomía*.

De ahí que el objetivo de esta Comisión, según la resolución aprobada por el Pleno, fuera la de «realizar un estudio sobre la posibilidad de una amplia reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana para adecuarlo a las necesidades actuales de la sociedad valenciana, incluida la reforma del sistema electoral y cualquier otra medida orientada a incrementar los mecanismos de participación ciudadana y regeneración democrática». La Comisión, en su reunión de 20 de abril

66 Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

67 *BOCV,* núm. 30, de 5 de noviembre de 2015.

68 *Ibidem.*.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de 2016, aprobó su plan de trabajo[69]. El orden del mismo resulta ilustrativo porque, en primer lugar, se establece que los trabajos de la comisión «se iniciarán con la reforma de la ley electoral y el sistema electoral valenciano». En relación con la misma se proponía abordar los contenidos siguientes: a) El derecho de sufragio activo y pasivo; b) Causas de incompatibilidad e inelegibilidad de las personas candidatas; c) Número de circunscripciones en las que se divide la Comunidad Valenciana; d) Número de escaños que corresponde, en su caso, a cada una de las circunscripciones; e) Listas electorales: cerradas y bloqueadas; cerradas y desbloqueadas; abiertas; f) Fórmula electoral; g) La paridad en las listas electorales. Listas cremallera; h) La barrera electoral. Porcentaje de sufragios válidamente emitidos para que una fuerza política pueda obtener representación en Les Corts; i) Voto por correo, voto anticipado, voto presencial, voto accesible, medios tecnológicos en el proceso electoral; j) Medidas para facilitar el voto de residentes ausentes; k) Primarias abiertas; l) Campaña electoral. Distribución de espacios gratuitos en los medios de comunicación públicos. Obligatoriedad de celebrar debates electorales en medios de comunicación públicos; m) Subvenciones electorales, mecanismos de control, buzoneo centralizado; n) Administración electoral; o) Encuestas electorales; p) Sanciones, y q) Entidades locales menores.

Concluidos los trabajos, según disponía el segundo punto del plan, «se designará la ponencia que redactará el dictamen para su aprobación por la comisión; seguidamente, se redactará la Proposición de ley electoral valenciana, a propuesta de los grupos que aprueban el dictamen; la toma en consideración se someterá al Pleno de Les Corts para su tramitación, en su caso». El tercer punto de la misma expresamente establecía que «Superados estos trámites, darán comienzo los trabajos para la reforma del Estatuto de autonomía».

Por otro lado, paralelamente y por el carril gubernamental, el 19 de noviembre de 2015, se dictó la Resolución de la Consellera de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas por la que se creó el *Observatorio para el estudio de diversos aspectos relacionados con la normativa electoral valenciana*, cuyo principal objetivo era la realización de un análisis y diagnóstico de las posibles modificaciones susceptibles de llevar cabo en el ámbito de la normativa electoral valenciana. La finalidad del mismo era servir de base para los inicios de un proceso de reforma de la Ley 1/1987, de 31 de marzo, Electoral Valenciana, en el marco del actual Régimen Electoral General y del Estatuto de Autonomía. En el Informe se debían plasmar las recomendaciones, propuestas de mejora, cambios normativos o sugerencias de buenas prácticas, que se estimaran convenientes. El 15 de febrero de 2016 el Observatorio entregó el Informe final que fue publicado[70] y que ha servido de base a la citada Comisión.

69 *BOCV,* núm. 74, de 4 de mayo de 2016.

70 *Drets*, n. 1, 2016, Monográfico Observatorio para el estudio de diversos aspectos relacionados con la normativa electoral valenciana.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El 5 de julio de 2016, atendiendo al plan de trabajo aprobado por la citada Comisión, comenzaron las primeras comparecencias que se inició con los miembros que formaron parte del Observatorio electoral[71].

Tal y como se hace constar en el Informe, éste contiene, por una parte, un documento común suscrito por la totalidad de los miembros del Observatorio, donde se resumen los principales planteamientos y propuestas de sus miembros, y una segunda parte compuesta por las diferentes ponencias que sirvieron de base al informe y, finalmente, un anexo con diferente documentación de apoyo. Los aspectos sobre los cuales existía un acuerdo mayoritario de los integrantes del Observatorio, se presentaron como propuesta conjunta y, aquellos otros donde existían diferentes opciones se citaron todas ellas.

La Comisión emitió su Dictamen el 15 de mayo de 2017[72]. En él se recogen las posiciones de los distintos grupos parlamentarios sobre las materias objeto de debate. En ocasiones y para determinados aspectos se reconoce la necesidad de reformar previamente el Estatuto de Autonomía. En la actualidad desconocemos si se llegará a los acuerdos para impulsar la reforma del Estatuto o proceder de forma posibilista a la reforma de la LEV, teniendo presente que en algunas cuestiones que afectan al SEV existe consenso, por ejemplo, la bajada de la barrera electoral.

V. CONCLUSIONES

Que los sistemas electorales no tienen nada de asépticos resulta más que una evidencia. No obstante, la entrada de nuevas fuerzas políticas en las Asambleas autonómicas, tras las elecciones de 2015, ha avivado el debate que, en ocasiones, ha culminado con reformas de leyes electorales autonómicas, que marca una nueva tendencia al tratar de suavizar aspectos del sistema electoral que van destinados a corregir la desigualdad del voto permitiendo, además, la entrada de fuerzas políticas que se habían quedado a las puertas de la entrada del Parlamento, incidiendo en un mayor equilibrio de la representación parlamentaria.

La necesidad de rebajar las excesivas barreras electorales, como expresión de la desigualdad del voto, se ha impuesto con fuerza en el debate político dada la entrada de nuevas fuerzas políticas que han defendido ante su electorado la necesidad de hacer un sistema de voto más igualitario a la vez que han sufrido o ven peligrar sus posiciones de futuro. Con ello no quiere decirse que sean exclusivamente las fuerzas políticas que irrumpen por vez primera en las Asambleas autonómicas las protagonistas de las reformas electorales que se han o

71 El Observatorio, integrado mayoritariamente por profesores especialistas en la materia, trabajó con absoluta independencia y abordó en su Informe algunas de las cuestiones básicas materiales y procesales sobre lo que, a su juicio, debía ser reformado o adecuado en una futura reforma de la LEV.

72 *BOCV*, n. 179, de 19 de mayo de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

están sustanciando actualmente, pero sí que en ellas recae buena parte del impulso de las mismas.

Como expresión de la desigualdad en el peso del voto, debe destacarse que las dos únicas Comunidades uniprovinciales, salvando la singularidad de Baleares, que han atribuido escaños a circunscripciones infra provinciales han sido la Región de Murcia y el Principado de Asturias. En ambas se ha producido históricamente un intenso debate político y académico acerca de la necesidad de reformar el sistema electoral. En Murcia ha culminado con la reforma, sin embargo, en Asturias, hasta la fecha, la ambiciosa reforma del régimen electoral autonómico ha encallado y parece que lo único que pudiera prosperar es la reforma del SEA.

La barrera infranqueable que ha supuesto la mayoría altamente cualificada exigida por varios ordenamientos autonómicos para reformar su respectiva ley electoral no solo ha merecido la crítica por parte de un sector doctrinal sino que, en buena lid, en sede parlamentaria se plantea la necesidad de rebajar esas mayorías que petrifican una ley electoral autonómica al mismo nivel que lo hace la Constitución cuando, entre otras, exige la aprobación del principio de reforma por mayoría de 2/3 de cada Cámara para poder proceder a la revisión total de la misma o la reforma de los preceptos que se incluyen en lo que comúnmente se conoce como *núcleo duro* (art. 168 CE). Buen ejemplo de ello lo constituye la propuesta de reforma en el Estatuto de Canarias que prevé la rebaja de la mayoría de 2/3 a 3/5. Este debate también se plantea en la Comunidad Valenciana.

El blindaje de las leyes electorales al requerir mayorías casi pétreas para su reforma ha resultado el perfecto maquillaje de discursos políticos sabedores de la inviabilidad de la propuesta. Lo que ha permitido a los distintos actores electorales en el gobierno, en ocasiones, y otras en la oposición, defender posiciones sobre las que no se les pueden después exigir las oportunas responsabilidades. El transcurso del tiempo confirmará si otro de los efectos de la irrupción de nuevas fuerzas políticas, y, en consecuencia, de la fragmentación política, es el cambio de tendencia en esta materia.

Las leyes electorales regulan y desarrollan elementos del sistema electoral pero también a aspectos de hondo calado del régimen electoral, muchos de los cuales se vinculan a mejoras de la calidad democrática. De ahí que la exigencia de mayorías altamente cualificadas para reformarlas, limita y condiciona el alcance de cualquier tipo de reforma, independientemente de su carácter y oportunidad, a la vez que impide transparentar a la ciudadanía las auténticas motivaciones políticas.

Las reformas electorales que se están abordando van desde las que afectan *estricto sensu* al sistema electoral concernido a aquellas que abogan una reforma amplia del régimen electoral. Canarias y Murcia se ciñen, básicamente, a aspectos del sistema electoral, mientras que la Comunidad Valenciana o Asturias tratan de abordar distintos aspectos que afectan al régimen electoral autonómico.

Canarias prácticamente ciñe su debate a la reforma del SEC y su apuesta política se centra especialmente en la reforma del Estatuto de Autonomía. Resulta

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

más fácil modificar su norma institucional básica que reformar su ley electoral. Se juega a corto plazo en la medida que su Disposición transitoria refleja la aplicación del vigente sistema electoral, con la salvedad de la bajada de la barrera electoral. La negociación política se supeditará, en buena parte, a las negociaciones entre los partidos políticos en sede nacional.

En Canarias y la Comunidad Valenciana la opción del legislador autonómico se ve mediatizada por el debate entre la reforma del Estatuto de Autonomía y/o la ley electoral respectiva. Sin duda, esto pudiera servir de coartada para que no prosperen las reformas electorales antes de las elecciones autonómicas de mayo de 2019.

***

TITLE: *The reform of the electoral systems after the autonomic elections of May 24, 2015: political and legal instruments*

ABSTRACT: *This paper analyses the current status of the different electoral reforms which have been promoted in various regional legal systems after the autonomous elections of 2015. The results of these elections have led to a deeply fragmented political scenario and, largely, debtor of the commitment undertaken by the political parties with the citizenship to make effective the adequate electoral reforms that would guarantee, inter alia, a more equal and fair electoral system. Various standard-setting instruments are analysed and contextualised, as well as the alternative options on which the need for a concrete legal reform rely.*

RESUMEN: *Este trabajo analiza el estado en el que se hallan las distintas reformas electorales que se han impulsado en diversos ordenamientos autonómicos tras las elecciones autonómicas de 2015. Los resultados de las mismas se han traducido en un escenario político profundamente fragmentado y, en buena parte, deudor del compromiso adquirido por los partidos con los ciudadanos de hacer efectivas las oportunas reformas electorales que garantizaran, entre otras, un sistema electoral más justo e igualitario. Se analizan y contextualizan los distintos instrumentos normativos a través de los cuales se están llevando a cabo, así como las distintas opciones sobre las que descansa la necesidad de la concreta reforma.*

KEY WORDS: *Autonomous electoral system, electoral constituency, electoral threshold, electoral reform, autonomous electoral law, electoral system, Statute of Autonomy, autonomous elections, electoral lists, political parties.*

PALABRAS CLAVE: *Sistema electoral autonómico, circunscripción electoral, barrera electoral, reforma electoral, ley electoral autonómica, régimen electoral, Estatuto de Autonomía, elecciones autonómicas, listas electorales, partidos políticos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *10.10.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA REFORMA DE LA SUCESIÓN A LA CORONA, EN EL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA Y NORTE DE IRLANDA, Y EN LOS «OTROS REINOS» DE LA COMMONWEALTH OF NATIONS

LEIRE ESCAJEDO SAN-EPIFANIO
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco[1]

SUMARIO

I. El *acuerdo de Perth* como punto de partida del proceso de reforma de la sucesión a la corona en los reinos de la mancomunidad de naciones. II. Las reglas de sucesión al trono, antes de la reforma. III. El *complicado abordaje* de la reforma de la sucesión al trono en los reinos de la Commonwealth. IV. El proceso de reforma en el Reino Unido y el contenido de la ley aprobada por el parlamento. V. El proceso de reforma en los reinos de la Commonwealth de Oceanía. VI. El proceso de reforma en los reinos de la Commonwealth del continente americano. VII. Reflexiones finales.

I. EL *ACUERD0 DE PERTH* COMO PUNTO DE PARTIDA DEL PROCESO DE REFORMA DE LA SUCESIÓN A LA CORONA EN LOS REINOS DE LA MANCOMUNIDAD DE NACIONES

Al abordar el fenómeno monárquico que, de algún modo, comparten los dieciséis Reinos de la Mancomunidad de Naciones es frecuente citar a Sidney Low quien explicaba que la gobernanza británica vive bajo un sistema de comprensiones tácitas que *«no siempre se comprenden»*[2]. La Corona conserva significaciones

1 Grupo de Investigación *Multilevel Constitutionalism: Governance, Diversity and Human Rights* de la UPV/EHU y proyectos MINECO DER293-47774-P (2013-2017) y MINECO DER2017-86988-P (2017-2020), I.P. A. LÓPEZ BASAGUREN.

2 Citado de la obra The Gobernance of England (1904), por MCLEAN, *What's Wrong with the British Constitution*, Oxford University Press, 2010, p.viii y BONNEY, «Some constitutional issues concerning the installation of the Monarch», *British Politics*, vol. 7. Nº2, 2012, p. 164l.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tradicionales —incluso emotivas— para la Gran Bretaña, y ha venido representando, entre otros, la unidad frente al pluralismo jurídico-político, además de dar soporte tanto a la personalidad jurídica del Estado como, de algún modo, a la unidad y existencia política del pueblo[3]. Si históricamente este concepto había demostrado una importante multifuncionalidad y elasticidad en su adaptación a los cambios evolutivos[4], qué decir de la profunda transformación que se produjo en la Corona a partir de mediados del siglo XX. En el proceso desvanecimiento del Imperio Británico surgen para el Monarca británico (Jorge V y VI, y especialmente Isabel II[5]) nuevos roles, separados claramente de la Corona Británica. En primer lugar, asume la Corona de nuevos Reinos, surgidos en los procesos de independencia. Como es sabido, el Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda, cinco países de Oceanía (Nueva Zelanda, Australia, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Tuvalú) y diez países del continente americano (Canadá y los estados de Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Granada, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas) tienen en la actualidad como Monarca y Jefa de Estado a la Reina *Elizabeth Alexandra Mary Windsor*, aunque ésta llegó a ser Reina en otros dieciséis Estados más[6]. Lo que vincula a estos Estados, que suman aproximadamente 130 millones de habitantes, no es ya una Corona Imperial unificada, sino *16 Coronas separadas* entre las que existe *una unión personal*[7]. El segundo de los roles en aparecer será el de la *Jefatura de la Mancomunidad de Naciones*, a la que sus 52 miembros actuales[8] —la mayoría de ellos repúblicas— se vinculan por su *lealtad común a la Corona*.

Hacía tiempo que, tanto en el Reino Unido como en otros Reinos, la preferencia del varón sobre la mujer en la misma línea y grado y otras previsiones de las normas de sucesión —en especial, las relativas a la exclusión de los católicos— se veían en abstracto como un *anacronismo discriminatorio*[9], difícil de justificar en las democracias modernas[10]. Entre 1979 y 2009 se presentaron en el Parlamento

3 García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 8ª ed., Madrid, 1958, pp. 292-295.

4 Saunders, «The Concept of the Crown», *Melbourne University Law Review*, vol. 38, 2015, pp. 873-896.

5 A la Reina Victoria, Reina del Reino Unido y Emperatriz de la India —desde 1877— (1837-1901), le sucedieron: Eduardo VII (1901-1910), Jorge V (1910-1936), Eduardo VIII (durante menos de un año); Jorge VI (1936-1952), primer jefe de la Commonwealth, e Isabel II, desde 1952 hasta la fecha.

6 Hasta la década de los 60-70 había sido también monarca de los estados de Ghana, Nigeria, Sierra Leona, Tanganyika, Uganda, Kenia, Malawi, Mauricio, Sudáfrica, Gambia, Trinidad y Tobago, Guyana, Pakistán, Ceilán y Malta, hoy en día todos ellos repúblicas, y en 1987 dejó de ser reina de Fiji.

7 Phillips/ Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, Jackson/ Leopold (eds.), Sweet & Maxwell, Londres, 2001, 8ª ed., pp. 36-023; Winterton, «The Evolution of a Separate Australian Crown», *Monash University Law Review*, 1993, nº 19/1, pp. 2-21.

8 Vid. nota 32.

9 Hunter, «A more modern Crown: changing the rules of sucession in the Commonwealth Realms», *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 38, nº3, 2012, pp. 423-466, p. 424.

10 Trece de los 16 Reinos de la Mancomunidad de naciones ofrecen protección constitucional expresa a la libertad religiosa y a la igualdad de género. Así, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (desde 1982) y las Constituciones de Antigua y Barbuda (1981), Bahamas (1973), Barbados (2002), Belice (2000),

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

británico más de 13 propuestas de reforma de estas normas[11] y sólo razones de oportunidad política pueden explicar que las sucesivas mayorías parlamentarias se resistieran a abordar esta cuestión[12]. El compromiso[13] de Guillermo y Catalina, actuales Duques de Cambridge, y la previsión de su futura descendencia fue lo que propició que en Octubre de 2011, durante la Reunión bianual de Jefes de Gobierno de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth Heads of Governments Meeting* - CHOMG) los Jefes de Gobierno de los 16 *Realms de la Commonwealth* adoptaran el que se conoce como *Acuerdo de Perth*[14]. En él, y a propuesta del Reino Unido, se comprometieron reformar de forma simultánea sus legislaciones internas en los siguientes aspectos: 1) para todos los nacidos con posterioridad al 28 de Octubre de 2011, y por tanto sin efectos retroactivos, quedaría derogada la preferencia del varón sobre la mujer en la línea de sucesión; 2) se derogaría, asimismo, la previsión de excluir de la línea de sucesión a los herederos que contrajesen matrimonio con católicos; y, 3) el número de personas en la línea de sucesión que estaban obligadas a solicitar permiso real para contraer matrimonio se limitaría a las seis primeras. A pesar de algunas críticas, no se propuso suprimir la prohibición de que un católico accediera al trono, habida cuenta de que quien accede al trono ostenta *en algunos* Reinos el título de Defensor(a) de la Fe[15] y es cabeza de la Iglesia de Inglaterra[16].

Con intención de evitar que aunque fuera por pequeños lapsos de tiempo las normas de sucesión a la Corona fueran divergentes en estos países, se hizo un especial esfuerzo de coordinación. El 2 de diciembre de 2012, dos días antes de que los Duques de Cambridge anunciaran su primer embarazo, el Gobierno Británico recibió formalmente la adhesión de los *Realms* a la reforma y comenzó su tramitación parlamentaria. El proceso de cambio de las normas de sucesión al trono en los 16 Reinos, superado un breve proceso judicial en Canadá y otras vicisitudes, terminó

Papúa Nueva Guinea, Granada (1973), Jamaica (1962), San Cristóbal y Nieves (1983), San Vicente y las Granadinas (1979), Islas Salomón (1987) y Tuvalú. Por su parte, Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda ofrecen protección legal a la libertad religiosa y la igualdad de género.

11 TWOMEY, «El cambio de las normas sobre sucesión al trono», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 31, 2013, pp. 137-168, ofrece una panorámica de los diferentes proyectos y de los argumentos con base en los cuáles fueron rechazados en los diferentes debates parlamentarios, con detalladas referencias al *UK Hansard*.

12 Vid. BRAZIER, «Legislating about the Monarchy», *Cambridge Law Journal*, vol. 66/1, 2007, pp. 86-105 y detalle de los procesos en *House of Commons Library Research Paper* 09/24, *Royal Marriages and Succession to the Crown Prevention of Discrimination Bill*, de 7 de marzo de 2009.

13 El compromiso fue anunciado en noviembre de 2010 y la boda tuvo lugar en abril de 2011.

14 22nd Commonwealth Heads of Government Meeting (CHOGM), *Perth Agreement*, 28-30 de octubre de 2011, texto completo en *World Heritage Enciclopedia Edition*, self.gutemberg.org.

15 Título que el Papa León reconoció a Enrique VIII por su defensa de la Iglesia Católica y que, paradójicamente, se mantendría después de que dicho Rey rompiera con Roma (en 1534) y se fundase la Iglesia de Inglaterra.

16 En *Rules of Royal Succession*, The Stationery Office Limited, 7 de diciembre de 2011, Anexo I, Disponible en services.parliament.uk/bills. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, «El Régimen Político Británico. I La formación histórica de la Constitución Inglesa y los Principios políticos del régimen», FERRANDO-BADÍA (coord.), *Regímenes políticos Actuales*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, p. 108.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

oficialmente el 26 de marzo de 2015[17]. En este análisis jurídico constitucional del proceso se expondrán, en primer lugar, las normas de sucesión al trono previas al *Acuerdo de Perth* y las razones que explicaban el hecho de que éstas se hubieran mantenido prácticamente inalteradas desde el siglo XVIII. A continuación, y respecto de cada uno de los Reinos de la Mancomunidad, se abordarán los procesos de reforma y, en algunos casos, las particularidades surgidas en dichos procesos, incluyendo además una mención final sobre iniciativas y/o debates que se hubieran planteado sobre la cuestión republicana. Por claridad expositiva, los Reinos han sido agrupados por Continentes: en primer lugar, se expondrá la reforma abordada en el Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda (IV); a continuación, las reformas realizadas en Oceanía (V); y, por último, las acometidas en América (VI). A modo de resumen, cabe anticipar que además del Parlamento de Westminster, seis de los restantes Reinos (Australia, Barbados, Canadá, San Vicente y las Granadinas, Nueva Zelanda y San Cristóbal y Nieves) legislaron específicamente —aunque cada uno con sus matices— para adaptarse a los nuevos cambios. Otros nueve Reinos, por el contrario, concluyeron que no era necesaria una reforma específica y se limitaron a tramitar una suerte de consentimiento o conformidad (*assent*) a la reforma promovida en el Parlamento británico; fue el caso de: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Granada, Jamaica, Papúa Nueva Guinea, Santa Lucía, Islas Salomón y Tuvalú.

II. LAS REGLAS DE SUCESIÓN AL TRONO, ANTES DE LA REFORMA

1. **Las reglas tradicionales de la sucesión al trono en la Gran Bretaña**

Con excepción de la breve experiencia republicana en tiempos de Cromwell, la Monarquía se cuenta en el Reino Unido como una historia ininterrumpida desde que el rey Egbert uniera a los ingleses bajo su gobierno (año 829). De las instituciones vivas en Europa, señala la doctrina, sólo el Papado es más antiguo que la Monarquía inglesa[18]. Hasta su reforma entre 2013 y 2015 las normas que regulaban la sucesión al trono de los *Reinos de la Commonwealth* se explicaban como resultado de dos factores característicos de la historia del Reino Unido: de una parte, la lenta evolución del *Common Law* y, de otra parte, determinadas modificaciones estatutarias[19]. La preferencia del varón sobre la mujer dentro del

17 Véase el Instrumento estatutario 2015 Nº 894 (C. 56), *Succession to the Crown Act 2013 (Commencement) Order 2015*.

18 Barker, *La monarquía constitucional de la Gran Bretaña*, Oxford University Press, 1943, p. 4; en el mismo sentido De Smith/ Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 8ª ed, Penguin, Londres, 1998, pp. 120 y ss.

19 Brazier, «Legislating about the Monarchy», 2007, p. 86.; Gómez Sánchez, «La sucesión a la Corona», Rollnert Liern (Dir.), *Las monarquías Europeas en el siglo XXI*, Sanz y Torres, 2007, Madrid, pp. 150-151.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mismo grado y línea es una norma que desde los tiempos de la conquista normanda se venía aplicando a la transmisión hereditaria de las propiedades feudales[20]. Sólo en algunos momentos históricos y como respuesta a algún acontecimiento en concreto se eludió la aplicación de esta norma en los procesos de sucesión al Trono[21]. Por ejemplo, la exclusión de los católicos y de aquellos que contrajesen matrimonio con parejas católicas[22] (aunque no de sus descendientes protestantes[23]) es una previsión cuyo origen está en la *Revolución Gloriosa* de 1688. Fallecida la Reina Isabel I sin descendencia, el Rey Jacobo VI de Escocia le sucedió en el trono de Inglaterra como *Jacobo I*. Su hijo, Carlos I, fue ejecutado en tiempos de Cromwell y es fácil entender por qué en la Restauración de la Monarquía Carlos II aceptó dos normas (las *Test Acts*) que prácticamente excluían a los católicos de la vida pública. Su sucesor, sin embargo, Jacobo II de Inglaterra y VII de Escocia, decidió convertirse al catolicismo después de haber sido coronado (1685-1688), y fue depuesto en *Revolución Gloriosa*. La Declaración de Derechos de 1689 (*Bill of Rights*) proclamó que, con su *intento de fuga*, Jacobo II había abdicado del reino dejándolo vacante, y evitando al hijo mayor de Jacobo II el Parlamento ofreció la Corona a María II y Guillermo III, que ejercieron conjuntamente como soberanos. En aquel momento, y con la intención de evitar que reclamasen el trono Jacobo II o sus herederos católicos, el Parlamento de Inglaterra adoptó con rapidez determinadas normas, entre ellas la exigencia de juramento de preservar la religión establecida antes de ser coronado (introducida en la *Coronation Oath Act*, 1689). María y Guillermo fallecieron sin descendencia y Ana de Estuardo, hermana de María, accedió al trono desde marzo de 1702, primero como *Reina de Inglaterra, Escocia de Irlanda*, y desde 1707 en adelante como *Reina de la Gran Bretaña e Irlanda*, tras la aprobación del *Acta de la Unión*[24]. A la exclusión de los católicos se añadió entonces la exclusión de quienes contrajesen matrimonio con éstos, mediante el *Acta de Precedencia de la Princesa Sofía* de 1711[25] (madre de Jorge I). Por su parte, la *Royal Marriages Act* (1772) incorporó una obligación de que las personas en la línea de sucesión solicitasen un permiso para contraer matrimonio, que no afectó a las princesas que contrajesen matrimonio con una familia extranjera. Los herederos mayores de 25 años, no obstante, podían

20 Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom*, Cavendish, Londres, 2003, p. 100.

21 Vid. Lyon, «The Place of Women in European Royal Succession in the Middle Ages», *Liverpool Law Review*, 27, 2007, pp. 361; Papworth, «The Succesion to the Throne Act: Modernising the Monarchy», *The Modern Law Review*, 76/6, 2013, pp. 1070-1093, 1075.

22 Vid ejemplos en Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012, pp. 423 notas 2 y 3.

23 Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., 1995, pp. 54-55; HC Research Paper 09/24, *Royal Marriages and Succession*, cit., 2008-2009, p. 29.

24 Porras Ramírez, *Principio democrático y función regia en la Constitución Normativa*; Tecnos, 1995, pp. 48-49.

25 Vid. Lyon, «The Place of Women in European Royal Succession in the Middle Ages», *Liverpool Law Review*, 27, 2007, pp. 361; Papworth, «The Succesion to the Throne Act: Modernising the Monarchy», *The Modern Law Review*, 76/6, 2013, pp. 1070-1093, 1075.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

comunicar al *Privy Council* su intención de contraer matrimonio sin la autorización del soberano y contraer matrimonio en el año siguiente, siempre y cuando no se constatase oposición de ambas cámaras del parlamento. El *Acta de la Unión con Irlanda* (1800) no reformó las normas de la sucesión que han sido expuestas, sino que mantuvo los términos de la Unión entre Inglaterra y Escocia. Tampoco se produjeron más cambios hasta prácticamente el año 1910, cuando se actualizó la declaración a realizar en el acceso al trono.

2. De la *Corona Imperial* hacia la *moderna Commonwealth:* el Estatuto de Westminster (1931) y la Declaración de Londres (1949)

Ya en el siglo XX las normas de sucesión al trono de la Corona Británica se vieron afectadas con una norma, el Estatuto de Westminster, cuyo objetivo principal era el de reconocer a los seis *Dominios autogobernados del Imperio británico*[26] un nuevo estatuto constitucional[27]. Eran los tiempos del reinado de Jorge V (1910-1936), y como continuación de los compromisos adquiridos en la Declaración de Balfour (1926) con este Estatuto se procedía, como decía su sobrenombre, a *«ejecutar ciertas resoluciones aprobadas en las Conferencias Imperiales de 1926 y 1929»*. Con excepción de Terranova, que terminaría uniéndose a Canadá[28], este Estatuto se considera el punto de origen la independencia de esos territorios, aunque en casos como los de Australia y Nueva Zelanda su ratificación se hizo esperar[29]. Este es también el punto de partida de un fenómeno que se describe como de *disgregación de la Corona*, en el que el Monarca pasará de ser titular de *una Corona Imperial* a reinar sobre *múltiples Reinos*. Jorge VI, además de Rey de la Gran Bretaña y Emperador de la India, será Rey de los *antiguos Dominios* y su hija, Isabel II, llegará a ser Monarca de un total de 32 Reinos, la mitad de ellos hoy repúblicas.

El *Estatuto de Westminster* tendrá, entre otras cosas, implicaciones directas para cualquier futura modificación de las normas de sucesión a la Corona. De una parte, y en términos generales, estableció que ninguna norma aprobada por el Parlamento británico con posterioridad al *Estatuto de Westminster* podría aplicarse a los citados dominios a menos que éstos consintieran dicha norma. De otra parte, y por si hubiera lugar a dudas, especificó además en su Preámbulo que «*la Corona es el símbolo de la libre asociación de los miembros de la Mancomunidad Británica de*

26 Dominio de Canadá, la Mancomunidad de Australia, el Estado Libre de Irlanda, el Dominio de Terranova, el Dominio de Nueva Zelanda y la Unión Sudafricana.

27 Estatuto de Westminster de 11 de diciembre de 1931, sobre las Relaciones del Reino Unido de Gran Bretaña con los dominios de la Commonwealth. Texto en español en DARANAS PELÁEZ, *Las Constituciones Europeas*, vol I., Ed. Nacional, Madrid, p. 951.

28 Terranova, como es sabido, nunca llegó a aprobar el Estatuto de Westminster. En 1934, a petición de su gobierno, el Reino Unido reasumió su autoridad directa sobre el dominio y la mantuvo hasta que Terranova se convirtió en provincia canadiense (1949).

29 Australia lo ratificó en 1942 y Nueva Zelanda en 1947.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Naciones, que se encuentran unidos por su lealtad común a aquella» y que cualquier modificación de la normativa de sucesión al trono o de los títulos reales habría «*de obtener el asentimiento, tanto de los Parlamentos de todos los Dominios, como del Parlamento del Reino Unido*»[30].

Para comprender la evolución de la *Commonwealth* hasta el *Acuerdo de Perth* es importante tener en cuenta dos acontecimientos más. El primero de ellos fue el de la abdicación de Eduardo VIII, que reinó durante poco más de 11 meses (de enero a diciembre de 1936). Aquel fue el primer momento histórico en el que se activó la aplicación del *Estatuto de Westminster*[31] respecto de la sucesión al Trono y en 2011 algunas voces lo verán como un precedente a tener en cuenta en los procesos de reforma. Un segundo acontecimiento clave fue el de *Declaración de Londres* de 1949. Respecto a la abdicación de Eduardo VIII, como es sabido éste quería contraer matrimonio con Wallis Simpson y hubo una primera consulta a los Primeros Ministros de la *Commonwealth* sobre la posibilidad de recurrir a un matrimonio morganático. Rechazada esta opción, Eduardo VIII abdicó y fue entonces cuando se solicitó el *asentimiento* de los Parlamentos de la Mancomunidad (entonces el Británico y los de Irlanda, Australia, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda) para aprobar la *Ley de abdicación*. Como notas discordantes cuya reiteración se querrá evitar tras el *Acuerdo de Perth* quedaron la simbólica demora de Irlanda, consecuencia de la cual tuvo un rey distinto al resto durante 24 horas, y la decisión de Sudáfrica de *aprobar* la abdicación, en vez de asentirla.

El segundo de los acontecimientos, la elaboración de la *Declaración de Londres* de 1949, representa el inicio de la que se describe como *moderna Mancomunidad de Naciones*. Esta *Commonwealth* pierde el calificativo de *británica*, como simbólico hecho diferencial respecto de la antigua *Mancomunidad Británica de Naciones*, formada por el Reino Unido y los Dominios previos a 1945. Uno de los cinco primeros Dominios, Irlanda, se proclama como república independiente y abandona la Mancomunidad y prácticamente al mismo tiempo la India expresa su deseo de independizarse y constituirse en república aunque, en este segundo caso, sin intención de abandonar la Mancomunidad. Sin obviar la preocupación por futuros abandonos, será la propuesta de la India la que impulsó definitivamente la *Declaración de Londres*, que persiguió dar forma al tipo de adhesión que los países republicanos mantendrían con la *Commonwealth*. En dicha Declaración se describe la Mancomunidad como *una libre asociación de miembros independientes* cuya Jefatura correspondía, en aquel entonces, al rey Jorge VI. En las décadas siguientes el número de países independientes fue en aumento hasta llegar —con algunos abandonos definitivos y otros intermitentes— a los 52 miembros actuales, que tienen una población que supera, repartida en los cinco continentes, los dos mil

30 Jennings, *The British Constitution*, Cambridge University Press, reimpresión de 1971, p. 122.
31 En 1953, por su parte, se acordó el cambio de las normas sobre el estilo y los títulos reales.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

millones de habitantes[32]. Siguiendo el precedente de India, muchos de los nuevos Estados se constituyeron como repúblicas o como monarquías con un rey propio, pero otros nuevos Estados —doce en total— acogieron constitucionalmente a Isabel de Windsor como Monarca. Ése será el escenario de aplicación del *Acuerdo de Perth*.

3. **El efecto inmediato de la implementación del Acuerdo de Perth**

Antes de entrar en otras cuestiones, ¿cuáles han sido los efectos más inmediatos de la entrada en vigor de la reforma de las normas de la sucesión el trono, en 2015? Hasta el nacimiento de Jorge y Carlota, hijos de los Duques de Cambridge, las consecuencias de la reforma de las normas de sucesión fueron limitadas. Los hijos de Davina Lewis, primogénita de los Duques de Gloucester, de nombres *Senna* (mujer, nacida en 2010) y *Tāne* (varón, nacido en 2012) fueron las únicas personas cuyas posiciones en la línea de sucesión al trono se vieron inmediatamente afectadas por la reforma. *Senna*, la hija mayor, se mantuvo por delante de su hermano varón, por haber nacido éste después de la firma del *Acuerdo de Perth*. La previsión no afectó, sin embargo, a la Princesa Real Ana, segunda hija de la Reina Isabel II, que no pasa a preceder a sus hermanos menores Andrés —Duque de York— y Eduardo —Conde de Wessex— ni a la descendencia de éstos, porque, como ya se ha dicho, se convino en que este apartado del *Acuerdo de Perth* no tendría efectos retroactivos.

Otros efectos de la entrada en vigor de las normas se refieren a las autorizaciones reales de matrimonio y a las consecuencias de contraer matrimonio con católicos. A la entrada en vigor del *Acuerdo de Perth*, la Princesa Eugenia dejó de necesitar autorización de su abuela para el matrimonio, y la Princesa Beatriz dejó de necesitarlo a partir del nacimiento de la segunda hija de los Duques de Cambridge —Carlota—. Por otra parte y también como consecuencia de la reforma realizada, el Príncipe Michael de Kent[33], el primer primo de la Reina, retornó a la línea de sucesión, tras haber sido excluido cuando cinco décadas atrás contrajo matrimonio con su mujer católica; también se vieron positivamente afectados por la norma su hijo y sus nietos.

32 Son miembros de la Commonwealth 3 países europeos (Reino Unido, Malta y Chipre); 13 países americanos (Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Canadá, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago); 11 de Oceanía (Australia, Fiji, Kiribati, Islas Salomón, Nauru, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Seychelles, Tuvalú y Vanuatu); 7 de Asia (Bangladesh, Brunei, India, Malasia, Pakistán, Singapur y Sri Lanka) y 18 de África (Botsuana, Camerún, Ghana, Kenia, Lesoto, Malaui, Mauricio, Mozambique, Namibia, Nigeria, Ruanda, Sierra Leona, Suazilandia, Sudáfrica, Tanzania, Tonga, Uganda y Zambia).

33 Fue excluido de la sucesión al trono en 1978. Vd. D'Oliveira, «The State of the European Union's Monarchies. The EU and Its Monarchies: Influences and Frictions», *European Consitutional Law Review* 8, 2012, pp. 63-81, p. 74.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. EL *COMPLICADO ABORDAJE* DE LA REFORMA DE LA SUCESIÓN AL TRONO EN LOS REINOS DE LA COMMONWEALTH

Como ya se ha dicho, existía un consenso extendido sobre la necesidad de que la monarquía británica y, por extensión la de los *Realms*, se adaptasen a los nuevos tiempos[34], pero dos tipos de razones justificaban su posposición: de una parte razones de oportunidad; y, de otra, dos preocupaciones jurídico-constitucionales que de algún modo afectaban también al cómo realizar sin excesivos sobresaltos una reforma de tal magnitud[35]. La primera de las preocupaciones surge en torno a la flexibilidad del concepto de la Corona. Esta flexibilidad había contribuido significativamente al proceso de evolución desde la Corona Imperial hacia la *Commonwealth*, pero en el escenario del siglo XXI dificultaba la resolución de importantes cuestiones sobre la naturaleza y el enmarque constitucional de los roles atribuidos a la Reina Isabel en los dieciséis Reinos y en la Mancomunidad. La segunda preocupación, no menos importante, eran los interrogantes sobre el modo de proceder a reformar, respecto de la *Commonwealth* del siglo XXI, unas previsiones normativas que siglos atrás se habían creado únicamente respecto de la Gran Bretaña.

1. Sobre la oportunidad política de la reforma de la sucesión al trono en la Commonwealth

Entrando en las cuestiones de oportunidad, es comprensible que hasta la boda de Guillermo, Duque de Cambridge, la reforma de las normas de sucesión se viera como algo *conveniente, aunque no urgente*. La claridad en la línea de sucesión de Isabel II (cuyos primeros herederos eran varones y protestantes) hacia innecesario abrir un escenario en el que, más allá de eliminar la preferencia del varón sobre la mujer, era posible que surgieran consecuencias imprevistas. Ello explica también porque con el *Acuerdo de Perth* se persiguió abrir a la reforma única y exclusivamente a lo que se consideró imprescindible para garantizar que entre los futuros hijos de los Duques de Cambridge ya no tendría aplicación la prioridad del varón sobre la mujer en la misma línea y grado. Un debate sobre la sucesión a la Corona podría dar pie, obviamente, a cuestionar el sentido de mantener no ya un *Monarca ausente*[36] sino, incluso, una institución monárquica en pleno siglo

34 PIMLOTT, *The Queen: A Biography of Elizabeth II*, Londres, 1996, pp. 558-559 y BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford, 1995, p. 303.

35 WALTERS, «Succesion to the Throne and Architecture of the Constitution of Canada», BÉDARD/LAGASSÉ (eds.), *The Crown and the Parliament,* 2015, p. 263-264.

36 Vid. FRAENKEL, «Governors-General during Pacific Island constitutional crises and the role of Crown», *Commonwealth and Comparative Politics*, 2016, 54:1, pp. 1-22.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

XXI. De hecho la mayoría de los miembros de la *Commonwealth* habían ido progresando hacia formas de gobierno republicanas y, en algunos casos, se habían establecido monarquías propias —a las que la literatura se refiere como *indígenas*[37].

El paso del tiempo no había borrado las tensiones vividas en tiempos de la abdicación de Eduardo VIII, cuyo matrimonio con Wallis Simpson, una mujer norteamericana y divorciada, fue visto como un potencial peligro para el nuevo marco de relación instaurado en la Mancomunidad Británica de Naciones. «*Cualquier cataclismo en la Corona* —diría el primer Ministro Baldwin en 1935— *hará que el Imperio se desvanezca junto a ella*»[38] y, de hecho, en países como Canadá se llegó a decir que la Corona no era ya un vínculo necesario entre los países de la *Commonwealth*, sino más bien *un elemento ornamental del Reino Unido* que en poco tiempo dejaría de tener significado en el exterior[39]. Se sabía, además, que las encuestas —las más recientes de 2008— reflejaban que la mayoría de los ciudadanos de Australia, cerca de la mayoría de los de Canadá y aproximadamente un treinta por ciento de los neozelandeses se mostraban favorables a avanzar hacia una república. Faltaba, cierto es, un consenso sobre cuál habría de ser el nuevo modelo de Jefatura de Estado[40] y los ciudadanos mostraban, asimismo, cierta preocupación por el impacto que en el *status* internacional del país pudiera tener prescindir de ese simbólico vínculo con Gran Bretaña[41], pero los jefes de gobierno de los dieciséis Reinos eran muy conscientes del reto al que se enfrentaban. Tampoco se perdían de vista la edad de la Reina Isabel, nacida en 1926, y el hecho de que un porcentaje importante de los encuestados en Australia y Canadá hubieran expresado en 2005-2006 que los vínculos con la Corona «deberían expirar al fallecer Isabel de Windsor», quizá por la distancia que se aprecia entre su figura y la de su hijo Carlos, el Príncipe de Gales.

2. El flexible concepto de Corona en la Commonwealth

Además de razones de oportunidad política, preocupaba y mucho la ausencia de claridad material y formal del conjunto normativo que estaba en vigor. Un conjunto de normas de la Corona inglesa, en su mayoría de finales del siglo XVII y principios del XVIII, había pasado a ser también legislación doméstica de los otros 15 *Realms* y, por si fuera poco, lo había hecho en formas diferentes. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, tampoco estaban clarificados los roles que, en plural, habían ido asumiendo en el proceso de descolonización primero el

37 Vid. supra, nota 6.
38 Murphy, *Monarchy and the End of Empire*, cit., 2015, pp. 25-26.
39 Murphy, *Monarchy and the End of Empire*, cit., 2015, pp. 30-31.
40 Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, pp. 209-210.
41 Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, pV.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Rey Jorge VI y posteriormente la Reina Isabel II; roles que ejercían, de una parte, respecto de la Mancomunidad de Naciones, en su conjunto, y, de otra y separadamente, respecto de cada uno de los *Realms*. En este orden de cosas, a finales del siglo XIX y principios del XX, un importante número de académicos veía la Corona de la *Mancomunidad Británica de Naciones* como algo *indivisible*, a pesar de que los Dominios de Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Terranova tenían ya un gobierno propio. Explica Hunter que los gobernadores generales locales actuaban bajo el consejo de los ministros coloniales, pero en *asuntos imperiales* mantenían el vinculo con Westminster. Evidencia de ello fue que cuando el Reino Unido declaró la guerra en 1914, todos los Dominios estuvieron automáticamente en guerra[42].

Progresivamente, sin embargo, los Dominios se convirtieron en naciones independientes y fueron adquiriendo una creciente autonomía en la gestión de los asuntos internacionales. Así se llegó a la *Conferencia Imperial de 1926*, celebrada en Londres[43]. Junto con el reconocimiento de la igualdad estatutaria de todas las comunidades de la Mancomunidad, se reconoció que los Gobernadores Generales ocupaban respecto de los Dominios la misma posición que el Monarca respecto al Reino Unido, y que no habían de ser entendidos como representantes o agentes del gobierno de Reino Unido[44]. Dos factores propiciaron la urgencia de dicha Conferencia. De una parte, la exigencia del General Hertzog de que Sudáfrica fuese formalmente reconocida como independiente (1924); de otra, la crisis surgida en Canadá, cuando el Gobernador General (Lord Byng) rehusó disolver el parlamento a petición del primer ministro (Mackenzie King), y este último solicitó que el Gobernador General dejase de ser un representante del gobierno británico en Canadá[45]. Bajo la presidencia del primer ministro británico, Arthur Balfour, un Comité especial de Relaciones Inter-Imperiales abordó las cuestiones constitucionales[46]. En la que se conoce como *Declaración o Informe de Balfour* de 1926 se declaró la igualdad estatutaria entre la Gran Bretaña y los Dominios dentro de la Mancomunidad Británica de Naciones, destacando la total ausencia de subordinación entre unas y otras y sus vínculos por una lealtad común a la Corona. En implementación de dicha Declaración se hizo necesaria la elaboración de un conjunto de normas para el buen funcionamiento de la Mancomunidad y, reunidos en 1930, se estableció la base del *Estatuto de Westminster*[47]. Con dicho Estatuto se formalizó definitivamente el nuevo *status* de los Dominios[48], y entró en vigor

42 Con más referencias, HUNTER, «A more modern Crown», cit., 2012, p. 436; BOGDANOR, *The Monarchy*, cit., 1995, pp. 242-243.

43 MURPHY, *Monarchy and the End of Empire*, cit.,2015, p. 17-18.

44 BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, cit., 1995, pp. 246-6; WINTERTON, «The Evolution», cit., pp. 8-16; HUNTER, «A more modern Crown», cit., 2012, p. 437.

45 NAIRN, *The Enchanted Glass: Britain and its Monarchy*, Vintage, London, 1994, pp. xvi.

46 MURPHY, *Monarchy and the End of Empire,* cit., 2015, p. 17-18.

47 TWOMEY, «El cambio», cit., TRC, 2013, p. 142.

48 UK. *Statute of Westminster*, 22 GEO. 5. CH. 4., disponible en www.legislation.gov.uk.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en Canadá sin necesidad de ratificación, pero en Australia, Nueva Zelanda y Terranova quedó a la espera de una ratificación[49].

La membresía de esta *antigua Commonwealth* se asentaba sobre tres elementos esenciales: la igualdad entre sus miembros, su libre asociación y su lealtad común a la Corona. Este último elemento, el de la lealtad a la Corona, había generado problemas en Irlanda y se quiso modificar mediante la *Declaración de Londres* (1949), interpretando que los miembros de la Commonwealth, en sus respectivos marcos constitucionales, no tenían porque establecer funciones específicas para el Jefe o Jefa de la Mancomunidad, porque eran cargos separados[50]. En este sentido la recién creada Oficina de Relaciones para la Mancomunidad de Naciones puso sobre la mesa una importante cuestión en tiempos de Jorge VI[51]: «*si la Mancomunidad no acepta una república en la que el Monarca no es parte de su Constitución, la lealtad a la Corona dejará de ser un vínculo entre los miembros de la Mancomunidad*». Estados como Nueva Zelanda se mostraron reacios a diluir la idea de la *lealtad a la Corona*, pero habida cuenta de la relevancia de la India, de largo el segundo país más poblado del Planeta, y del precedente que se crearía para otras futuras repúblicas, se terminó por entender que esta cesión tenía una gran trascendencia[52].

Esa solución pragmática, que para los Dominios tradicionales no afectaba a la *simbólica autoridad de la Corona*, fue vista como el origen de la moderna Mancomunidad de Naciones y síntoma de que ésta era capaz de evolucionar y de preservar el vínculo con territorios de África y Asia que no deseaban optar por un modelo monárquico tras su independencia. Sobre ese esquema, y con excepción de los territorios de ultramar británicos —*British Overseas Territories*[53]—, se mantuvieron en la moderna Commonwealth la mayor parte de las antiguas colonias y protectorados que se independizaron en la Segunda Posguerra[54]. En esta línea, un acontecimiento muy relevante se produjo el 6 de febrero de 1952, cuando accedió al trono Isabel II. En torno a su Coronación (1953) quedó en evidencia el proceso de trans-

49 Así se hizo en Nueva Zelanda y Australia, en 1947 y 1942 respectivamente, pero no así en Terranova que en 1934 cedió su gobierno a Londres y posteriormente, en 1949, se unió a Canadá como décima provincia.

50 Stewart, *Empire Lost: Britain, the Dominios and the Second World War*, Continuum, Londres, 2008, p. 77.

51 Memorando de la Commonwealth Relations Office, «The Commonwealth Relationship», enero de 1949, DO 121/72, *British National Archives*, Kew.

52 Kumarasingham, «The 'Tropical Dominions': The appeal of dominion status in the decolonisation of India, Pakistan and Ceylon», *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 23, 2013, pp. 232-237.

53 Acrotiri y Dhekelia, Anguila, Bermudas, Islas Georgias del Sur y Sándwich del Sur, Islas Caimán, Islas Malvinas (Falkland), Islas Pitcairn, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Gibraltar, Montserrat, Santa Elena, Ascensión y Tristán de Acuña, Territorio Antártico Británico y Territorio Británico en el Océano Índico.

54 Birmania (Myanmar) y Adén son dos antiguas colonias que no se incorporaron a la Mancomunidad después de alcanzar la independencia; y entre los protectorados que quedarían fuera están Egipto (independiente en 1922), Irak (1932), Transjordania (1946), la Palestina Británica (parte de la cuál pasó a ser Israel en 1948), Sudán (1956), Somaliland (o Somalia británica, que unida a la italiana formó Somalia en 1960), Kuwait (1961), Bahréin (1971), Omán (1971), Qatar (1971) y los Emiratos Árabes Unidos (1971).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

formación que la Corona Británica había emprendido ya, y los seis meses en los que junto al Duque de Edimburgo recorrió la *Commonwealth* (1953-1954) se interpretaron como un esfuerzo por reafirmar la pervivencia del Imperio Británico y dotar de un nuevo contenido al cargo de *Jefatura de la Mancomunidad de Naciones*[55]. A juicio de Bogdanor[56], las *Royal Tittles Acts* de 1953 regularizan la *división de la Corona,* toda vez que consecuencia de ellas cada uno de los Reinos (entonces Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, Pakistán y Ceylán) comienza a usar títulos propios para referirse a *su Monarca*. Los títulos estarán compuestos por algún componente local (escogido por cada Reino) y seguido de las expresiones «*Queen of Her other Realms and Territories*» y «*Head of the Commonwealth*». Y se considera también evidencia de que la única *Corona Imperial* había evolucionado hacia una multiplicidad de *Coronas Nacionales*, el hecho de que los Maoríes acudieran en 1984 a la Reina de *Nueva Zelanda* solicitando la aplicación del *Acuerdo de Waitangi*, que habían firmado en 1840 con la Reina Victoria[57]. Pero no existe propiamente un marco normativo que clarifique la posición de la Monarca.

Desde el punto de vista teórico-constitucional, a la falta de concreción normativa sobre los roles que hoy día desempeña la Reina se une, como inconveniente, que la doctrina de los diferentes países implicados parece haber eludido el tratamiento en profundidad tanto de los roles como de ese *juego sutil* que en los sistemas derivados de Westminster combina componentes eficientes y componentes *dignificados*[58] —de algún modo simbólicas, nobles, solemnes[59]— que fundamentalmente satisfacían el sentimiento popular. La evolución de la posición de la Reina debe rastrearse, más que en las normas o en la literatura jurídica, en la historia da las negociaciones que, a veces con su presencia otras en su ausencia, se produjeron en las *Conferencias los Jefes de Gobierno de la Mancomunidad*[60] y, junto a ello, en la importante contribución de la prensa escrita. Gracias a ello llegó a ser tan evidente la separación entre su cargo en la *Commonwealth* y el que ostenta en los dieciséis Reinos que algunos constitucionalistas, como Bogdanor[61], han llegado a cuestionar hasta qué punto el monarca que la suceda realmente llegará a ocupar la Jefatura de

55 Detalladamente, Rush, *Bonds of Empire: West Indians and Britishness from Victoria to Decolonization*, Oxford University Press, 2011, 213-214, 217.

56 Bogdanor, *The Monarchy*, cit, 1995, pp. 240-247 p. 267. Discrepa Cando Somoano, «La posición de la Corona en el modelo jurídico anglosajón», *cit.,* 2000, vid. pp. 128-130, en especial nota al pie 74.

57 Cox, *A Constitutional History of the New Zealand Monarchy,* VDM, Saarbrücken, 2008, y del mismo, «'The Crown Down Under': Issues and Trends in Australia and New Zealand», Smith/ Jackson (eds.), *The Evolving Canadian Crown*, McGill - Queen's Policy Studies Press, 2012, pp. 199ss.

58 Bagehot, *The English Constitution,* 1847; Boyce, *The Queen's Other Realms*, 2008, pV; Petrie, *La Monarquía en el siglo XX*, Rialp, Madrid, 1956, pp. 58-64.

59 Véase Varela Suanzes-Carpegna, en su *Estudio Preliminar* a la publicación en español de la obra de Bagehot, *La Constitución Inglesa,* CEPC, 2010, p.XXX.

60 Craggs/ Kumarasingham, «Losing an Empire and Building a Role: The Queen, Geopolitics and the Construction of the Commonwealth Headship at the Lusaka Commonwealth Heads of Government Meeting, 1979», *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 43 (1), 2015, pp. 80-98, 80.

61 Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*,1995,p. 263, 273.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Mancomunidad. Aunque resulte difícil de imaginar, nada impide que los miembros de la *Commonwealth* elijan otro líder o que, por ejemplo, se termine optando por una rotación en el cargo. En tiempos de Jorge VI no se había previsto aún que la Jefatura de la Mancomunidad fuera hereditaria[62], pero su repentina muerte —apenas 3 años después de la Declaración de Londres—, propició que Isabel II se convirtiera por herencia en Reina de los *Realms de la Commonwealth* y en Jefa de la *Mancomunidad de Naciones*. La longevidad de Isabel de Windsor ha hecho que, por el momento, parezca difícil entender la *moderna Commonwealth* disociada de ella[63]. Los acontecimientos que presenció —y, en algunos casos, presidió[64]— la vinculan estrechamente *con el tránsito del Imperio a la Mancomunidad* y su posición se vio reforzada por acontecimientos como el vivido en la Conferencia de Lusaka (Zambia, 1979) en los que estratégicamente supo mostrar que su rol respecto del conjunto de la *Commonwealth* estaba separado del gobierno británico. Por mucho que Margaret Thatcher dijera lo contrario, dando a entender que la Reina lloraba con amargura la *pérdida de sus antiguos territorios*[65], lo cierto es que Isabel de Windsor siempre expresó su entusiasmo por esta transformación, sabiendo conjugar las expectativas de la *antigua Commonwealth* (que demandaba su presencia), con la delicadeza de no levantar suspicacias en los nacionalismos de los nuevos miembros[66]. Y aquel viaje a Lusaka, en un momento de importantes tensiones en África, fue visto por la presa británica y de otros Estados como una actuación que cimentaba su rol oficial en la Mancomunidad de Naciones[67] y evidenciaba la separación entre ese rol, de Jefa de la Mancomunidad, y el que desempeña en el Reino Unido y los demás *Realms*[68].

3 La coordinación de los procesos de reforma

El concepto de Corona había resultado muy útil en la gobernanza de la colonias, habilitando al Reino Unido a actuar legislativa y ejecutivamente sobre los

62 Murphy/ Coope, *Queen Elizabeth should be the final head of the Commonwealth,* 2012, accesible en: http://www. commonwealthadvisorybureau.org.

63 Craggs/ Kumarasingham, «Losing an Empire», cit., 2015, p. 83-85, advierten que ninguna jefatura de una organización internacional ha mantenido a su líder durante más de seis décadas y que resultaría muy difícil a la Mancomunidad ofrecer un rival frente a su experiencia.

64 Detalladamente, varios autores, *Freedoms at Midnight,* número especial, *Round Table: Commonwealth Journal of International Affairs*, 97, nº 398, 2008, pp. 637-807.

65 Howe, «Decolonisation and Imperial Aftershocks: The Thatcher Years», Jackson/ Saunders, *Making Thatcher's Britain*, Cambridge University Press, 2012, pp. 234-252.

66 Algunos autores consideran, incluso, que llegó a estimular la creación de algunas de las repúblicas, sobre todo en África. En este sentido, véase Murphy, *Monarchy and the End of Empire*, cit., 2015, pxi-xii, 13-14; Craggs/ Kumarasingham, «Losing an Empire», cit., 2015, p. 81; Pimplott, *The Queen: Elizabeth II and the Monarchy*, Harper Colllins, 2001, p. 465.

67 Pimplott, *The Queen: Elizabeth II and the Monarchy*, Harper Colllins, 2001, p. 465.

68 Corby, «Queen and Commonwealth: an Unbreakable Bond», en Bennet/ Sriskanarajah, *The Commonwealth at 60s: Past, Present and Future*, The Royal Commonwealth Society, 2009, p. 43.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

territorios conquistados. Pero había instaurado una serie de principios jurídicos y prácticos que ejercerán una importante influencia, directa e indirecta, en los procesos constitucionales que llevaron a la independencia de éstos[69]. Ello se aprecia especialmente en el caso de las que se conoce como *Constituciones de Whitehall*. Los letrados de Whitehall redactaron al menos 33 proyectos constitucionales completos y algunas constituciones de independencia[70], algo paradójico viniendo de un Estado que carece de Constitución escrita. En muchos casos, tales Constituciones no supusieron una automática transformación de las colonias en Estados independientes, sino que fueron el punto de partida de procesos de autogobierno que culminarían en éstos. Se considera que las constituciones creadas acertaron en dar respuesta a las necesidades de los Países del Caribe y las Islas del Pacífico, pero no fue este el caso de los países de Asia y especialmente a los de África, cuyos vínculos con el Reino Unido eran relativamente más recientes que los de países como India[71].

Llegamos así al año 2011. Tras estar en vigor en un amplio Imperio, las normas que regían la sucesión al trono habían sido acogidas como *propias* en quince nuevos Reinos, y pasado a ser *legislación doméstica en ellos*[72]. Las implicaciones de esta incorporación normativa, sin embargo, no había tenido ocasión de ser vistas en la práctica, con excepciones puntuales como la del caso *Donahue v. Canadá* (2003). Impulsar un proceso de reforma ágil y coordinado, y que no propiciase disputas futuras sobre *quién ocupa qué lugar en la línea sucesión*[73] requería despejar varias dudas. En primer lugar, debía establecerse si, como consecuencia del *Estatuto de Westminster* de 1931, todos los miembros de la *Commonwealth* debían participar en la reforma, o si esta cuestión sólo afectaba a los *Realms.* En la *Conferencia Perth* (2011) se entendió que, a pesar de que los países en los que no reinaba Isabel de Windsor estaban también unidos a la Commonwealth por su *lealtad común a la Corona*, la aplicabilidad del Estatuto debería quedar circunscrita a los dieciséis *Reinos de la Commonwealth*[74].

La segunda de las dudas hacía referencia a si el Reino Unido y cada uno de los *Realms* tenían o no libertad para reformar, por separado, *sus respectivas Coronas*, o si, por el contrario, existía entre ellas un vínculo heredado de la situación imperial. Esto último implicaría que el Reino Unido *no podría reformar su Corona sin el permiso*

69 Twomey, *The Chameleon Crown: The Queen and Her Australian Governors*, Federation Press, 2006, caps. 1, 5; Saunders, «The Concept of the Crown», cit., 2015, pp. 882-884.

70 Dale, «The Making and Remaking of Commonwealth Constitutions», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 42, 1993, pp. 67 y ss.

71 Dale, «The Making and Remaking», cit, 1993, pp. 80-81.

72 Véanse las declaraciones del entonces Ministro para la Reforma Política Mark Harper en la documentación que recoge los debates parlamentarios del Reino Unido, *UK Hansard*, Cámara de los Comunes, vol. 512, col. 1112, de 1 de julio de 2010. Más referencias en Twomey, A., «El cambio», cit., TRC, 2013, p. 138.

73 Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., 1995, p. 42; Gómez Sánchez, «La sucesión a la Corona», Rollnert-Liern (dir.), *Las monarquías Europeas en el sigo XXI*, Ed. Sanz y Torres, 2007, pp. 147-177.

74 Vid. el listado que se ha proporcionado al inicio de este trabajo. Twomey, «El cambio», cit., TRC 2013, pp. 148-150.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del resto de los Realms, y, al mismo tiempo, que *los Realms tenían una corona derivada* de la del Reino Unido. Hazell/ Morris, por ejemplo, consideran —y critican— que conforme al Estatuto de Westminster el Reino Unido no pueda reformar su constitución sin el permiso del resto de Reinos (invirtiéndose aquí la situación constitucional que existía en tiempos del imperialismo). Pero Boyce, en cambio, entiende que el Reino Unido sí tiene libertad y que el asentimiento de los demás *Realms* obedece a que sus Coronas son derivadas de la británica, aunque no subordinadas[75]. Pero, como veremos, la cuestión de si las Coronas son o no derivadas y lo que ello implica, tampoco recibe una respuesta unívoca en el resto de los *Realms*.

También se plantearán, en tercer lugar, dudas respecto al rango que dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos tenían las normas de sucesión al trono *acogidas* del ordenamiento británico. Se debatió especialmente si se trataba de normas que pertenecían al marco constitucional y, en coherencia, requerían de procesos de reforma con mayorías cualificadas o incluso de referendos, según el caso. Por las particulares características de sus ordenamientos jurídicos, en el Reino Unido y en Nueva Zelanda no será, como veremos, necesario determinar si las normas de sucesión al trono pertenecen o no al marco constitucional, porque el Parlamento de dichos países tiene potestad para modificar mediante legislación ordinaria cualquier previsión constitucional. Más complejo será, sin embargo, en casos como los de Australia, por el particular modo en que sus Estados Federados participaron en el proceso, o Canadá. En este último país, y a pesar de lo previsto en la Constitución, se eludió la participación de las Provincias en la reforma de las normas de sucesión al trono y ello motivó un recurso de inconstitucionalidad que, en segunda instancia, está aún pendiente de resolver. Por último, otras dudas, de menor calado, nacían de la estructura del *Estatuto de Westminster*, que combinaba un preámbulo y varias secciones, y de su ambiguo contenido material[76]. Así, por ejemplo, no llegaba a precisarse el modo en que debía ser obtenido el consentimiento de los Dominios a la reforma de las normas de sucesión. A ello han de añadirse que algunas secciones del estatuto, entre ellas la 4ª, se excluyeron en su día de aplicación en los *Dominios* de Canadá, Australia y Nueva Zelanda[77].

IV. EL PROCESO DE REFORMA EN EL REINO UNIDO Y EL CONTENIDO DE LA LEY APROBADA POR EL PARLAMENTO

De conformidad con lo expresado en el *Acuerdo de Perth,* el 5 de febrero de 2013 aprobaba la Cámara de los Comunes el proyecto de *Ley de reforma de la Sucesión a la*

75 Hazell/ Morris, «If the Queen Has No Reserve Powers Left,?», cit., 2015 pp. 5-32; Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, p. 23.

76 Detalladamente Twomey, «El cambio», cit., TRC 2013, pp. 148-150.

77 Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5ª ed., 1953, Oxford University Press, pp.278-280, 283.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Corona, dándole tramite a la Cámara de los Lores. Junto a las previsiones en relación con la sucesión al trono y al matrimonio de los herederos con personas de fe católica, el proyecto contenía una reforma que derogaba la *Royal Marriages Act de 1772*, según la cuál todos los descendientes al trono necesitaban autorización del Soberano o Soberana para contraer matrimonio. A futuro se preveía limitar esta necesidad de autorización a las seis primeras personas en la línea de sucesión. Por otra parte se eliminaron: la prevalencia del varón sobre la mujer, aplicando de forma absoluta el principio de primogenitura respecto de los nacidos con posterioridad a la fecha del *Acuerdo de Perth* (octubre de 2011)[78], y la prohibición de matrimonio con los católicos. No hubo cambios, como se ha explicado ya, en lo que se refiere a la exigencia de que el soberano deba estar en comunión con la Iglesia anglicana, evitando también abrir el debate sobre su función como cabeza de dicha Iglesia[79].

Dado que la sucesión al trono es una cuestión excluida de la *devolution*, el Parlamento de Westminster no necesitó del consentimiento del Parlamento escocés, la Asamblea de Gales o la del Norte de Irlanda[80]. Por ello, la mayor atención del Parlamento Británico se centró en la coordinación entre su reforma y las de los demás Reinos firmantes del *Acuerdo de Perth*. Entre los documentos más interesantes de todo este proceso destacan los del Comité para la Reforma Política y Constitucional de la Casa de los Comunes. En diciembre de 2011, por ejemplo, publicó un informe[81] con una lista preliminar de los estatutos que precisaban ser reformados para dar cumplimiento al *Acuerdo de Perth*. La lista comprendía: la Ley sobre el Juramento de la Coronación (*Coronation Oath Act*, 1688), el *Bill of Rights* (1689), el Acta de Establecimiento de 1701, la Ley de Unión con Escocia de 1707 (*Union with Scotland Act*), la Ley de Precedencia de la Princesa Sofía de 1711 (*Princess Sophia's Precedence Act*), la Ley de Matrimonios Reales (*Royal Marriages Act*) de 1772, la Ley de Unión con Irlanda de 1800 (*Union with Ireland Act*), la Ley de Declaración de Accesión (*Accession Declaration Act*) de 1910, el Estatuto de Westminster de 1931 y la Ley de Regencia de 1937.

Como único acontecimiento llamativo en el proceso de tramitación, cabe reseñar que el Comité constitucional de la Casa de los Lores se opuso a una tramitación de urgencia (fast-track)[82], razón por la cual la aprobación en la segunda cámara se demoró un poco más de lo previsto. Dicho Comité entendió que pese al anuncio

78 Prime Minister's Office, 'Afternoon press briefing for 12 October 2011', accesible en www.number10.gov.uk.

79 Vid. Parliament of the United Kingdom, *Succession to the Crown Bill: Explanatory notes*, Queen's Printer, 2012, y las críticas de algunos sectores doctrinales Bonney/ Morris, *Tuvalu and You*, pp. 368s; Morris, «Half-opening cans of worms: the present state of «high» anglican establishment», *Law and Justice Christian Law Review*, 172, 2014, pp. 10ss.

80 Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012, p. 443.

81 House of Commons, *Eleventh Report of Session 2010-2*, HC 1615, 7 de diciembre de 2011, pp. 5-8. Disponible en www.publications.parliament.uk.

82 Lords Select Committee, *Committee warns against rush to legislate on Succession to the Crown Will*, Queen's Printer, 21 de enero de 2013.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del primer embarazo de la Duquesa de Cambridge y la necesidad de cumplir con lo comprometido con el resto de los Reinos, la tramitación ordinaria permitía dar una solución adecuada y en plazo a la implementación del *Acuerdo de Perth*. No en vano, sólo se plantearía una situación de urgencia en el caso de que, habiendo nacido una primogénita —cosa que aun no había sucedido— estuviese en curso un segundo embarazo que, de llegar a término y dar lugar al nacimiento de un varón, pudiera dar lugar a la aplicación de la preferencia del varón en el mismo grado y línea. La ley recibió el refrendo real en abril de 2013 y fue publicada entonces, pero se anunció que, tal y como se había comprometido con el resto de los *Realms*, no entraría en vigor hasta que los demás terminasen sus procesos internos[83].

V. EL PROCESO DE REFORMA EN LOS REINOS DE LA COMMONWEALTH DE OCEANÍA

1. La reforma en Australia, con atención a las particularidades del proceso en Queensland

El 1 de enero de 1901 se señala como fecha de origen de la monarquía de Australia, cuya corona ocupa en la actualidad y desde el 6 de febrero de 1952, *Isabel, Reina de Australia por la Gracia de Dios*[84]. La Reina es miembro formal de todos los parlamentos australianos —el federal y los de los seis estados federados— y todos los miembros del Parlamento federal juran su cargo en lealtad a la Reina Isabel; como apunta Patmore multitud de instituciones y sociedades son nombradas en su honor y, aunque en algunos ámbitos se esté renunciando a los orígenes monárquicos, aún hoy día los vestigios de la monarquía impregnan los espacios culturales de Australia[85]. La doctrina entiende que el hecho de que la Constitución australiana se desarrollase inicialmente como un estatuto colonial propició que no estuviese del todo claro si el procedimiento de reforma de la Corona (o eventualmente de su supresión) requería aplicar la sección 128ª de la Constitución —con implicación de todos los Estados—, o si, por el contrario, era posible realizar la reforma a través de Parlamento federal —en aplicación de la sección 51ª—[86]. Tampoco las constituciones de los estados de Australia habían recogido referencias sobre el modo en que habría de establecerse quién ha de

83 Sección 5ª, apartado 2 de la norma, y en el par. 42 del documento *Succession to the Crown Bill, Explanatory Notes*.

84 GALLIGAN, «Australia», BUTLER/ LOW (eds.), *Sovereigns and Surrogates. Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, MacMillan, London, 1º ed., 1991,p. 63.

85 PATMORE, «The Head of State Debate: A Response to Sir David Smith and Professor David Flint», *Australian Journal of Politics and History – AJPH*, 2012, pp. 251-252.

86 WINTERTON, «An Australian Republic», *Melbourne University Law Review*, 16 (1988), pp. 467, 475. ESTEP, «Losing Jewels from the Crown: Considering the Future of the Monarchy in Australia and Canadá», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 7, 1993, pp. 227-228.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

reinar[87]. Una particularidad de la Corona en Mancomunidad de Australia es que, dentro de ella, se ha tendido a ver que las seis antiguas colonias australianas —hoy Estados federados a esa Mancomunidad— de algún modo mantuvieron hasta 1986 una cierta relación semi-subordinada respecto del Reino Unido[88]. De ese origen parece que afloraron seis monarquías cuasi-soberanas, con un Gobernador General estatal (a diferencia del teniente gobernador de las provincias canadienses) y ello llevó a la doctrina discutir, incluso, si existen en Australia seis coronas separadas —es decir, si la Reina puede ser proclamada de forma separada por cada uno de los Estados australianos— o si, por el contrario, sólo existe un soberano por nación[89]. De ahí la trascendencia de decidir si, aún en el caso de que el Parlamento federal asumiera la tarea de la reforma en 2011, sería o no necesario solicitar consentimiento a los Estados federados[90].

Una vez adoptado el *Acuerdo de Perth* y con el objetivo de precisar su proceso de implementación en Australia[91], los primeros ministros de los Estados australianos se reunieron a mediados de diciembre de 2012 con Julia Gillard, entonces primera ministra de Australia, en el *Consejo de Gobiernos Australianos* (Council of Australian Governments). La primera ministra de Australia y cinco de los seis Estados mostraron su conformidad a que el proceso consistiese en aprobar una ley parlamentaria mediante la cual le fuera reconocida al Parlamento federal la competencia para consentir a la reforma propuesta por el Reino Unido en relación con la línea de sucesión al trono. El primer ministro de Queensland, sin embargo, sostuvo que cada uno de los seis Estados australianos debería aprobar sus propias normas de reforma de la sucesión al trono[92] y, en coherencia, presentó en su Parlamento una propuesta en dicho sentido[93]. Como resultado, Queensland aprobó su propia Ley y poco después se aprobó la Ley australiana de reforma de la Sucesión a la Corona —*Succession to the Crown Act*— (nº23/2015). Esta última fue promulgada siguiendo la sección 51 (xxxvii) de la Constitución australiana y entró en vigor el 26 de marzo[94] tras

87 Mason, «Constitutional Issues relationg to the Republic as they Affect the States», UNSW 21(3), 1998, pp. 750, 756; Carney, *The Constitutional Systems of the Australian States and Territories,* Cambridge University Press, 2006, pp. 318-338; Twomey, «One In, All In – Simultaneous Implementation of a Republic at Commonwealth State Levels», Murray, (ed.), *Constitutional Perspectives on an Australian Republic: Essays in Honour of Professor George Winterton*, Federation Press, Sidney, 2000, pp. 20-255

88 Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, pp. 92-94, y 145ss.

89 Winterton, «The Constitutional Position of Australian State Governors», Lee/ Winterton (eds); *Australian Constitutional Perspectives*, Law Book, Sydney, 1992; Twomey, *The Chameleon Crown: The Queen and her Australian Governors*, Federation Press, Sydney, 2006, cap, 20; Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, pp. 153-154.

90 Hobbs, «Putting the 'Queen' back into Queensland», *Alternative Law Journal* 9, 2014, 39:1; Twomey, «El cambio», cit., TRC 2013, p. 166.

91 Morris, «The Succesion to the Crown Act 2013 has landed», *The Constitutional Unit*, Reino Unido, abril de 2015, p. 4; Kirby, «The Queen and her Dominion Governors-Tittles, Honorifics and the Royal Succession in Post Imperial Australia», *Australian Law Journal*, 2016, 28-30.

92 Sobre este fenómeno, detalladamente Hobbs, «Putting the 'Queen'», 2014, 39:1.

93 Disponible en la página web del Parlamento de Queensland (www.parliament.qld.gov.au).

94 *Succesion to the Crown Commencement Proclamation*, www. comlaw, gov. au.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obtener, en un proceso más largo de lo esperado, los estatutos promulgados entre 2013 y 2015 en los 6 Estados de la federación[95]: Nueva Gales del Sur, Victoria, Queensland, Australia del Sur, Australia Occidental y Tasmania. Aprobada esta norma, y tras una nueva reunión del Consejo de Gobiernos, Queensland procedió a readaptar su recién aprobada normativa para que no se produjera un conflicto entre su legislación estatal y la federal.

Como apunte final respecto de Australia es oportuno hacer una breve referencia a la cuestión republicana. La constancia de aspiraciones republicanas se ha rastreado en Australia hasta al menos 1778[96], aunque no sería hasta los años 90 cuando se produjeron los primeros debates importantes[97]. Como consecuencia de ellos en el año 1999 se tramitó en Australia una propuesta de reforma constitucional de transición de la federación hacia una república[98]. Esta propuesta obtuvo la mayoría absoluta necesaria en ambas cámaras parlamentarias, pero en el trámite referendario no recibió el respaldo popular mayoritario en ninguno de los seis Estados de la federación. Aunque la doctrina considera probable que a futuro se reabra esta cuestión[99], la mayor dificultad para el avance estriba en la falta de acuerdo sobre el tipo de Jefatura de Estado que habría de suceder a la Corona. También se ha debatido si la monarquía debe o no continuar en los niveles estatales. Una proclamación de la republica a nivel federal haría innecesarias las *oficinas de los gobernadores estatales*, pero los expertos apuntan que en tal supuesto es previsible que los Estados no quisieran perder el poder formal que descansa sobre ellas[100]. De hecho, consta que en algunos Estados —entre ellos, como se ha dicho, Queensland— se está reforzando el uso de símbolos que hacen referencia a la Corona.

2. **La reforma de la Sucesión al Trono en Nueva Zelanda**

La Corona británica reclamó la soberanía sobre Nueva Zelanda en 1840 y el *Dominio* accedió al autogobierno el 26 de septiembre de 1907. Al igual que en

95 Nueva Gales del Sur: *Succesion to the Crown* Act (request), aprobada el 25 de junio de 2013; Queensland: *Succession to the Crown Act* de 2 de mayo de 2013, reformando la sucesión y solicitando al parlamento de Australia que haga lo propio; Australia del Sur: *Request* aprobado el 17 de junio de 2014; Tasmania, *Request* aprobado el 29 de agosto de 2013; Victoria; *Request* aprobado el 17 de octubre de 2013 y Australia del Oeste: *Request* aprobado el 24 de febrero de 2015.

96 Mackeena, *A Captive Republic,* Cambridge, 1996, p. 10.

97 Vid. Estep, «Losing Jewels», *cit.*, 1993, p. 218; Patmore, «The Head of State Debate: A Response», *cit.*, 2012, pp. 251-252.

98 *Constitution Alteration* (Establishment of Republic) Bill 1999. Vid. Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012, cit., p. 450; Mansillo, «Loyal to the Crown: shifting public opinion towards the monarchy in Australia», *Australian Journal of Political Science*, 2016, 51:2, pp. 213-235.

99 Vid. Murray, *Constitutional Perspectives on an Australian Republic: Essays in Honour of Pofessor George Winterton,* Sidney, 2010 y Williams/ Hume, *People Power: the History and Future of the Referendum in Anstralia*, Sidney, 2010.

100 Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, p. 168-169.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Canadá y Australia, la Reina actual, Isabel de Windsor, accedió al trono Neozelandés al fallecer su padre, el Rey Jorge VI, el 6 de febrero de 1952. La mayor parte las tareas de la Corona Neozelandesa, a la que Boyce se refiere como *Kiwi Crown*, son asumidas por el Gobernador General. La Constitución Neozelandesa de 1986 establece que ningún británico ni miembro del gobierno de otro Reino de la Mancomunidad de Naciones puede asesorar a la soberana en ninguna cuestión que se refiera al estado de Nueva Zelanda, pudiendo sólo ser asesorada por los *Ministros de la Corona de Nueva Zelanda*.

La experiencia monárquica neozelandesa ha compartido con Australia y Canadá muchos de los hitos constitucionales y políticos de su evolución con excepción, claro está, de las complicaciones que se han derivado las estructuras federales de estos últimos[101]. Es más, el experto constitucionalista Noel Cox, presidente además de la Liga Monárquica de Nueva Zelanda, escribía en 2010 que Canadá, Australia y Nueva *no sólo comparten la misma Reina*. En ellos son también comunes sus orígenes constitucionales y los principios subyacentes, y común es también la percepción de lo que implica ser una monarquía constitucional. En buena medida, se trata de principios mayoritariamente inherentes al modelo británico de gobierno[102] que fueron acogidos en los *nuevos* marcos constitucionales. No obstante, es evidente que existen marcadas diferencias entre cada uno de estos sistemas de gobierno. Por ejemplo, y a diferencia por ejemplo de lo que sucede con la de Canadá, la Constitución de Nueva Zelanda de no se funda en un único estatuto y el Parlamento no tiene límites formales para legislar, tal y como sucede en el Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda; el Parlamento puede reformar normas constitucionales a través de un procedimiento legislativo ordinario[103].

Las normas de sucesión al Trono en Nueva Zelanda están establecidas en la legislación nacional, en las que se indica que, fallecido el soberano, todas sus funciones, obligaciones, poderes, autoridades, derechos, privilegios y dignidades de la Corona se transmitirán a su sucesor «*de acuerdo con el Acta de Establecimiento promulgado por el Reino Unido y cualquier otra norma relativa a la sucesión al Trono*»[104]. El problema estriba en que desde el 1 de enero de 1987 se estableció que la legislación británica no tendría ya efectos directos en Nueva Zelanda y ello incluiría, claro está, cualquier norma británica aprobada para reformar la sucesión al trono. Además del consentimiento del Estado Neozelandés, la doctrina entendía en el plano teórico que una eventual reforma de la sucesión al trono que pretendiese tener efectos en Nueva Zelanda requeriría el consentimiento de dos estados libres

101 Boyce, *The Queen's Other Realm*s, cit., 2008, pp.170-171.

102 Cox, «'The Crown Down Under': Issues and Trends», cit., 2012, pp. 199ss.

103 Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*, Ed. Brookes, Wellington, 2ª ed., 2001, pp. 112-116.

104 Sección 5ª de la *Constitution Act* de 1986, Nueva Zelanda. Con más referencias Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012,cit., p. 455.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

asociados a Nueva Zelanda: las Islas Cook y Niue[105], que en su día no optaron por una independencia plena[106] y en cuyas constituciones prevén que la autoridad ejecutiva es investida en su majestad *la Reina de Nueva Zelanda*.

Llegado el momento de implementar el *Acuerdo de Perth* Nueva Zelanda optó por un proceso muy sencillo, que se transitó con rapidez y sin incidentes. El gobierno neozelandés, presidido por Judith Collins, presentó la reforma ante el Parlamento de Nueva Zelanda el 18 de febrero de 2013 y, tras el trámite parlamentario, el texto final se promulgó en diciembre de 2013[107]. Dicha norma derogó de Nueva Zelanda la *Ley de Matrimonios reales* de 1772, y reformó parcialmente la *Carta de Derechos* (Bill of Rights) de 1689 y el *Acta de Establecimiento* de 1701.

Como apunte final cabe indicar que, en términos comparativos, en Nueva Zelanda la tradición republicana no ha sido tan significativa como en Australia. En cualquier caso, el ministro Bolger propuso en 1994 que entrado el nuevo siglo Nueva Zelanda habría de transformarse en una república. En su opinión, ello era necesario para completar la identidad nacional del país, atender al multiculturalismo y dar por enterrada la herencia colonial, al tiempo que permitiría que, como país del Pacífico Sur, Nueva Zelanda abriese relaciones comerciales con Asia. El propio Bolger reconocía haber hablado en varias ocasiones sobre ello con la Reina Isabel II[108], y si bien era consciente del escaso respaldo popular que tenía su propuesta, no supo prever que de su propio partido podría nacer una oposición que terminaría debilitando a su gobierno[109]. El sentimiento de vinculación con la Gran Bretaña demostró ser — al menos entonces— más consistente y reacio al cuestionamiento que en Australia y Canadá. De hecho, a corto y medio plazo los expertos no creen que en Nueva Zelanda vaya a prosperar una propuesta republicana, aun incluso en el caso de que otros países como Australia llegasen a aprobarla[110].

3. La reforma en los Otros Reinos del Pacífico: las Islas Salomón, Papúa Nueva Guinea y Tuvalú

De las naciones insulares del Pacifico Suroeste que están vinculadas a la Mancomunidad Británica de Naciones, cinco son monarquías en las que Isabel de

105 Twomey, «Changing the Rules of Succession to the Throne», *Sydney Law School Research Paper*, nº 11/71, 2011, pp. 19-20.

106 Ghai/ Cottrel, «South West Pacific», Butler/ Low (eds.), *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, p. 235.

107 *Royal Succesion Bill,* Queens Printer, Wellington, 2013, pp. 10-12.

108 Como explica el propio Bolger en sus memorias, vid. Bolger, *Bolger: A view from the top - my seven years as Prime Minister*, Viking, 1998.

109 Cox, «'The Crown Down Under': Issues and Trends», cit., 2012, pp. 199ss.

110 Boyce, *The Queen's*, cit., 2008, pp. 170-171, y pp. 209 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Windsor es la Jefa del Estado: de una parte, las Islas Cook y Niue, que como se ha dicho son estados libres asociados a Nueva Zelanda en los que un Gobernador-general representa a la *Reina de Nueva Zelanda*; y, de otra, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Tuvalú[111]. Estos tres últimos países se independizaron a finales de los 70 y principios de los años 80[112] y acogieron como Jefa de Estado a Isabel de Windsor. Ha de destacarse que, a diferencia de otros Reinos, Papúa Nueva Guinea no se independizó del Reino Unido, sino de Australia. La *Papua New Guinea Independence Act* (1975) dio por finalizada toda soberanía, derechos de soberanía o derechos de administración de Australia sobre su territorio, y rechazó la aplicación a futuro de cualquier norma australiana o imperial sobre el mismo. Y cuando el 15 de agosto de 1975 proclamó su Constitución, adoptó la forma de Monarquía Parlamentaria indicando que Isabel de Windsor había consentido *en ser en Reina y Jefa de Estado de Papúa Nueva Guinea* (secc. 82 de la Constitución). En el texto constitucional se recogía además, de forma expresa, que las previsiones relativas a la Reina se extendían a sus herederos y sucesores en la soberanía de la Gran Bretaña y el Norte de Irlanda. Dado, por tanto, que la Reina es monarca de Papúa por una provisión libremente aceptada por la soberanía popular, en principio se entiende que cualquier persona que le suceda en el trono del Reino Unido, independientemente de las normas de sucesión que en determinado momento haya establecido Westminster, será monarca en Papúa Nueva Guinea. No obstante, una mayoría cualificada del Parlamento podría modificar la Constitución, en el caso de que se decidiera incorporar a ésta algunas normas sobre la sucesión al trono.

Por su parte, las Islas Salomón obtuvieron su independencia el 7 de julio de 1978, nombrando como Jefa de Estado a *Su Majestad* —Isabel de Windsor— y extendiendo las previsiones legales relativas a ésta a los que, según la soberanía del Reino Unido, fueran sus herederos y sucesores. Esta previsión obedecía, según Ghai, a que en el momento de la elaboración de la constitución independiente se pensó que la experiencia de la Reina supondría una importante contribución al servicio del nuevo gobierno[113]. La ausencia de una previsión similar a la de la sección 83 de la Constitución de Nueva Guinea hace que la doctrina entienda que, como consecuencia de la independencia, las normas de sucesión al trono que estaban vigentes en el Reino Unido pasaron a ser acogidas en el ordenamiento de las Islas Salomón, pero que a futuro el Parlamento británico habría perdido su capacidad para legislar con efectos para las Islas Salomón. De ahí que en la década de los 90 y principios de 2000 se sostuviera

111 Isabel de Windsor fue también Reina de Fiji hasta 1987. Véase también supra, en nota 6.

112 Ghai/ Cottrel, «South West Pacific», Butler/ Low (eds.), *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, pp. 233-235.

113 Ghai, «The Making of the Independence Constitution», Larmour (ed.) *Solomon Islands Politics*, Institute of Pacific Studies – Universidad del Pacífico Sur, 1983, pp. 9-52; y Ghai/ Cottrel, «South West Pacific», *cit*., 1991, pp. 234-236.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que en un eventual proceso de reforma británica de las normas de sucesión sería necesario clarificar en qué forma dar acogida a las nuevas previsiones legales en las Islas Salomón.

En el caso de Tuvalú, el Reino menos poblado de los que están asociados a la Commonwealth[114], la independencia se obtuvo el 1 de octubre de 1978 (Tuvalu Act 1978) y en 1985 se proclamó una nueva Constitución (*Tuvalu Constitution*). En ella se indica que Isabel de Windsor —con el 90% del apoyo parlamentario de Tuvalú[115]— *consintió* ser la Soberana y su Jefa de Estado. Conforme a la sección 49 de la Constitución, las previsiones sobre el Monarca en la Constitución se extienden también a los herederos y a los sucesores de Isabel II *conforme a la ley*, precisando que en tanto no se promulgue una ley propia será de aplicación en Tuvalú la norma que esté en vigor en Inglaterra[116]. Se entendía también, en coherencia, que mientras no se crease una normativa propia en Tuvalú, cualquier cambio que se realizase en Westminster y afectase a la sucesión al trono sería también de aplicación inmediata en Tuvalú[117].

Llegado el momento histórico de la implementación del *Acuerdo de Perth*, y a pesar de que en el caso de las Islas Salomón no estaba del todo claro, estos tres países decantaron por una misma opción. Así, y según el Informe presentado por Tankerness en la Cámara de los Lores[118], en los tres casos se decidió que la implementación de la reforma acordada sobre la línea de sucesión al trono no requería ninguna modificación normativa, porque entienden que los herederos y sucesores al trono son, en cada uno de esos Reinos, *los mismos que los previstos en Reino Unido respecto de su Corona*.

Como se ha hecho respecto de otros Reinos, hemos investigado si en estos países han existido o existen propuestas de evolución hacia sistemas republicanos. Se han encontrado algunas referencias de planteamientos republicanos en Tuvalú y las Islas Salomón de los años 80, pero coincidimos con Ghai/ Cottrel en que no se han producido por el momento iniciativas sólidas en esta dirección[119].

114 Bonney/ Morris, «Tuvalu and You», The Political Quarterly, vol. 83, nº 2, 2012, pp. 368ss.

115 Ghai/ Cottrel, «South West Pacific», Butler/ Low (eds.), *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, p. 265-266.

116 Constitución de Tuvalú de 1978, Parte 4, sección 1, artículo 49, y artículo 13.2.

117 En el mismo sentido Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012,p. 463.

118 Tankerness, *Parlamentary Debates,* House of Lords, col. col, 310, 2013.

119 Ghai/ Cottrel, «South West Pacific», Butler/ Low (eds.), *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, p. 265-266.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

VI. EL PROCESO DE REFORMA EN LOS REINOS DE LA COMMONWEALTH DEL CONTINENTE AMERICANO

1. El proceso de reforma de la sucesión al trono en Canadá, con atención a los dos recursos de inconstitucionalidad planteados

1.1. *Algunas notas sobre la llamada Corona de Arces*

El concepto de la Corona ha evolucionado desde que Canadá se estableció como Dominio bajo la Corona del Reino Unido en 1867[120], aunque en lo esencial cabe decir que a día de hoy la Oficina de la Reina, el Gobernador General y los Tenientes Gobernadores provinciales (*Leutenant Governors*) mantienen un arraigo constitucional con muchos elementos de aquellos tiempos[121]. Asimismo, e igual que en otros países de la Mancomunidad Constitucional, esta Corona ha ido adoptando una figura singular, mediante convenciones constitucionales y usos, dando lugar a la que se describe como «Corona de Arces» (Crown of Maples)[122]. A partir del *Informe Balfour* (1926) y el Estatuto de Westminster, junto con la *Royal Style and Tittles Act* (1953) aprobada por el Parlamento Canadiense se produjo una evolución que culminó con la *Canada Act* de 1982, momento en el que se cristaliza totalmente la distinción entre la Corona del Reino Unido y la Corona de Canadá. La sección 41 de la Constitución recoge el estatuto constitucional y los poderes de la *Oficina de la Reina en Canadá*, similares en principio a los que ostenta respecto al Reino Unido, aunque con divergencias y limites derivados de la Constitución canadiense —y atendiendo también a su distribución federal-provincial de poderes.

La Corona resulta de utilidad al constitucional y monárquico Estado moderno de Canadá[123] en un compendio de poderes formales, ejecutivos y administrativos. Con el tiempo, conforme a los Parlamentos provinciales se les fueron reconociendo poder legislativo[124], comenzó a entenderse que los Tenientes Gobernadores eran representantes directos de la Corona en las respectivas provincias, a pesar de que eran propuestos (y podían ser cesados) por el Gobernador General. De ahí que se explique que la Reina ejerce distintas potestades respecto de la Federación y las provincias, y que actúa, según el caso, a través de sus representantes constitucionales,

120 El preámbulo de la *British North America Act* —también conocida como *Constitution Act*, 1867— establece que las provincias de la federación están unidas en un Dominio bajo la Corona del Reino Unido y con una Constitución similar en los principios a la del Reino Unido.

121 Newman, «Some Observations on the Queen, the Crown, the Constitution and the Courts», *Review of Constitutional Studies/ Revue d'etudes constitutionelles*, vol. 22/1 (monográfico *The Crown in the 21st Century*), 2017, p. 55.

122 department of Canadian Heritage, *A Crown of Maples. Constitutional Monarchy in Canadá*, 2012.

123 Smith, *The Invisible Crown – The First Principle of Canadian Government*, Toronto University Press, 1995 (reeditado en 2013), p. xiv.

124 Smith, *The Invisible Crown*, cit, 1995, pXIV.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que son el Gobernador General y los Tenientes Gobernadores. Todo ello no ha sido obstáculo para que en Canadá hayan existido propuestas de evolución hacia un sistema republicano. Incluso durante la implementación del *Acuerdo de Perth* en 2012 se presentaron propuestas en la convención federal del partido liberal. Pero lo cierto es que, desde tiempo atrás, el debate sobre la posición de la monarquía en Canadá se ha venido de alguna forma relegando como consecuencia de otras cuestiones domésticas. Entre ellas: el debate sobre el lugar de Quebec en el conjunto de Canadá; las presiones sociales a favor del avance hacia una nación multicultural —tras los efectos de la inmigración—[125]; y la necesidad de defender su identidad frente a la cercana presencia de los Estados Unidos de América[126].

1.2. *El debate sobre la participación (o no) de las Provincias Canadienses en el proceso de reforma de las normas de sucesión*

Ya antes del *Acuerdo de Perth* se habían publicado opiniones doctrinales sobre el procedimiento que debería, en su caso, seguirse para reformar *cualquier aspecto* de la Corona de Canadá, incluyendo las normas de sucesión. Se defendía que dichas reformas deberían seguir el tramite previsto en la *sección 41* de la Constitución, toda vez que dicha sección acoge la posibilidad de enmiendas que afecten a la «Oficina de la Reina»[127]. La consecuencia práctica más notable de esta interpretación era la necesidad de obtener, en ese proceso, el consenso de las diez Provincias canadienses. Como era de esperar, este debate se reabrió en el proceso de implementación del *Acuerdo de Perth* en Canadá. Se discutió, en primer lugar, si el Parlamento Federal debía, sin más, prestar consentimiento o si, por el contrario, era necesario aprobar una ley sustantiva[128], por el hecho de que la ausencia de normas sobre la sucesión implicaba una cierta «Des-Canadianización» de la Corona o *des-patriación*, o incluso de repliegue de las implicaciones de la independencia Canadiense como estado soberano. En segundo lugar, y en relación con las Provincias, se discutió si era o no necesario, y en su caso cómo, recabar de algún modo el consentimiento de las provincias canadienses, toda vez que sus poderes son mayores que los de los Estados de Australia[129]. Algunos expertos como Lagassé sostenían que cualquier

125 Estep, «Losing Jewels from the Crown», *cit.*, 1993, pp. 236-240.

126 Detalladamente Estep, «Losing Jewels», *cit.*,p. 218-220.

127 Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., 1995, pp. 212-213; Estep, «Losing Jewels», *cit.*, 1993, p. 229-231.

128 Taillon/ Motard, Bedard/ Lagassé (eds), *La Couronne et le Parlement/ The Crown in Parliament,* Editions Yvon Blais, Montreal, 2015; Lagassé/ Bowden, «Royal Suceesion and the Canadian Crown as a Corporation Sole», 2014, *Constitutional Forum* 23, nº 1, 2014, pp. 17-26; Toffoli/ Benoit, «More is Needed to Change the Rules of Succesion for Canada», *Canadian Parliamentary Review*, 2013, vol. 36, pp. 10ss.

129 Smith/ Mann, *A Tale of Two Dominions: Why the Procedures for Changing the Rules of Succession are Different in Canada and Australia»*, *Commonwealth and Comparative Politics Journal*, vol, 52, nº 3, 2014, pp. 376-401, 376-377.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cambio constitucional formal en relación con la oficina de la Reina implicaba no sólo la autorización de las cámaras federales sino de las asambleas legislativas de las diez provincias canadienses[130]. Otros entendían, en cambio, que no era necesario; que el planteamiento de Australia reflejaba la relación directa de los Gobernadores de los Estados federados de Australia con la Reina, a diferencia de lo que sucede en Canadá, donde los Tenientes Gobernadores son propuestos por el Gobernador General. También se expresaron voces que entendieron que la reforma no planteaba dudas de constitucionalidad[131]. Walters, por ejemplo, explicaba que la propia regla de la identificación de la Corona (o el principio de simetría), según la cual el Rey o Reina de Canadá es la misma persona que es Rey o Reina del Reino Unido conforme a las normas de sucesión allí vigentes[132], hace innecesario promulgar una norma nacional sustantiva sobre la sucesión al trono.

Conviene detenerse un momento en la propuesta de Lagassé, en tanto su tesis ha servido de base a uno de los recursos de inconstitucionalidad abiertos contra la Ley de reforma de la Sucesión al Trono en Canadá. Lagassé y Baud recuerdan que las notas explicativas de la reforma del parágrafo 41 (a) de la Constitución Canadiense de 1982 señalaban que dicho parágrafo *se explica por sí mismo*, algo que parece haber dejado de ser así tras la aprobación de la *Ley de Sucesión al Trono* de 2013[133]. La clave pasaba por determinar si las normas de sucesión al trono forman parte del Derecho Canadiense y, en tal caso, si debe entenderse que los cambios afectan o no a la «*Oficina de la Reina*»[134], algo que estaría claro en el caso de una reforma que afectase a las inmunidades y privilegios de la Corona o a las prerrogativas troncales que se ejercen por el Primer Ministro o el gabinete en nombre de ésta. Como argumento que complementa su tesis, estos autores destacan que en el año 2003, en el caso *Donahue v. Canada,* la Corte Superior de Justicia de Ontario sostuvo que el *Acta de Establecimiento* y otras normas de sucesión al trono formaban parte del derecho constitucional Canadiense por el principio de recepción normativa. Sobre esa base defendieron que reformar estas normas, con

130 Lagassè/ Baud, «The Crown and Constitutional Amendment in Canada», Bédard/Lagassé, cit., 2015, y en «The Crown and Constitutional Amendment after the *Senate Reform* and *Supreme Court References*», Macfarlane (ed.), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto University Press, 2016, pp. 105-125.

131 Así, durante el estudio de la norma en el Comité del Senado, opinaron Pelletier, Heard y Walters; vid. también Hogg, «Succession to the Throne», *National Journal of Constitutional Law* 33, 2014, pp. 83-94; Hawkins, «The Monarch is Dead: 'Long Live the Monarch': Canada's Assent to amending the Rules of Succesion», *Journal of Parlamentary and Political Law* 7/3, 2013, p. 592; Walters, «Succesion to the Throne», Bédard/ Lagassé, loc. cit.

132 Cornell, «Succesion to the Throne and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», *Law and Business Review of the Americas*, vol. 21 (2), 2015, p. 201; Hogg, «Succession to the Throne», *cit.,* 2014, pp. 83, 89-90, 92-93.

133 Lagassé/ Baud, «The Crown and Constitutional Amendment in Canadá», cit., 2015, p. 203.

134 Lagassé/ Bowden, «Royal Succession and the Canadian Crown as Corporation Sole: A Critique of Canada's Succession to the Throne Act 2013», Constitutional Forum 23, p. 15; Hogg, «Succession to the Throne», *cit.*, 2014, p. 83.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

independencia de mostrar conformidad con las normas aprobadas en Reino Unido, requeriría una reforma de la normativa nacional aplicando la sección 41 (a) de la Constitución —con el concurso de ambas cámaras del Parlamento federal y de las asambleas provinciales— o, en su caso, la sección 44 —con la participación única del Parlamento Federal—.

Con el apoyo de otros expertos[135], el gobierno canadiense entendió, sin embargo, que la implementación del *Acuerdo de Perth* implicaba una determinación de la identidad de la persona que ocupará el cargo de monarca en la Corona de Canadá y que Canadá podía consentir la aplicación de la Ley británica, identificando así su propio monarca. Walters sostiene que el modo en que la Reina del Reino Unido pasó a ser la Reina en cada uno de los reinos es una cuestión totalmente interna o doméstica de dicho país. En ese proceso, en su opinión, cada uno de los Reinos pudo optar entre un principio de *identificación de la Corona*[136] —no siendo pues, necesaria, una legislación propia para la sucesión al trono— o, por el contrario, legislar específicamente la sucesión al trono[137]. Este principio no implica una conexión o unidad entre las Coronas como entidades, sino simplemente identifica a la persona que ocupa el cargo. Así, se procedió a aprobar en el Parlamento Federal la Ley de Sucesión al Trono de 2013, una Ley por la que Canadá consentía para sí los efectos de la modificación legal presentada a trámite como *Succesion to the Crown Bill* en el Parlamento británico y que se aprobaría como *Succesion to the Crown Act*.[138]. De hecho el título de la Ley es *Succesion to the Throne Act. An Act to assent to alterations in the law touching the Succesion to the Throne*, presentada en la cámara baja canadiense el 31 de enero de 2013 (como Bill C-53), aprobada el 4 de febrero, y aprobada por el Senado canadiense en marzo de 2013[139]. En su contenido consentía «la modificación en las normas relativas a la sucesión al trono establecidas en el proyecto presentado ante el Parlamento del Reino Unido que lleva por título «*A Bill to Make succession to the Crown not dependent on Gender; to make provision about Royal Marriages; and for connected purposes*».

Este procedimiento por el que el Parlamento federal asume la función legislativa parece similar al que empleó Australia, pero han de destacarse importantes diferencias. En la Constitución de Canadá no está previsto un poder de inter-delegación similar al de la Constitución de la Mancomunidad de Australia —razón

135 Hogg, «Succession to the Throne», cit., 2014, p. 83; Hawkins, «The Monarch is Dead», cit., p. 593; Walters, «Submission to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs Concerning Bill C-53, An Act to assent to alterations in the Law touching the Succession to the Throne», de 5 de marzo de 2013.

136 Expresión que emplea Hogg, «Succession to the Throne», cit., 2014, p. 90, pero puede generar confusión.

137 Walters, «Sucession to the Throne», cit., 2015,p. 267.

138 Cornell, «Succesion to the Throne», *cit.*, 2015, pp. 201-202.

139 Senate of Canada, «LCJC Meeting No 74», de 20 de marzo de 2013, disponible en senparlvu.parl.gc.ca..

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por la que no se pidió a las Provincias un permiso similar al que los Estados emitieron en Australia—. Lo que sí existe es un poder general y residual del Parlamento Canadiense que le permite promulgar leyes para la paz, el orden y el buen o gobierno de Canadá (*Peace, Order and Good Government*-POGG) que puede emplearse en las materias no asignadas en exclusiva a las provincias, o cuando estuviera justificado por interés nacional o razones de emergencia[140]. Según el ministro de Justicia canadiense, la tramitación de la reforma de la sucesión al Trono podía acogerse al POGG y se amparaba, además, en la práctica y la tradición de Canadá. En su opinión, esa había sido también la forma en la que se procedió en los tres precedentes de reformas relacionadas con la sucesión al trono que se aprobaron en el siglo XX: la primera, en tiempos de la abdicación de Eduardo VIII (1936-1937)[141] y, posteriormente, en relación con las normas de estilo y los títulos reales (1947 y 1953)[142]. En los tres casos el Parlamento de Canadá expresó *su consentimiento* a la norma sustantiva aprobada en el parlamento británico[143], aunque esta opinión parece obviar que dichos precedentes son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución Canadiense de 1982.

1.3. *Los recursos de inconstitucionalidad contra la nueva Ley canadiense de Sucesión al Trono*

En la línea del recurso planteado por *O'Donahue* diez años antes, Bryan Teskey presentó un recurso ante la Corte Superior de Ontario sobre la posibilidad de que Canadá estableciera una línea propia de sucesión al trono, diferente a la del resto de los reinos de la Commonwealth[144]. El recurrente alegaba la inconstitucionalidad de la normativa, por contravención de la sección 2ª de la Constitución de Canadá de 1982 y la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, toda vez que la Ley de reforma de la Sucesión no eliminaba la prohibición de que un católico accediese al trono de Canadá[145]. Como era de esperar, y con el precedente del *caso O'Donahue*, la Corte dictó sentencia en los mismos términos[146].

140 Monahan/ Shaw, *Constitutional Law*, Irwin Law, Toronto, 2013, pp. 115-117 y Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto, 2003, pp. 17-1-17-32.

141 En la abdicación de Eduardo VIII y posterior coronación de Jorge VI en 1937, mediante la *Succesion to the Throne Act*, SC 1937, que implicó el asentimiento de Canadá a la reforma realizada por el Parlamento británico como «His Majesty's Declaration of Abdication Act», de 1936.

142 *Royal Tittle and Styles Act* de 1927 y 1953.

143 Newman, «Some Observations», *Review of Constitutional Studies* 22 (1), 2017, p. 71.

144 *Teskey versus Attorney General of Canada*, Ontario Superior Court of Justice, 9 de agosto de 2013, disponible en Hackland R.S.J.

145 Lagassé/ Baud, «The Crown and Constitutional Amendment in Canadá», cit., 2015, p. 203.

146 Esto es, consideró que las normas de sucesión al trono no eran parte de la Constitución y que Teskey no estaba legitimado para actuar en dicha causa por no pertenecer a la línea de sucesión al trono. Sentencia Teskey v. Canada (Attorney General), 2013 ONSC 6386, para. 7, Canada Ontario Superior Court Journal.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la sentencia, cuyo ponente fue Rouleau[147], se indicó que las normas que gobiernan la sucesión al trono compartido son parte de la Constitución *no escrita y no expresada* y que, por tal motivo, tienen inmunidad frente a recursos que cuestionen su contravención con la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos Fundamentales[148], algo que confirmó la Corte de Apelaciones de Ontario[149].

El segundo de los recursos fue presentado por dos juristas de Laval, Geneviéve Motard y Patrick Taillon, ante la Corte Superior de Quebec. Entendiendo que la reforma realizada afectaba a la «Oficina de la Reina», los recurrentes consideraban que la reforma hubiera requerido la intervención no solo del Parlamento Federal sino también de los Parlamentos provinciales[150]. El gobierno de Quebec se sumó a este recurso[151]. Esta fue la primera ocasión en la que el art. 41 (a) de la Constitución canadiense fue objeto de interpretación judicial[152], por lo que la sentencia tuvo que abordar, entre otras cosas, la cuestión de si las reformas previstas en la Ley de Sucesión al Trono afectaban o no a la parte V de la Constitución de 1982 y, en su caso, pronunciarse sobre el procedimiento que debería haberse seguido para dicha reforma. En su sentencia, el juez Claude Bouchard repasa la historia de las normas de sucesión desde el *Bill of Rights*, y analiza los argumentos que en un sentido y otro habían expuesto los partidos políticos y la doctrina. A la vista de dichos fundamentos, se concluye que en aplicación del *principio de simetría constitucional* el Rey o Reina de Canadá será quien ocupe el trono del Reino Unido. Dicho principio, en opinión del juez, no fue modificado por el *Estatuto de Westminster* de 1931 y, a diferencia de las normas que regulan la Oficina de la Reina en Canadá, las normas de sucesión tampoco habían pasado a forma parte de la Constitución canadiense, por lo que el Reino Unido conservaba la potestad de modificar las normas de sucesión. En coherencia, la reforma de las normas de sucesión no necesitaba del consenso de las Provincias canadienses[153]. Dicha sentencia, de febrero de 2016, fue recurrida ante la Corte de Apelaciones de Quebec[154] y en febrero de 2018 se ha anunciado que la sentencia se espera, como pronto, para este verano. Ha de hacerse notar que, de ser considerada inconstitucional la norma y

147 Spector, «Why Canada must take on Britain over the 1701 Act of Settlement», *The Globe and Mail*, de 30 de agosto de 2007.

148 *O'Donahue v. Her Majesty the Queen in Right of Canada and Her Majesty the Queen in Right of Contario* (2003) OJ 2764, 17-39 (SCJ). Vid comentario de la sentencia en Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012, pp. 444-446.

149 *Teskey v. Canada* (Attorney General), Sentencia de la Corte de apelaciones de 26 de agosto de 2014.

150 Referencias detalladas en Cornell, «Succesion to the Throne», cit., 2015, pp. 201-204.

151 Vid. Ministére de la Justice (Quebec), *Extraits des rôles d'audience*, mayo de 2015; Canadian Broadcasting Corporation, «Royal Baby Bill Challenge Joined By Quebec Attorney General», *Huffington Post*, de 22 de julio de 2013.

152 Sentencia de la Corte Superior de Quebec*, caso Motard v. Procureur general du Canada et al*., número 200-17-018455-139, 2016 QCCS 588.

153 Vid. «Deux profs de l'Universitè Laval d`boutés dans la cause du «bébé royal»», *Le Soleil*, 16 de febrero de 2016.

154 Sèguin, «La cause du «bébé royal» en appel», *Le Soleil*, 15 de marzo de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nacer varón el tercer hijo que en la actualidad esperan los Duques de Cambridge, se produciría una situación compleja, ya que en Canadá este tercer hijo precedería en la línea de sucesión a su hermana Carlota —aunque no en el resto de los Reinos de la Commonwealth.

2. La reforma de la sucesión al trono en los Reinos del Caribe

Inicialmente los gobiernos de Jamaica y Belice expresaron que sus constituciones dejaban las normas de la sucesión al trono a la legislación del Reino Unido, y que no era necesaria una reforma a menos que sus parlamentos expresasen otra cosa[155]. Los gobiernos de Antigua, Barbados, Bahamas, Granada, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y San Cristóbal y Nieves, por su parte, también expresaron una opinión similar, aunque indicaron que analizarían cual era la mejor forma para dar efecto a los cambios. En la práctica, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas y Barbados[156] tramitaron sus leyes de asentimiento respectivas, con algunos matices que las diferencian ligeramente. Antigua y Barbuda[157], las Bahamas, Belice, Granada y Jamaica, por su parte, concluyeron que no era necesario tramitar ninguna norma para adherirse a la reforma realizada en el Reino Unido. Vamos a exponer los detalles, refiriéndonos en primer lugar a las Bahamas y Belice, y a continuación a los llamados *Reinos de las Indias Occidentales*.

La *Mancomunidad de las Bahamas* (Commonwealth of Bahamas) está constituida por más de setecientas islas, cayos e islotes, aunque poco más de una veintena están habitados. Las Bahamas, inicialmente colonizadas por los españoles, se convirtieron en una colonia británica en 1718 y obtuvieron la independencia como Monarquía parlamentaria el 10 de julio de 1973. La Constitución de Las Bahamas inviste de autoridad ejecutiva a su Majestad, pero no define quién es tal persona, habiendo de acudirse a la llamada *The Bahamas Interpretation Act*. De esta norma se deduce que las normas de sucesión al Trono del Reino Unido que estaban vigentes el 10 de julio de 1973 quedaron incorporadas a su ordenamiento a través de la referencia que de ellas hace la Constitución. De cara a la implementación del Acuerdo de Perth cabían dos posibilidades. La primera pasaba por interpretar que los cambios en las normas de sucesión requerían una reforma constitucional en sentido estricto, con mayoría cualificada de tres cuartos y referéndum; la segunda posibilidad, en cambio, implicaba aceptar que las normas incorporadas mediante

155 Tal y como se recoge en el documento *Parlamentary Debates,* House of Lords, col. 310, intervención de Lord Wallace de Tankerness, impulsor de la norma de reforma de la sucesión al trono en la Casa de los Lores, el 13 de marzo de 2013. Accesible en publications.parliament.uk.

156 El titulo de la norma es: *An Act to provide for the Parliament of Barbados to acquiescence to alterations in the law relationg to the succession to the Throne of the United Kingdom*, Government Information Service, Bridgeton, 2015, disponible en www.barbadosparliament..com.

157 Tankerness, *Parlamentary Debates,* House of Lords, col. 1228.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

referencia tenían un rango de legislación ordinaria y podían ser reformadas como tales. Belice, por su parte, evolucionó a partir de la que se conociera como *Honduras Británica*, que comprendía también las Islas de la Bahía (en la actualidad territorio de Honduras) y la Mosquitita (en la actualidad dividida entre Honduras y Nicaragua). Fue una colonia de la Corona entre 1871 y 1964, cuando obtuvo un margen de autogobierno, y obtuvo su independencia en 1981. En su Constitución se reconoce autoridad ejecutiva a «Su Majestad», si bien no precisa lo que por tal ha de entenderse ni recoge previsión alguna sobre la sucesión a la Corona. No obstante, la doctrina interpretó, y así lo entendió también el gobierno, que no era necesaria ninguna actuación para que la reforma realizada en Westminster tuviera efectos en la sucesión a la Corona de Belice.

Por cuanto se refiere a los demás reinos del Caribe, entre los años 1958 y 1962 las colonias británicas del Caribe[158] se asociaron en la llamada *Federación de las Indias Occidentales* (West Indies Federation) o Federación de Antillas, bajo la *British Caribbean Federation Act*. Esta federación dejó de existir cuando se separaron de ella los dos estados más grandes de dicho conjunto: Jamaica, y Trinidad y Tobago. En ese momento el Parlamento del Reino Unido disolvió la Federación, mediante *la Ley de las Indias Occidentales*, y el resto pasó a tener un estatus como colonias autónomas bajo la directa supervisión de Londres. Tiempo después, la mayoría de ellas alcanzó la independencia[159] (así, Barbados en 1966[160], Granada en 1974, Dominica en 1978, Santa Lucía en 1979, San Vicente y Las Granadinas en 1979, Antigua y Barbuda en 1981 y San Cristóbal y Nieves en 1983). Sin perjuicio de que aspectos clave de su historia y su arquitectura institucional las diferencien, las Constituciones de estos siete Reinos invistieron de autoridad ejecutiva a «Su Majestad» y establecieron que el Parlamento consistiría en Su Majestad y una o dos cámaras[161]. Para establecer quién ha de entenderse por «Su Majestad», no es posible hallar referencias en los textos constitucionales, sino que ha de recurrirse, en unos casos, a la *UK Interpretation Act de 1889* (en Granada, Jamaica y Santa Lucía) y, en otros, a la *Interpretation Act de 1978* (en Antigua y Barbuda, San Cristóbal y Nieves, y San Vicente y las Granadinas). Dado que como consecuencia de los procesos de independencia el Parlamento de Westminster perdió autoridad para legislar con efectos para estos Reinos[162], en la implementación del *Acuerdo de Perth* se planteaban dos posibles interpretaciones: la primera, que quien sucediera al Rey o Reina de la Gran

158 Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica (incluyendo las Islas Caimán y las Islas Turcas y Caicos), Montserrat, Trinidad y Tobago, San Cristóbal y Nieves (incluyendo Anguila), Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas.

159 Montserrat, las Islas Caimán e Islas Turcas y Caicos (separados de Jamaica) y Anguila (separado de San Cristóbal y Nieves) se han mantenido como *Territorios Británicos de Ultramar* (British Overseas Territories).

160 Beckles, *A History of Barbados: From Amerindian Settlement to Caribbean Single Market,* Cambridge University Press. 2007, pp. 1-6.

161 Philipps, *Commonwealth Caribbean Constitutional Law*, Cavendish, 2002, p. 208-2012.

162 Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012,p. 457.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bretaña sería también Rey o Reina de los respectivos reinos; la segunda, que la sucesión al trono de cada Reino quedaría regida por sus *propias normas sucesorias*. Esta segunda opción, a su vez, llevaba a discutir si para implementar el *Acuerdo de Perth* sería o no necesario proceder a reformas constitucionales con mayoría cualificada[163]—quizás incluso con un posterior respaldo en referéndum[164]—, o si era posible una reforma en la legislación ordinaria. Finalmente, y con excepción de Barbados, todos estos Reinos entendieron que la *UK Interpretation Act* y la *Interpretation Act* podían ser objeto de reforma ordinaria en sus respectivos parlamentos[165]. Algo diferente fue el caso de Barbados. Barbados alcanzó su independencia en noviembre de 1966, mediante la *Barbados Independence Act*, momento a partir del cuál cesó la capacidad del parlamento de Westminster para legislar con efectos para dicho país. Al igual que sucede en otros reinos del Caribe, la Constitución de Barbados[166] no definió quién es «Su Majestad», pero la *Barbados Interpretation Act* de 1975, elaborada con el propósito de interpretar la Constitución, establece que la expresión «Su Majestad» incluye a su Majestad la Reina y a sus herederos y sucesores[167]. En cualquier caso, y en términos prácticos, el proceso fue muy similar a los mencionados porque se consideró que era posible reformar las normas de la sucesión al trono mediante una reforma legislativa ordinaria[168].

Como apunte final, y en relación con la cuestión republicana, algunos autores sostienen que en la actualidad no todos los ciudadanos de estas regiones de Caribe perciben ya la mística de una *Reina Ausente*. Durante bastante tiempo la jefatura de Estado fue vista como un símbolo de unidad en un contexto político polarizado[169] — en algunos casos con importantes niveles de tensión internos. Se veía en el Monarca un rol que puede poner en juego su influencia y buen hacer en los casos en que fuera necesario, pero esa visión está evolucionando. De hecho, en el momento de la adopción del *Acuerdo de Perth*, Granada y Jamaica se estaban planteando ser repúblicas. En 2010 se presentó en Granada un borrador de constitución republicana y en Jamaica y Barbados se barajó la posibilidad de tal reforma en la celebración de 50 aniversario de la independencia del país. En ambos casos la reforma requeriría una mayoría cualificada en los parlamentos y una aprobación en referéndum por mayoría simple en Jamaica y cualificada de dos tercios en Granada, pero a la fecha de publicación de este escrito no se han producido avances en esa dirección. Drayton expresaba recientemente que[170] cin-

163 De dos tercios en cada una de las cámaras en la mayor parte de dichos Reinos, y de tres cuartas partes en el caso de Santa Lucía.

164 Por mayoría de dos tercios en San Cristóbal y Nieves, y mayoría simple en Jamaica y Santa Lucía.

165 Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012,p. 458.

166 *Barbados Constitution*, LRO, 2002, secciones 35, 65.

167 *Barbados Interpretation Act*, LRO 1978, c1, sección 10 (1)-(2).

168 En opinión de Hunter, «A more modern Crown», cit., 2012, p. 460.

169 Phillips, *Commonwealth Caribbean Constitutional Law*, cit., 2002, pp. 335-336.

170 Drayton, *Whose Constitution? Law, Justice and History in the Caribbean*, Judicial Education Institute, Sixth Distinguished Lecture, 2016, pp. 27-28.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuenta años después de su independencia, los países del Caribe quizá deberían asumir un rol propio de *padres y madres fundadores* de sus sistemas políticos, procediendo a una segunda descolonización en la que se revisen las decisiones *incompletas* que fueron adoptadas en los años setenta. Pero más allá de algunas opiniones doctrinales o expresadas por algunos cargos políticos puntuales, lo cierto es que hasta la fecha no se ha producido ningún movimiento significativo en este sentido[171].

VII. REFLEXIONES FINALES

La norma de reforma de la Sucesión al Trono propuesta por el Reino Unido fue deliberadamente concisa, porque el Gobierno británico y los del resto de *Realms* deseaban evitar que su tramitación diera pie a reformas constitucionales más profundas. De hecho hemos visto que en algunos países, como Canadá, se acudió a convenciones constitucionales no escritas para justificar que el Parlamento federal asumiera un rol exclusivo y evitar así los inconvenientes de un proceso en el que, por la participación de las diez provincias —especialmente de Quebec—, pudieran producirse dilaciones no deseadas. También se omitió deliberadamente entrar la cuestión de la posibilidad de que un católico fuese heredero al trono (algo que la suma de la Declaración de Derechos, el Acta de Establecimiento de 1701, el Acta de la Unión de 1707 y el acta de Declaración en el Acceso de forma cumulativa impiden)[172] o en el rol del monarca en la Iglesia Anglicana del siglo XXI. Como ya se ha explicado, existía un convencimiento de que la operación debía realizarse con precisión casi quirúrgica, sin dar pie ni tiempo a mayores complicaciones. Con la excepción de Canadá, donde está pendiente de finalización un recurso de inconstitucionalidad, parece que ese objetivo se consiguió respecto del resto de los *Realms.*

La monarquía —no necesariamente constitucional— fue un modelo predominante en la Europa Occidental hasta 1914. Sólo tres países, Francia, Portugal y Suiza, se habían constituido en aquella época como Repúblicas[173]. Desde los años 80, sin embargo, sólo está presente en Bélgica, Dinamarca, España, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, a los que se añaden los Principados de Mónaco y Liechtenstein. Tras la reciente reforma en el Reino Unido, en Europa sólo en España, Mónaco y Liechtenstein sigue en vigor la preferencia del varón sobre la mujer. Pero no es ésta la característica más significativa de la monarquía británica. Si en términos comparativos la preservación de la

171 Benedictus, «After Barbados, who will be next to give the Queen her marching orders?», *The Guardian*, marzo de 2015.

172 Papworth, cit., pp. 1091-1093.

173 Bogdanor, «European Constitutional Monarchs», Butler/ Low (eds.), *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, pp. 274-275.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

institución monárquica llama la atención en el panorama internacional —apenas una treintena de los países democráticos son Monarquías[174]—, qué decir del hecho de que de ese pequeño conjunto, en torno a la mitad de los Estados compartan a la misma Reina (Isabel de Windsor)[175]. Un fenómeno sin precedentes, llamativo en sí mismo y también en tanto simboliza que en su adaptación a los tiempos[176]. En el proceso de descolonización el Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda no sólo supo mantener sus lazos con las antiguas colonias sino que dio paso, a partir de la *Declaración de Londres*, a una importante organización internacional, que se extiende a prácticamente todas las regiones geográficas y es diversa en religiones y culturas.

La *Oficina de los Dominios* se transformó en *Oficina de Relaciones de la Mancomunidad de Naciones* en 1947 y pasó a ser *Oficina de Asuntos Exteriores y de la Mancomunidad* en 1966, y de cuatro miembros la Mancomunidad pasó a estar formada por más de cincuenta países independientes, la mayoría de ellos repúblicas[177]. Es difícil reconocer qué le da unidad a una entidad tan extraña como la *Commonwealth* sin enfatizar el rol, con el paso del tiempo cada vez más simbólico, que aún desempeñan en ella el Reino Unido y su longeva Monarca[178]. Se ha dicho que resulta tan fácil exagerar la contribución de la Monarquía a estos procesos como minimizarla a favor de otras instituciones, pero parece que la verdad está en algún lugar intermedio[179]. Simbólico o no, el rol de la Corona, o de la propia Isabel II, en la cimentación de la *Mancomunidad moderna* e incluso en la tarea de neutralizar los sentimientos nacionalistas en las antiguas colonias ha sido crucial en algunos momentos del proceso de descolonización y construcción constitucional de los nuevos Estados[180]. En la actualidad siguen siendo muchas las diferencias sociopolíticas, económicas y culturales que separan a los antiguos Dominios de Canadá, Australia, y Nueva Zelanda, con 36, 24, y casi cinco millones de habitantes respectivamente, de pequeños Reinos como los de Granada (cien mil habitantes), San Cristóbal y Niveles (cincuenta mil) o Tuvalú (once mil). Al menos en teoría, y dado que se trata de Coronas separadas, es posible en hipótesis que los consejos que recibe cada Reino de su Monarca sean diferentes y discrepantes entre sí, pero lo cierto es que el hecho de tratarse de una misma persona ha contribuido a que se ofrezcan consejos armónicos y en

174 Junto a los 16 *Realms* de la Commonwealth y las citadas Monarquías Europeas, se cuentan también entre las Monarquías democráticas las de países como Bahrein, Lesotho, Jordania, Camboya, Malasia o Japón.

175 Boyce, *The Queen's Other Realms. The Crown and Its Legacy in Australia, Canada and New Zealand*, The Federation Press, 2008, p. 1.

176 Forman, «Redefining the Monarchy and the Crown», *Constitutional Change in the UK*, 12ª ed, 2002, p. 186.

177 Butler, «Introduction», Butler/ Low (eds.) *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, pp. 1-2.

178 Jennings, *The British Constitution*, cit., 1971, p. 122.

179 Jennings, *The British Constitution*, cit., 1971, p. 121.

180 Vid. Cando Somoano, «La posición de la Corona», cit., 2000, pp. 109 y ss, 117 y 125.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

beneficio de todos los miembros de la Mancomunidad[181]. De hecho, y según los expertos es previsible que en los próximos años, y como consecuencia del BrExit, el Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda refuerce a la *Commonwealth,* por cuanto ésta puede aportarle estratégicamente tras su salida de la Unión Europea. Quizá se produzcan, quien lo sabe, nuevos hitos en la evolución de esta organización internacional.

La continuidad de la monarquía a lo largo de la historia ha proporcionado estabilidad a las instituciones y a la estructura social[182], pero no sólo no ha impedido el progreso sino que ha patrocinado y amparado la evolución, siendo esa la razón de su larga supervivencia[183]. Ha sido así aunque se insista en que una república parecería una forma de gobierno más acorde con los tiempos que vivimos. Coincidimos con Bogdanor[184] en que sería estéril especular sobre si la monarquía constitucional es o no una buena forma de gobierno, porque lo que es claro es que a día de hoy se ajusta al temperamento británico y forma parte del concepto que se tiene sobre lo que supone ser británico[185]. A ello ha de sumarse que la monarquía británica a lo largo de los siglos ha demostrado su capacidad para modernizarse y adaptarse a los tiempos sin que por ello se produzca un daño significativo en la estructura y las convenciones sobre las que se asienta[186]. Entre los retos más importantes que ha asumido, sin duda, está el de permanecer y adaptarse a un escenario de descolonización, generando un nuevo espacio de entendimiento entre la antigua metrópoli y sus territorios en el que, incluso con las repúblicas, el vínculo se mantiene sobre la idea de la *lealtad común a la Corona.*

Y si respecto de los *Realms* parece improbable un cambio drástico, qué decir respecto de la Jefatura de la Mancomunidad de Naciones. Ninguna previsión constitucional[187], se ha dicho ya, explica porqué Isabel de Windsor sigue siendo la Jefa de la Mancomunidad de Naciones[188]. Los expertos lo atribuyen al respeto que se le expresa, más a sentimientos incluso que al intelecto[189]. Y quizá por ello existe una cierta preocupación por que el primero de quienes le suceden, el Príncipe Carlos de Gales, está lejos de concitar semejante adhesión[190]. Esta por ver, por tanto, qué nos deparará el futuro.

181 Barker, *La monarquía constitucional de la Gran Bretaña*, Oxford University Press, 1943, p. 29.

182 Ibídem Fernández Fontecha/ Pérez de Armiñán, *La Monarquía y la Constitución,* Civitas, Madrid, 1987, p. 63.

183 Barker, *La monarquía constitucional de la Gran Bretaña*, Oxford University Press, 1943, pp. 19-20.

184 Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., 1995, p. 300.

185 Bogdanor, «United Kingdom», Butler/ Low (eds.), *Sovereigns and Surrogates*, cit., 1991, p. 10, 37.

186 Scruton, *England, an Elegy*, Chatto & Windus, Londres, 2000, p. 3.

187 Boyce, *The Queen's Other Realms*, cit., 2008, 7.

188 Murphy, *Monarchy and the End of Empire,* cit., 2015, p. xi.

189 Bogdanor, Barnett, *The Power and the Throne: The Monarchy Debate*, Vintage, Londres, 1994, p. 193.

190 Mansillo, «Loyal to the Crown», cit., 2016, pp. 213-235, 235.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *The Reform of the Succession to the Crown in the United Kingdom of Great Britain And Northern Ireland, and in the «other Kingdoms» of the Commonwealth of Nations.*

SUMMARY: *The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland shares a Monarch with fifteen other Realms of the Commonwealth of Nations, in a phenomenon that is described as «sixteenth separated Crowns in personal union». Since the 1970s or earlier reference had been made to the need to adapt the laws of succession to the principles of gender equality and religious freedom expressly or implicitly recognised in the Kingdoms at a constitutional level. However, reasons of expediency had resulted in resistance to such reforms. Amongst these are the delicate balance which underpins the monarchic institution, both in these States and in the Commonwealth as a whole, as well as the fact that three Protestant males are the first in line to succeed the long-living Elizabeth of Windsor. The engagement and subsequent marriage of the Duke and Duchess of Cambridge was what triggered the reform process, promoted via the Perth Agreement at the Conference of Commonwealth Heads of Government Meeting (CHOMG) in October 2011. This work addresses the complexity involved in the reform of a corpus of legislation dating back to the 18th century but which has seen how with the passage of time the reality upon which it is projected, the British Crown, has evolved into sixteen separate Crowns linked to a Community of Nations formed by over 50 States, most of them republics. There is detailed analysis of a process in which questions of both political expediency and difficulties of legal interpretation have played their part. As will be seen, the socio-political and cultural particularities specific to some of the Realms, such as the federal realities or the uniqueness of Quebec in Canada, explain why the process of implementation of the aforementioned Agreement extended into the year 2015.*

RESUMEN: *El Reino Unido de la Gran Bretaña comparte Monarca con otros quince Reinos de la Mancomunidad de Naciones (Commonwealth of Nations), en un fenómeno que es descrito como «dieciséis Coronas separadas, aunque en unión personal». Desde al menos los años 70 se había venido apuntando la necesidad de adaptar las normas de sucesión a los principios de igualdad de género y libertad religiosa, expresa o implícitamente reconocidos en los Reinos a nivel constitucional. Sin embargo, razones de oportunidad habían venido oponiendo resistencia a la reforma. Entre esas razones, están el delicado equilibrio sobre el que la institución monárquica se asienta, tanto en dichos Estados como en el conjunto de la Commonwealth, así como el hecho de que tres varones protestantes ocupaban los primeros puestos en la sucesión de la longeva Isabel de Windsor. El compromiso y posterior matrimonio de los Duques de Cambridge fue lo que desencadenó el proceso de reforma, impulsado mediante Acuerdo de Perth en la Conferencia de Jefes de Gobierno de la Commonwealth en octubre de 2011. El presente trabajo aborda la complejidad de proceder a la reforma de un conjunto normativo originario del siglo XVIII pero que ha visto cómo con el paso de los siglos la realidad sobre la que se proyecta, la Corona Británica, ha evolucionado hacia dieciséis Coronas separadas y vinculadas a una Mancomunidad de Naciones conformada por más de 50 Estados, la mayoría de ellos repúblicas. Se analizará en detalle un proceso en el que han tenido protagonismo tanto cuestiones de oportunidad política, como dificultades de interpretación normativa. Como se verá, las particularidades sociopolíticas y culturales específicas de algunos de los Reinos, entre ellas las realidades federales o la especificidad de Quebec en Canadá, explican porqué el proceso de implementación del citado Acuerdo se prolongó hasta entrado el año 2015.*

KEY WORDS: *Commonwealth, Commonwealth Realms, Realms, United Kingdom, Crown, Monarchy, Succession to the Throne.*

PALABRAS CLAVE: *Mancomunidad de Naciones, Reinos de la Mancomunidad de Naciones, Reino Unido, Corona, Sucesión al Trono.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *10.12.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA *ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL* DEL RECURSO DE AMPARO COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL: ENTRE 'MORIR DE ÉXITO' O 'VIVIR EN EL FRACASO'[1]

PABLO PÉREZ TREMPS
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III

SUMARIO

I. La justificación de la introducción de la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo: evitar 'morir de éxito'. II. El contenido de la L.O. 6/2007 de reforma de la LOTC. III. La aplicación por el Tribunal Constitucional de la previsión legal de la especial trascendencia constitucional. IV. Valoración de la eficacia de la especial trascendencia constitucional: evitar 'vivir en el fracaso'.

Toda institución jurídica responde a una causa que la justifica y, desde el punto de vista de su aplicación, plantea una doble dimensión: cómo se reconoce normativamente y cómo se aplica. Esta triple consideración explica el esquema que va a seguirse en el presente trabajo para analizar desde el punto de vista constitucional la institución de la especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo.

La modificación más significativa introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fue precisamente la exigencia de que las demandas de amparo posean «*especial trascendencia constitucional*» para su admisión a trámite. Esta exigencia ha modificado profundamente la consideración del recurso de amparo así como su eficacia práctica y, con ello, el trabajo mismo del Tribunal Constitucional. Para su análisis, se van a distinguir, pues, tres

1 Una versión de este trabajo se ha publicado en el la obra colectiva *Human Rights in a Global World. Essays in honour of Judge Luis López Guerra,* preparado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Wolf, Oisterwijk, 2018, pp. 585-602.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

apartados: la justificación de la introducción en el ordenamiento de la especial trascendencia constitucional, su regulación por la LOTC; y su aplicación por el Tribunal Constitucional durante los primeros años de vigencia de esta nueva institución[2].

I. LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE LA EXIGENCIA DE ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA DEMANDA DE AMPARO: EVITAR 'MORIR DE ÉXITO'.

Existe un claro acuerdo doctrinal sobre el motivo por el que la L.O. 6/2007 introdujo en el art 49.1 LOTC la exigencia de que la demanda de amparo posea especial trascendencia constitucional, motivo que, por otra parte, viene recogido explícitamente en su Exposición de Motivos: «La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional. (..) El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso…» Esto es lo que agudamente se denominó el riesgo de «morir de éxito»[3].

2 Para una visión global de las competencias y funcionamiento del Tribunal Constitucional en España puede verse P. PÉREZ TREMPS, *Sistema de justicia constitucional,* 2ª edic., Civitas, Madrid 2016, o F. CAAMAÑO y otros, *jurisdicción y procesos constitucionales,* Mcgraw-Hill, Madrid 2000.

3 Sobre los antecedentes de la reforma del recurso de amparo, P. PÉREZ TREMPS (Coord), *La reforma del Tribunal Constitucional,* Tirant, Valencia 2007. En relación con la regulación actual del recurso de amparo, P. PÉREZ TREMPS, *El recurso de amparo*, 2ª edic., Tirant, Valencia 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otra parte, los datos cuantitativos confirman este diagnóstico del legislador. Desde el año 1981, primer año de pleno funcionamiento del Tribunal Constitucional, hasta el año 2006, año anterior a la entrada en vigor de la reforma, el número de recursos de amparo que ingresaron en el TC fue creciente, de 393 a 11471, produciéndose sólo en un año una mínima rebaja simbólica en el número de recursos. El conocimiento de estos asuntos comportaba también, como es lógico, retrasos y acumulaciones tanto en los pronunciamientos sobre admisión como a la hora de emitir sentencia. Ello supuso un problema para la legitimidad del Tribunal Constitucional, que se reflejó incluso en la satisfacción de las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos suponiendo alguna condena a España por lesionar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al computarse también los largos períodos que permanecían los asuntos en el Tribunal Constitucional: SSTEDH *Díaz Aparicio*, de 11 de octubre de 2001 o *Soto Sánchez*, de 25 de noviembre de 2003[4].

Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional a través de sus Presidentes había reivindicado también la necesidad de reformar la LOTC para hacer más expedito el procedimiento de amparo. Ello tuvo una primera respuesta en la reforma del art. 50 de la LOTC por la LO 6/1988, que introdujo como motivo de inadmisión de la demanda la «*carencia de contenido constitucional*», inadmisión que se podía producir mediante providencia no recurrible, salvo por el Ministerio Fiscal. Aunque este concepto no resultaba fácil de concretar, se tradujo en la posibilidad de inadmitir la demanda por apreciarse *a limine* la inexistencia de la lesión aducida[5]. A pesar de que este reforma contribuyó a una más rápida tramitación de las demandas de amparo, el Tribunal no llevó hasta sus últimas consecuencias las posibilidades que ofrecía, entre otras razones porque decidió seguir motivando brevemente (y a veces no tan brevemente) en la providencia de inadmisión la inexistencia de la lesión, lo que a menudo suponía un trabajo ímprobo. Por tanto la reforma mejoró algo el sistema de admisión (más bien de inadmisión) y simplificó el procedimiento, pero, como demostraron los datos, la reforma pronto se manifestó insuficiente. El número de asuntos siguió aumentando y el tiempo de tramitación de las admisiones y de las resoluciones de fondo también.

Por tanto, fue la LO 6/2007 la primera que de verdad se enfrentó al problema endémico del exceso de recursos de amparo y de las dificultades del Tribunal Constitucional para su tramitación con unos efectos nuevamente incuestionables cuantitativamente, no tanto por actuar sobre el número de recursos que llegan al Tribunal —que si lo hace es mínimamente— de 11.000 en 2006 a algo más de 7000 en los últimos años) como en el descenso de la bolsa de asuntos pendientes (de 14.000 en 2006 a en torno a 4000 en los últimos años) y,

4 Una visión general del sistema español de protección de derechos fundamentales puede verse en R, BUSTOS (Coord.), *La protección jurisdiccional de los derechos,* Tirant, Valencia 2015.

5 AATC 1226/1988 ó 139/1990, por ejemplo.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre todo, en el tiempo que dura la tramitación de la fase de admisión y, con ello, en los tiempos de funcionamiento general del Tribunal Constitucional.

Veamos, pues, brevemente, el contenido de la L.O. 6/2007 por lo que respecta a esta cuestión, segundo apartado de este trabajo.

II. EL CONTENIDO DE LA L.O. 6/2007, DE REFORMA DE LA LOTC

La L.O. 6/2007 introdujo diversas modificaciones a la LOTC no todas ellas relativas al recurso de amparo pero siendo éste el principal objeto de la reforma. En efecto, la L.O. prevé una cierta «descentralización» dentro del Tribunal permitiendo, por ejemplo, que las Secciones dicten sentencias por remisión de las Salas en caso de que «sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional» (art. 52.2), posibilidad de la que se ha hecho un muy escaso uso. También la LOTC, en su art. 49.4 ha dado mayores potestades de control del cumplimiento de los requisitos procesales a las Secretarías de Justicia. Por otra parte, y conjurando la anterior práctica del Tribunal, el nuevo art. 50.3 LOTC impone que las providencias de inadmisión se limiten a especificar el requisito incumplido para justificar esa inadmisión, lo que supone que baste con citar el precepto o preceptos legales que fundamentan la decisión liminar del Tribunal sin tener que argumentar porqué se aplica el correspondiente precepto, sirviendo pues, a los efectos prácticos, de una mínima ilustración del recurrente y de una guía para el eventual recurso de súplica del Ministerio Fiscal, único legitimado para esta impugnación de la providencia de inadmisión según el propio art. 50.3 LOTC.

Por lo que se refiere en concreto a la especial trascendencia constitucional, la LOTC, tras su reforma, tampoco es especialmente prolija, limitándose a exigir, en la línea de la legislación alemana, que dicha especial trascendencia constitucional se justifique en el recurso: «*en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*» reza el art. 49.1 *in fine*, por lo que esta justificación se convierte en una exigencia de la demanda. Desde el punto de vista material el art. 50.1.b «concreta» el concepto acudiendo a otros conceptos también sumamente indeterminados. El recurso debe justificar «*una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que 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*».

Esta previsión tan genérica deja al Tribunal Constitucional un amplio margen de interpretación a la hora de aplicar la reforma, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. En estas tareas, además, el Tribunal se encontraba básicamente huérfano dada la escasa profundidad del legislador en la regulación del alcance de la especial trascendencia constitucional y la ausencia en el ordenamiento de instituciones similares donde apoyarse. No obstante, el Tribunal Constitucional intentó en esos primeros meses de aplicación de la institución

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

permanecer lo más fiel posible a la L.O. 6/2007, único apoyo no sólo imperativo por su carácter normativo sino existente para dicha aplicación. Conviene destacar aquí, además, que las demandas de amparo en esos primeros tiempos de aplicación de la especial trascendencia constitucional tampoco ayudaron mucho, pues resultaron escasamente receptivas a la reforma, que, en muchos casos, ignoraron y en la mayor parte no comprendieron, lo que obligó a que el Tribunal Constitucional debiera sentir una cierta «vocación pedagógica» a la hora de aplicar la reforma e ilustrar a los operadores jurídicos sobre su alcance material y sobre la forma de aplicarla. Veamos los hitos más importantes de esa aplicación, diferenciando, a su vez, entre el alcance procesal de la especial trascendencia constitucional y su contenido material, además de la aclaración de algunas dudas conceptuales respecto de la naturaleza de la institución.

III. LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA PREVISIÓN LEGAL DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

A la vista de la previsión legal por la LOTC de la especial trascendencia constitucional, escueta y básicamente declarativa en cuanto a su introducción, en efecto, eran muchos los elementos tanto procesales como materiales, e incluso conceptuales que quedaban por concretar y esclarecer y a los que, en consecuencia, debía enfrentarse el Tribunal Constitucional en su aplicación práctica[6].

1. ¿La especial trascendencia constitucional es una categoría constitucional inconstitucional?

Conceptualmente el primer problema que suscitaba la exigencia de que demanda posea especial trascendencia constitucional era su propia adecuación a la norma fundamental, en concreto al art. 53.2 de la Constitución, con los riesgos que ello implicaba, afirmada por el Tribunal la posibilidad de controlar su propia Ley Orgánica en la STC 49/2008. Esta cuestión venía suscitada por voces que afirmaron que la nueva configuración del recurso de amparo y la objetivación que suponía al exigirse que la demanda de amparo tuviera que poseer especial trascendencia constitucional para su estudio lo situaba fuera del marco del art. 53.2 CE,

6 Sobre el concepto de especial trascendencia constitucional y su primera aplicación, es especialmente esclarecedora la monografía de M HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional,* Reus, Madrid 2009 y, del mismo autor, el más reciente trabajo «Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo. El caso Arribas Antón vs. España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDC, nº* 108, 2016, pp. 307-335, y la bibliografía allí citada.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que configura el recurso de amparo como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, de «*tutela de libertades y derechos*» sin referirse a su función de interpretación constitucional, aunque expresamente se refiera a ella el art. 1.1 LOTC al considerar al Tribunal Constitucional «supremo intérprete de la Constitución». Esta tensión entre la dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo, y la notable fuerza alcanzada por la segunda dimensión, la objetiva, en la reforma, quedan puestas de manifiesto en las decisiones del Tribunal, como puede fácilmente deducirse del tenor literal de éstas y de la existencia de algún voto particular que deja rastro de la discusión invocando el carácter constitucional del recurso de amparo como mecanismo de defensa de derechos[7]. El Tribunal Constitucional, consciente de este problema, afirma desde el comienzo de la aplicación de la reforma que ésta no supone abandonar u olvidar la función subjetiva de protección de derechos que posee el amparo sino que a ésta se añade la otra objetiva de interpretación, y ambas dimensiones deben concurrir y justificarse en las demandas de amparo. De esta forma se quisieron conjurar los ataques a la constitucionalidad misma de la nueva configuración legal.

2. ¿La especial trascendencia constitucional categoría sustantiva o procesal?

Otra de las cuestiones que planteaba la regulación de la especial trascendencia constitucional era la de su naturaleza procesal o sustantiva. La cuestión, que aparentemente tiene una dimensión doctrinal, posee, en cambio, una dimensión práctica, también, que comprometía en cierta medida el éxito mismo de la reforma. En efecto, la caracterización procesal de la reforma suponía la subsanabilidad de sus defectos en aplicación del art. 49.4 LOTC, que habla genéricamente de la subsanación de los «*requisitos establecidos en los apartados que anteceden*». A pesar de estar prevista en el apdo. 1 del propio art. 49 LOTC, reconocer el carácter subsanable de la acreditación de la especial trascendencia constitucional hubiera implicado abrir un trámite adicional en la fase de admisión al que se habría acudido con seguridad casi siempre que el Tribunal hubiera considerado que no se acreditaba esa exigencia de la demanda, neutralizando el efecto «agilizador» que se esperaba de la reforma. La única forma de evitarlo era desligar la exigencia del resto de los requisitos procesales, para lo que se acudió a diferenciarla de éstos manteniendo su carácter material y no procesal. La especial trascendencia no es, pues, un requisito formal sino material por lo que su falta de acreditación no resulta subsanable. Y con ello el Tribunal ha considerado que la especial trascendencia constitucional queda excluida de la posibilidad de subsanación a la que se refiere el art. 49.4 LOTC. Así lo señaló tempranamente el Tribunal excluyendo *ab initio* cualquier posibilidad de subsanación en el ATC

7 ATC 289/2008 y STC 155/2009.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

188/2008: «Por tanto, el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión «*en todo caso*» empleada por el precepto».

3. **El alcance procesal de la especial trascendencia constitucional**

Pero una cosa es que la justificación de la especial trascendencia constitucional sea un requisito material o sustantivo y otra que no deba someterse a una serie de reglas o exigencias formales o procesales. ¿Cuáles son esas exigencias formales o procesales es una cuestión que afecta básicamente al cuándo, dónde y cómo debe realizarse la justificación?

¿Dónde debe justificarse la especial trascendencia constitucional?

En primer lugar, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la ley, exige que la especial trascendencia constitucional se justifique en la demanda de amparo. Sobre el alcance y forma de esta justificación existe una rica jurisprudencia al Tribunal Constitucional, que puede resumirse así.

La justificación es una carga del demandante que se debe incluir en la demanda. Por tanto, el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso.

No cabe la apreciación de oficio de la especial trascendencia constitucional por el Tribunal Constitucional.

Conforme la **STC 176/2012 (F.J. 4º)** «el recurrente debe desplegar un 'esfuerzo argumentativo´ para justificar la proyección objetiva de la vulneración producida y colaborar con este Tribunal en la tarea de identificarla. Si se elude esta carga formal, no cabe trasladársela al Tribunal Constitucional, para que éste supla las deficiencias en que incurre la demanda a través de un ejercicio intelectual del que resulten las razones por las que el recurrente parece que entiende que sus pretensiones tienen una dimensión objetiva». Veremos, no obstante, que hay algún supuesto en el que quiebra en parte esta falta de apreciación de oficio.

c) En cuanto al tiempo, la especial trascendencia, al tener que justificarse en la demanda será en el plazo de presentación de ésta, sin que quepa hacerlo con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de la demanda.

El Tribunal Constitucional ha concretado, por otro lado, que la especial trascendencia constitucional no debe predicarse de todas las lesiones denunciadas sino

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que es una característica de la demanda y que, como tal, basta con que se aprecie en relación con una de esas lesiones (STC 203/2015, por ejemplo). Eso supone que, admitida a trámite una demanda, aunque sólo se haya apreciado la especial trascendencia respecto de una pretensión debe darse respuesta a todas las pretensiones.

d) ¿En qué forma debe acreditarse la especial trascendencia constitucional?

En este punto el Tribunal se muestra relativamente flexible sin imponer forma alguna a la acreditación del requisito. Las exigencias a este respecto se sintetizan así en la STC 128/2014 (F.J. 2º): «En cuanto al modo en el que se debe dar cumplimiento a la justificación de la especial transcendencia constitucional del recurso hemos recordado en la STC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3, que 'aunque la indicada previsión del art. 49.1 *in fine* LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda'. A la parte recurrente, pues, le es exigible un 'esfuerzo argumental' (ATC 154/2010, de 15 de noviembre, FJ 4) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el art. 50.1 b) LOTC.

Para satisfacer esta exigencia, como ha recordado la STC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2, la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los 'cánones propios de este tipo de escritos procesales (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2) y 'tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva' (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). Por esta razón, no basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental[8]; es preciso que ´en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental —que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo— y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional`(STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, 'la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo`(ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una

8 SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

'simple o abstracta mención' de la especial trascendencia constitucional, 'huérfana de la más mínima argumentación', que no permita advertir 'por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales' que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único). En otras palabras, 'por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo' (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1)». En esta misma línea se expresa la STC 146/2016, entre las más recientes.

A pesar de la claridad y contundencia de los criterios de justificación de la especial trascendencia constitucional, en una primera fase de aplicación de la reforma que la introdujo, el Tribunal mantuvo una cierta flexibilidad hasta la publicación de la STC 155/2009 en la medida en que esta resolución supuso una concreción de los criterios procesales y materiales de exigencia de la justificación de la especial trascendencia constitucional (STC 15/2011, F.J. 3º, entre otras).

4. **El alcance material de la especial trascendencia constitucional**

Analizados los aspectos formales y el alcance procesal del requisito de la especial trascendencia constitucional, procede ahora acercarse a su contenido material.

Como ya se ha señalado, el concepto de «especial trascendencia constitucional» se presenta legalmente como un concepto altamente indefinido, máxime si se tiene en cuenta que, como se adelantó, no existe ningún otro concepto arraigado en el ordenamiento jurídico español que pueda aproximarse. Su grado de abstracción llevó incluso a cuestionar su compatibilidad con el sistema de garantías procesales reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado esa compatibilidad con el Convenio en la STEDH *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015.

El art. 50.1.b) LOTC procede a una definición genérica de la trascendencia constitucional al especificar, como ya se ha visto, que ésta debe apreciarse 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*», criterios éstos que también resultan altamente genéricos y abstractos.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lo que no es la especial trascendencia constitucional. El Tribunal comenzó delimitando ese contenido en negativo, esto es, afirmando lo que no es la especial trascendencia, deslindándola claramente, como se ha visto, de la existencia de la lesión, que es el otro aspecto sustantivo de la demanda, pero diferente. Por tanto la existencia de lesión no comporta la especial trascendencia de la demanda, o, dicho de otra forma, no cualquier lesión de derechos fundamentales tiene especial trascendencia constitucional.

Conforme la STC 68/2011 (F.J. 2º) «Se trata, además, de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que 'la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por la resolución impugnada'. Esta última, ya antes de la reforma de la LOTC, implicaba y sigue implicando hoy 'un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado' (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2). Lo que, insistimos, resulta distinto a tener que justificar expresamente la especial transcendencia constitucional del recurso, 'sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto' (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2)» (En este sentido también, por ejemplo, STC 140/2013).

Sin embargo, más allá de este criterio de la falta de equivalencia entre lesión y trascendencia, elementos acumulativos, lo que no existe es un mecanismo general para conocer lo que el Tribunal Constitucional considera que no tiene especial trascendencia constitucional ya que las providencias de inadmisión no se publican ni, sobre todo, están motivadas. Motivaciones, pues, sobre la inexistencia de especial trascendencia constitucional sólo podrán conocerse puntualmente en los autos que desestiman los contados recursos de súplica del Ministerio Fiscal fundados en las discrepancias de éste respecto de la providencia de inadmisión, aunque hay autos, incluso, que resuelven mediante la somera afirmación de que no se da el motivo expuesto por el Fiscal (ATC 61/2010, por ejemplo) y los casos, también poco numerosos, en los que la falta de especial trascendencia constitucional se aprecia en sentencia. Otra fuente de concreción del contenido negativo de la especial trascendencia constitucional puede estar en votos particulares que se pronuncien al respecto marcando el contraste con la mayoría pero, de nuevo, la falta de motivación, y por tanto de la posibilidad de manifestar los motivos de disenso, de las providencias de inadmisión, harán muy excepcionales los votos formulados bien a los autos que resuelvan desestimatoriamente recursos de súplica, bien a las sentencias que estimen que la demanda carece de especial trascendencia constitucional.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lo que es la especial trascendencia constitucional.

Más complejo resulta delimitar el concepto de especial trascendencia constitucional en términos positivos, esto es, dotándolo de contenido. Como ya se ha señalado, esa idea está en la propia LOTC al conectarlo en el art. 50.1.b) con tres conceptos, pero también claramente amplios y abstractos. Por ello, el Pleno del Tribunal se planteó en la STC 155/2009 afrontar ese reto clarificador fijando una serie de supuestos en los que, sin pretender en principio ser exhaustivo, cabe apreciar la especial trascendencia constitucional, aunque alguno de ellos ya hubiera sido utilizado en resoluciones previas. De hecho, el Tribunal, a partir de esa Sentencia, permanece muy fiel a la doctrina allí fijada, de manera que en todos los casos en los que se ha apreciado la concurrencia de especial trascendencia constitucional se ha conectado ésta con algunos de los siete supuestos allí establecidos.

Por ello lo más ilustrativo es comenzar reproduciendo la construcción.

En la STC 155/2009 (F.J. 2º) se señala que «Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, 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».

Ciertamente, los conceptos utilizados siguen siendo genéricos, y las fronteras entre ellos no siempre resultan claras, pero es lo cierto que esta STC supone un claro avance en la concreción del concepto de la especial trascendencia constitucional y así viene confirmado, como se ha visto, por la práctica del Tribunal y así ha sido asumido incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado la adecuación de la exigencia de especial trascendencia constitucional como requisito de admisión de los recursos de amparo al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reclamando sólo dar una cierta seguridad jurídica y publicidad a la aplicación de los criterios de admisión y cumplir con el principio de buena administración de justicia, lo que ha hecho que el Tribunal Constitucional, en sus decisiones de admisión, señale en qué supuesto se enmarca la correspondiente decisión, encontrando posterior reflejo en los antecedentes y/o fundamentos jurídicos de la Sentencia que se dicta en su día, que se refiere al motivo por el que se estimó que la demanda poseía especial trascendencia constitucional y, por tanto, el motivo por el que se admitió.

En cuanto al contenido hasta ahora afirmado poco cabe decir más allá de la STC 155/2009, sobre todo porque, además, el Tribunal Constitucional, como ya se ha señalado, reconduce a los supuestos de especial trascendencia constitucional allí recogidos todos los casos en que ésta es apreciada, y lo hace casi siempre de forma categórica, esto es, limitándose sin excesivo razonamiento a indicar en qué hipótesis de la citada STC 155/2009 encaja el caso concreto. De esta forma la STC 155/2009 actúa con un contenido *quasi* normativo, como una especie de «reglamento jurisprudencial» de desarrollo del art. 50.1.b LOTC.

Para analizar su contenido hay que empezar recordando que la propia STC 155/2009 ha indicado que el elenco de supuestos de especial trascendencia constitucional no es cerrado y así lo ha reiterado con posterioridad.

La STC 128/2014 (F.J. 2) establece que «El carácter abierto tanto del concepto de 'especial trascendencia constitucional' como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización («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») ha llevado a

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, … en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos, como propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional, 'en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido' (STC 2/2013)».

A título de ejemplo respecto de los supuestos de la STC 155/2009 pueden citarse algunos casos de aplicación, entre los más recientes.

Casos que plantean un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina[9].

En estos casos el Tribunal Constitucional se limita a constatar que existe un problema o una faceta nueva de un derecho fundamental y, como mucho, a señalar cuál es esa novedad. Valga un ejemplo. La STC 15/2011, (F.J. 4º) establece que «…el recurso plantea un problema atinente a la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del citado derecho fundamental sobre el que este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse, como es el de si vulnera o no el derecho al secreto de las comunicaciones la exigencia de que se indique el tipo de asunto de que trata la comunicación escrita dirigida a un órgano judicial y cursada en sobre cerrado por los internos de un centro penitenciario, de tal manera que si éstos no la satisfacen la Administración penitenciaria no da curso al escrito [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 3, letra a)].»

Casos que permiten al Tribunal aclarar o cambiar su doctrina.

Como la propia STC 155/2009 señala, el motivo de la intervención del Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina puede ser triple: — la reflexión interna, — el surgimiento de nuevas realidades sociales, — el cambio normativo originado por la doctrina de órganos internacionales de garantía, supuesto de aplicación del mandato del art. 10.2 CE, de interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por España y con la doctrina de los órganos de garantía de dichos tratados existentes en su caso.

Una duda que puede plantear esta hipótesis es si el proceso de «reflexión interna» debe planteárselo el Tribunal *motu proprio* o si puede abordarlo como consecuencia de la petición en este sentido del demandante, lo que no debe excluirse y parece haberse aceptado en algunos casos: STC 58/2014, F.J. 2º, por ejemplo). Por lo demás, el planteamiento *motu proprio* no deja de implicar una cierta apreciación de oficio de la especial trascendencia constitucional.

9 Por ejemplo, SSTC 132/2016, 83/2016, 45/2016, 77/2015, F.J. 1º; 160/2014; 130/2014, F.J, 2º; 47/2014;170/2013, F.J. 2º.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A estos dos primeros supuestos previstos en la STC 155/2009, los de los apartados a y b, son a los que más comúnmente acude el Tribunal para justificar la concurrencia de especial trascendencia constitucional.

Vulneraciones de derechos ocasionadas por normas de carácter general.

La dicción de la STC 155/2009 no parece que introduzca ninguna limitación en cuanto al tipo de norma por lo que su rango puede ser legal o reglamentario, y de origen tanto estatal como autonómico, siendo, pues, la justificación la naturaleza no individual sino potencialmente repetitiva de la posible lesión.[10]. Ya el Tribunal ha incluido incluso en este supuesto una circular administrativa en la STC 15/2011, F.J. 4º.

> «…la vulneración denunciada tendría su causa en una disposición general como es la instrucción adoptada por el director del Centro Penitenciario La Moraleja, en Dueñas, mediante la nota informativa de 25 de julio de 2006 [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 3, letra c)]…»

Asimismo hay que considerar incluidos los tratados internacionales, máxime teniendo en cuenta el valor que les da el art. 10.2 CE y el propio protagonismo de los tratados en otros supuestos de concurrencia de especial trascendencia constitucional contemplados en la STC 155/2009, pero este supuesto ya se encuentra incluido, como se ha visto, en la hipótesis anterior considerada en el apartado b).

vulneraciones que traen su causa «en una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley creyendo necesario «proclamar otra interpretación conforme a la Constitución».

No hay apenas referencias a este supuesto, pero incursas en esta causa se han visto, de una forma u otra, decisiones como las SSTC 206/2011, 189/2012 ó 30/2014.

Incumplimiento general y reiterado de la interpretación del Tribunal Constitucional por la jurisdicción ordinaria o existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el derechos fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros[11].

Un caso de resoluciones contradictorias puede verse en la STC 216/2013,F.J. 2º.

Este supuesto de «resoluciones contradictorias» suscita alguna duda en cuanto a su concurso, como es, por ejemplo, lo que debe entenderse por «incumplimiento general y reiterado», aunque parece claro que hay que excluir el incumplimiento concreto, que, en su caso, podrá tener cabida en el supuesto f) siguiente.

10 SSTC 196/2016, 89/2015, 159/2014, 118/2014; F.J. 2º; 116/2013; F.J, 3º; 165/2011 a 170/2011, F.J. 3º, entre otras.

11 Como ejemplos de incumplimiento de modo general y reiterado pueden señalarse, a título de ejemplo, las SSTC 59/2011, 107/2012, 2/2013, 21/2014, 42/2015, F.J. 2, 98/2016 o 89/2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Parece, pues, que aquí la especial trascendencia constitucional exige la existencia de varios incumplimientos.

Por otro lado, también apunta a que debe ser el recurrente quien aporte los datos que permitan identificar esos incumplimientos sin que baste con una cita más o menos genérica que no esté mínimamente contrastada y documentada.

Casos de negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional *ex* art. 5 LOPJ. Este supuesto, cercano al anterior de la letra e), aunque parece que pensado para incumplimientos concretos, está previsto ante decisiones en las que abiertamente se omite seguir los criterios de la jurisdicción constitucional, decisiones que podría decirse que se producen en cierto sentido «en rebeldía» frente a la posición de ésta, y no un mero error[12].

Asuntos en los que la lesión trascienda del caso concreto «porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga una consecuencias políticas generales». Este es el supuesto más abierto de los previstos en la STC 155/2009, en el que hay que incluir claramente los asuntos parlamentarios y electorales, a los que se refiere la propia Sentencia en la medida en que afectan a la configuración, composición y funcionamiento de las instituciones democráticas que se encuentran en la raíz misma del sistema constitucional. Pero junto a ellos este supuesto debe dar cobertura a la admisión de aquellos asuntos de especial importancia desde la perspectiva de la vigencia de los derechos fundamentales, permitiendo con ello que el Tribunal Constitucional cumpla mejor con su función de garante e intérprete de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se ha propuesto por algún sector de la doctrina que aquellas violaciones de derechos de especial gravedad que no tengan encaje en alguno de los supuestos anteriores se enmarquen en éste de forma que puedan repararse esas lesiones como sucede en sistemas similares como el de la República Federal de Alemania, aunque en el caso alemán exista una previsión explícita al respecto.

Pero la importancia no debe medirse solamente por la gravedad sino también en términos cualitativos. Así, por ejemplo, la STC 183/2011 parece acudir a este supuesto para asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea. Otro ejemplo puede verse en la STC 89/2011.

Una aplicación clara de las previsiones de este supuesto de apreciación de la especial trascendencia constitucional puede verse en la STC 191/2013, F.J 2º o en las SSTC 78, 91/016 ó 166/2016. Dice la primera Sentencia citada:

> «…este Tribunal afirmó en la STC 155/2009, de 25 de junio, que entre el elenco de supuestos en que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional están aquellos en que se «plantee una cuestión jurídica de relevante y

12 Ejemplos de aplicación de este supuesto pueden verse en las SSTC 59/2011, F.J. 8º, 115/2015, 172/2016 ó 200/2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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» (FJ 2). Este recurso de amparo parlamentario tiene especial transcendencia constitucional al verse afectado, en los términos en que se desarrollará a continuación, una manifestación del derecho de representación política (art. 23.2 CE), como es el control de la acción de gobierno a través de solicitudes de comparecencias parlamentarias, cuyo contenido precisa ser perfilado.»

Téngase en cuenta respecto de los recursos de amparo parlamentarios que, por lo general, carecen de vía judicial previa, por lo que el amparo es el único remedio jurisdiccional con el que cuentan las lesiones de derechos producidas en ese ámbito (STC 216/2016, por ejemplo). Por lo que respecta a los recursos de amparo parlamentarios y electorales a pesar de la «presunción» de especial trascendencia constitucional el Tribunal Constitucional ha exigido que también se acredite en la demanda esa especial trascendencia constitucional, sin que se aprecie ésta, sin más, por la simple naturaleza del asunto. (STC 160/2015, por ejemplo).

Como última reflexión general, hay que precisar que la STC 155/2009 se vincula en la mayor parte de los casos con la actuación de los tribunales ordinarios. Ello tiene una lógica procesal ya que el principio de subsidiariedad hace que los asuntos lleguen prácticamente todos a través de las decisiones recaídas en la vía judicial previa, pero nada excluye que el origen de la lesión repetitiva, o de la actuación contradictoria del poder público, por poner dos ejemplos, esté en actuaciones administrativas. Lo que sucede es que si la cuestión llega en amparo apreciada la especial trascendencia constitucional respecto de decisiones judiciales es porque se entiende que las posibles lesiones no han sido correctamente reparadas por los órganos judiciales. A estos efectos, la propia actuación de los órganos judiciales puede «dar pistas» al Tribunal Constitucional sobre la concurrencia de especial trascendencia constitucional. Piénsese, por ejemplo, en asuntos en los que la resolución judicial *a quo* esté adoptada con votos particulares que pongan de manifiesto una cierta falta de claridad en torno a la interpretación constitucional inspiradora de la resolución.

IV. VALORACIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL: EVITAR VIVIR EN EL FRACASO

De nuevo hay que recordar que los datos estadísticos ponen de manifiesto la eficacia que la introducción de la especial trascendencia del recurso como exigencia de admisión de la demanda de amparo ha tenido para el fin perseguido, esto es incidir algo en el número de recursos de amparo potenciando el papel del juez

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ordinario como juez de derechos fundamentales y del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución (art.1.1 LOTC) pero, y, sobre todo, acelerar la fase de admisión a trámite de los recursos de amparo. No obstante, es lo cierto que en los sistemas de justicia constitucional concentrada la idea del tribunal constitucional como juez de derechos fundamentales está muy arraigada y una institución de este tipo que sólo atiende, como es el caso del Tribunal Constitucional alrededor del 2% de los recursos de amparo, dato de los admitidos, se quiera o no, tiene un efecto nocivo sobre la legitimidad de la institución. Es verdad que el sistema está diseñado, como se ha visto, para introducir el filtro más fuerte en la fase de admisión; además, el propio Tribunal ha añadido[13] la posibilidad, no prevista legalmente, de forma expresa desde la reforma del 2007 (antes sí prevista, como se señaló, como *falta de contenido constitucional de la demanda*) de inadmitir mediante providencia por inexistencia manifiesta de lesión, motivo que ha justificado en los últimos años más del 30% de las inadmisiones, porcentaje similar al de inadmisiones por falta de especial trascendencia constitucional o por falta de justificación de la misma. En sistemas jurídicos de raíz continental es difícil concienciar a los operadores jurídicos y a los propios ciudadanos de ese papel casi en exclusiva de intérprete del Tribunal Constitucional, máxime cuando se excluye la valoración de oficio de la especial trascendencia constitucional. En todo caso, en el sistema español, incluso a partir de los mimbres existentes en la actualidad, hay criterios de apreciación de la especial trascendencia constitucional que permitirían al Tribunal Constitucional compaginar su función de tribunal de justicia con la de tribunal de justicia constitucional, intérprete supremo de la Constitución y garante subsidiario de los derechos fundamentales. En especial el último de los criterios manejados en la STC 155/2009 que aprecia la especial trascendencia constitucional da cobertura suficiente al Tribunal Constitucional para, como ya se vio, poder enjuiciar aquellos casos en los que el sistema constitucional puede exigir al Tribunal atender lesiones especialmente graves sea desde un punto de vista subjetivo sea desde un punto de vista objetivo que no sólo reparen las lesiones sino que hagan del Tribunal el garante de los derechos fundamentales que debe ser y que el art. 53 de la Constitución quiere que sea.

Por otro lado, también hay que esperar una intensa actuación del Ministerio Fiscal que, como ya se ha recordado, es el único legitimado para recurrir las decisiones de inadmisión del Tribunal de acuerdo con el art. 50.3 LOTC y por tanto de cumplir con su tarea de garante de derechos fundamentales y de colaborador activo del Tribunal a la hora de garantizar esos derechos y de impulsar la interpretación de los mismos.

La introducción de la institución de la especial trascendencia constitucional debe ser un mecanismo para mejorar el trabajo del Tribunal Constitucional pero no para desactivar una de sus funciones básicas, quizá la que mejores frutos ha

13 AATC 242 o 298/2014, por ejemplo.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dado durante su existencia a su trabajo y por tanto a su legitimación: la defensa de los derechos fundamentales. Y sólo así se cumplirá con la buena administración de justicia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido al Tribunal Constitucional en la Sentencia *Arribas Antón*. Se trata de evitar que el «morir de éxito» conduzca a «vivir en el fracaso».

***

TITLE: *The special constitutional trascendence of the Amparo appeals as a constitutional category: "die of success" or "live in failure".*

ABSTRACT: *This paper focused on the risks for Constitutional Court legitimacy if the need of special constitutional trascendence, on the Amparo appeals procedures, is rigidly applied. This need was introduced in order to avoid a crisis situation on the Amparo appeal procedure (to avoid that it will die of success), but extremely rigid applied can cause a failure of it (live in failure). The Constitutional Court legitimacy depends on its capacity to protect and guarantee the fundamental rights: a strong inadmissibility of the appeal could deeply shrink it.*

RESUMEN: *El trabajo aborda los riesgos que para la legitimidad el Tribunal Constitucional plantea una aplicación muy rígida de las causas de inadmisión del recurso de amparo y, en concreto, de la exigencia de la especial trascendencia constitucional de la demanda. Lo que se introdujo para evitar una crisis de la institución por el exceso de recursos (evitar que muriera de éxito), puede llevar a un fracaso de la institución (vivir en el fracaso) por esa aplicación excesivamente rígida de la causa de inadmisión; un Tribunal Constitucional se legitima en buena medida por su tarea de protección de los derechos fundamentales y una inadmisión sistemática de las demandas puede mermar gravemente esa legitimidad.*

KEY WORDS: *Constitutional Court, Amparo appeal, special constitutional trascendence.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional. Recurso de amparo. Especial trascendencia constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *01.12.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018:*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LOS TEXTOS PARA SU ENSEÑANZA. A PROPOSITO DEL *DIRITTO COSTITUZIONALE* DE GIUSEPPE DE VERGOTTINI

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. Algo más que un manual de Derecho constitucional. II. Los textos para la enseñanza del Derecho político. III. Por una nueva generación de manuales de Derecho constitucional.

I. ALGO MÁS QUE UN MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

En el otoño de 2017 se ha publicado una nueva edición del *Diritto costituzionale* de Giuseppe de Vergottini (Wolters Kluwer-Cedam, Padua, 958 págs.). Es la novena desde la aparición de la primera en 1997. Conocía esas anteriores versiones, no obstante, en esta ocasión nada más verlo me vino a la memoria el texto que tuve que estudiar en 1977, cuando seguía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia el curso de Derecho constitucional. Se trataba de las *Istituzioni di Diritto Pubblico* de Costantino Mortati que —casualidad— en su novena edición ya contaban con 1574 páginas repartidas en dos volúmenes (Cedam, Padua, 1975 y 1976). La editorial ha conservado el mismo diseño de la cubierta y la apariencia de sus manuales con la única diferencia del color de las franjas superior e inferior, antes verde ahora azul. Naturalmente, el recuerdo no se debió sólo al aspecto externo.

Las *Istituzioni* de Mortati fueron para mí entonces y durante mucho tiempo después la primera fuente a la que acudir para encontrar orientación e información ya fuera para preparar las explicaciones a los alumnos de licenciatura, ya fuera a la hora de buscar materiales para elaborar mis trabajos. Pensadas y escritas inicialmente para el alumno italiano al modo de lecciones, pronto adquirieron una dimensión y relevancia muy superiores ya que en sus páginas no sólo se ofrecía una explicación elemental sino que se incluían además los principales desarrollos que

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 271-279

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

habían experimentado y se daba noticia de lo que de importante se había escrito sobre cada uno de los asuntos tratados. Desde la noción de ordenamiento jurídico y de Estado, con sus elementos y formas, al concepto de Constitución y su plasmación en la historia política de Italia. A partir de ahí, se adentraban en el examen detenido de la regulación de los órganos previstos por la Constitución y de las relaciones que deben mantener unos con otros, para abordar después el régimen de las autonomías territoriales y de los derechos y terminar con lasgarantías jurisdiccionales y formales del conjunto del ordenamiento constitucional.

Podía decirse que todo estaba allí y no sólo el alumno encontraba el material sobrado para preparar sus exámenes sino que el investigador postgraduado sabía que eran una fuente segura de conocimiento y de referencias bibliográficas y jurisprudenciales para profundizar en cualquier aspecto del Derecho constitucional e, incluso, del Derecho público porque, es verdad, las *Istituzioni* de Mortati, como indica su título, se extendían más allá de los confines del Derecho constitucional. Eran, en definitiva, una obra que no tenía igual en la literatura académica del país transalpino.

Ahora, el *Diritto costituzionale* de Giuseppe de Vergottini, notablemente ampliado en su última versión, ofrece esas utilidades y creo que aporta otras que refuerzan su valor. Dentro de los límites que permite una materia cuyos contornos están esencialmente definidos, sigue un planteamiento diferente y, como es natural, responde al estilo y a la formación propios del autor y a las distintas circunstancias existentes en Italia, en Europa y en el mundo cuando se ha escrito y en el momento de poner al día las sucesivas ediciones.

En efecto, en los más de cuarenta años que han transcurrido desde que estudié las *Istituzioni* de Mortati y la aparición de esta última edición del manual de Giuseppe de Vergottini, la Constitución italiana ha experimentado cambios de relieve. Además de otras modificaciones puntuales, la de 2001 supuso una importante reforma del Estado regional construido a partir de las previsiones del texto de 1947, especialmente desde de los años setenta del siglo pasado cuando las mayorías de centro izquierda sumaron las regiones de estatuto ordinario a las de estatuto especial formadas en los primeros años de vida de la República. Otra modificación más profunda no ha prosperado al fracasar el referéndum del 4 de diciembre de 2016. En el proceso que llevó a él se pusieron de manifiesto los aspectos del ordenamiento constitucional que, en opinión de muchos expertos y ante la experiencia adquirida, deben revisarse y en coherencia, las cámaras aprobaron un texto que, entre otras novedades de relieve, suponía un nuevo sistema electoral, el abandono del bicameralismo perfecto, la reducción sustancial del número de senadores, la introducción del referéndum propositivo, la supresión de Consejo Nacional de la Economía y el Trabajo, una notable recuperación por el Estado de competencias ahora en manos de las regiones y la supresión de las provincias. El esfuerzo desplegado para plasmar en un proyecto esas modificaciones y el importante apoyo, aunque no fuera suficiente, que logró esta iniciativa, hacen que no deba descartarse que se retome en el futuro en todo o en parte.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No se deben olvidar, por otra parte, las consecuencias del impacto que produjo el fenómeno denominado *Tangentopoli* y el que se ha descrito como tránsito de la primera a la segunda República. Aunque no se ha producido desde el punto de vista constitucional, el sistema político es ahora si cabe más complejo porque al bipartidismo imperfecto le ha sustituido una nueva correlación de fuerzas políticas todavía más dispersa en cuya génesis han jugado también un papel determinante los efectos de la crisis económica general en la que todavía nos encontramos. El caso es que han desaparecido los partidos que protagonizaron las primeras décadas de la experiencia republicana, a la derecha y a la izquierda reina la división y han entrado en escena o se han fortalecido otros de sesgo populista. También ha hecho acto de presencia una formación «antipolítica» que ha obtenido una notable representación en el Parlamento y en otras sedes de manera que, esto no es una novedad, resulta sumamente difícil articular mayorías que gobiernen.

Las reformas de la Constitución que se han materializado, las deficiencias que se han querido corregir con la que fracasó el 4 de diciembre de 2016, los condicionamientos derivados del nuevo abanico de fuerzas políticas y la praxis constitucional que se lleva a cabo en este complicado panorama han sido tenidos en cuenta en las páginas de este libro. Asimismo, se encuentran en él las referencias imprescindibles a la condición Italia de miembro integrante de la Unión Europea y a las consecuencias que implica el ejercicio por las instituciones europeas de competencias derivadas de la Constitución. En fin, como es natural, no podían pasar desapercibidas las transformaciones de todo orden derivadas de la llamada globalización.

Pocos pueden estar en mejor posición que Giuseppe de Vergottini, profundo conocedor de las instituciones y mecanismos constitucionales, para apreciar el impacto de las nuevas circunstancias internas y externas. Recordemos que, entre otras muchas publicaciones, es autor también del *Diritto costituzionale comparato* (Cedam, Padua, 2013, 772 págs.), cuya primera edición de 1981 tradujo e introdujo Pablo Lucas Verdú (*Derecho Constitucional Comparado*, Espasa, Madrid, 1983) mientras que la sexta fue traducida por Claudia Herrera (Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005) y ha alcanzado ya otras nueve ediciones. Es una obra que le acredita como comparatista de primer nivel, tal como es reconocido internacionalmente. Desde esa condición tiene especial autoridad para recordarnos, además, que las diversas soluciones a las que se ha recurrido y se recurre para regular la organización y el ejercicio del poder y para limitarlo a fin de garantizar los derechos de las personas, solamente pueden comprenderse si se tienen presentes los presupuestos culturales desde los que parten y, naturalmente, la realidad social y política en la que actúan.

La singularidad de la contribución de Giuseppe de Vergottini consiste en que ha sabido conservar la aproximación jurídica que ha caracterizado a la escuela italiana del Derecho Público desde que Vittorio Emanuele Orlando estableciera los criterios técnicos para reconstruirlo y, al mismo tiempo, combinarla con las aportaciones de los historiadores y de los politólogos y con la observación de la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vida de las normas. El resultado es una clara explicación del ordenamiento constitucional tal como está conformado y tal como se manifiesta en la práctica cotidiana. La visión que ofrece del Estado y de su organización y funcionamiento no es, pues, meramente formal sino real porque capta su dinámica, la que le imprimen los actores que protagonizan desde dentro y desde fuera de las instituciones la vida política. Ciertamente, habla de la italiana pero sus observaciones sobre la manera en que los operadores jurídicos y los sujetos políticos inciden en la efectividad de la Constitución y del Derecho que preside son útiles para todos los ordenamientos que comparten los mismos fundamentos, en especial para el nuestro en tiempos en que se debate sobre su posible reforma.

Este libro, tras introducirnos en el Derecho de la Constitución, lo sitúa en el contexto determinado por el ordenamiento de la comunidad internacional, por el de la Unión Europea y por el del Estado, cuyos elementos y formas analiza. A partir de ahí se ocupa de las fuentes normativas para adentrarse luego en la posición de la persona y en la de las formaciones sociales. En este punto desarrolla un completo estudio de los principios, derechos y deberes. Establecido el estatuto de los individuos y de los grupos en los que desenvuelven su personalidad, se ocupa de los mecanismos de relación entre la sociedad y la organización constitucional, es decir, las elecciones y los institutos de democracia directa, antes de exponer el régimen del Parlamento y sus funciones legislativa y de dirección y control político. A continuación, trata del Presidente de la República y, una vez examinados los rasgos que caracterizan a la jefatura del Estado, se dedica al Gobierno y a la Administración Pública estatal. Al estudio de estas estructuras sigue el de los órganos auxiliares del poder ejecutivo. El análisis de la organización del Estado termina con la Magistratura, primero, y con la Corte Constitucional después. Por último, trata de las autonomías territoriales, esto es, de las regiones y de los municipios y de las provincias.

En la exposición de cada uno de los extremos en que se descomponen esas cuestiones, explica los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios correspondientes y la jurisprudencia y la praxis cuando es del caso. Unas notas orientadoras sobre el uso del manual, un amplio y seleccionado apéndice bibliográfico y un completo índice analítico cierran el volumen, cuyas páginas contienen en el margen ladillos que identifican el concreto concepto que se está abordando en ellas para hacer más fácil al lector situarse y localizar lo que le interesa.

En conjunto, dedica una atención equilibrada a las variadas materias de las que se ocupa. Además, al igual que sucede en sus otros libros y artículos, Giuseppe de Vergottini, al elaborar este *Diritto costituzionale* no se ha encerrado en la doctrina de su país aunque, por su variedad y riqueza le habría ofrecido suficiente fundamento, sino que se ha servido también de fuentes bibliográficas de diferentes procedencias nacionales. Por eso, a la hora de establecer los conceptos, identificar los principios y analizar las instituciones, sus órganos y relaciones, cuenta con una perspectiva muy amplia que le permite llegar a conclusiones de gran valor.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. LOS TEXTOS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO POLÍTICO

Este *Diritto costituzionale*, aunque ya es mucho más, se ha publicado en la colección de «Manuales de Ciencias Jurídicas» creada en su día por la Editorial Cedam. Los manuales son instrumentos indispensables para la enseñanza de una materia pero, a diferencia de lo sucedido en otras disciplinas, en España no abundaron en la de Derecho político, denominación tradicional, sustituida a mediados de los años ochenta del pasado siglo por la de Derecho constitucional, y tampoco abundan ahora en esta última.

El Derecho político estudiaba, entre otras cosas, la organización y el ejercicio del poder político y los derechos y deberes de las personas, por tanto, se ocupaba de la Constitución. A partir de 1939 España dejó de tener Constitución y quedó sometida a un régimen de dominación política que descansaba en el poder personal del Caudillo y en las instituciones formadas en torno a él. Aunque se publicaron textos explicando el contenido de las Leyes Fundamentales que daban forma a esa situación, fueron muy pocos los autores que se adentraron en la exposición sistemática de las características jurídicas de un régimen que nació negando los principios del constitucionalismo democrático y se asentó hasta el final en la unidad de poder. Debe tenerse en cuenta, además, que no era posible explicarlo desde postulados no ya democráticos, sino simplemente críticos pues no existía libertad de expresión ni de cátedra y, si se cuestionaban sus fundamentos, se corría el riesgo cierto de sufrir sanciones penales o administrativas.

En estas condiciones, se ha recordado muchas veces, la mayoría de los profesores de Derecho político optó por ocuparse de los contenidos no jurídicos que se venían reuniendo en esa disciplina y le habían dado carácter enciclopédico. Quienes prefirieron mantenerse en el campo del Derecho constitucional lo hicieron explicando las Constituciones que han ejercido más influencia y los elementos que les resultan comunes o por cultivar la historia del constitucionalismo. A partir de los años cincuenta se publicaron obras importantes en esos campos. Me limitaré a recordar, de las que se mantuvieron en el núcleo del Derecho político, algunas de las principales.

Así, el *Derecho constitucional comparado* de Manuel García Pelayo (Revista de Occidente, Madrid, 1950) ejerció gran influencia. Luis Sánchez Agesta, autor de unas *Lecciones de Derecho Político* (Granada, 1943-1945) y de la *Historia del constitucionalismo español* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955), publicó un *Curso de Derecho Constitucional Comparado* (Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1963) y, posteriormente, los *Principios de Teoría Política* (Editora Nacional, Madrid, 1970). Alcanzaron gran eco las diversas ediciones del libro de Manuel Jiménez de Parga *Los regímenes políticos contemporáneos* (Tecnos, Madrid, 1959). Y los tres volúmenes de los *Principios de Ciencia Política* (Tecnos, Madrid, 1967, 1969 y 1971) y los tres primeros del *Curso de Derecho Político* de Pablo Lucas Verdú (Tecnos, Madrid, 1972, 1974 y 1976), el cuarto se publicó en

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1984, ya tras varios años de vigencia de la Constitución, aportaron un nuevo enfoque. Inspirados en una concepción democrática y sustentados en un importante y actual en aquellos momentos aparato bibliográfico, abrieron perspectivas a alumnos e investigadores. Ya en plena transición vio la luz el *Tratado de Derecho Político* de Nicolás Pérez Serrano (Civitas, Madrid, 1976). Es un libro valioso que recoge diversos trabajos suyos reunidos por su hijo Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui. Ahora bien, fueron escritos entre 1936 y 1939 y, por tanto, no es representativo de la actitud evasiva a la que me estoy refiriendo salvo por el hecho de que no se hubiera publicado antes.

Esa huida académica del Derecho de las Leyes Fundamentales condujo igualmente a que se tradujeran y utilizaran en las Facultades españolas manuales de otros países.

En efecto, Pablo Lucas Verdú tradujo e introdujo la edición italiana de 1962 del *Diritto costituzionale* de Paolo Biscaretti di Ruffia (Tecnos, Madrid, 1965), con cuya sistemática guarda cierta semejanza el de De Vergottini. Más tarde, profesores de la Universidad de Barcelona tradujeron dos manuales franceses importantes. Me refiero a las *Instituciones políticas y Derecho constitucional* de Maurice Duverger (Ariel, Barcelona, 1970). Introducidas por Pablo Lucas Verdú, su traducción y adaptación fueron dirigidas por Jordi Solé Tura que añadió un estudio sobre el régimen político franquista luego sustituido en la edición de 1979 por un capítulo dedicado ya a la Constitución de 1978 de Miguel Ángel Aparicio Pérez. Algo parecido sucedió con el *Derecho Constitucional e instituciones políticas* de André Hauriou (Ariel, Barcelona, 1971), traducido y adaptado por José Antonio González Casanova que añadió un apéndice sobre el régimen franquista y en la edición de 1980 ya pasó a tratar de la Constitución. Poco después, Ramón Falcón Tella tradujo el *Derecho Constitucional e instituciones políticas* de Georges Burdeau (Editora Nacional, Madrid, 1981) que se publicó con un prólogo de Raúl Morodo.

Aunque no es propiamente un manual sino una obra dotada de mayor profundidad, se puede recordar que años antes se había traducido la *Teoría de la Constitución* de Karl Loewenstein (Ariel, Barcelona, 1964) por Alfredo Gallego Anabitarte quien escribió un importante estudio sobre Constitución y política a propósito de la obra de este autor. El *Derecho político* de Ekkehart Stein (Aguilar, Madrid, 1973), traducido por Fernando Sáinz Moreno y con una nota preliminar de Francisco Rubio Llorente y *Gobierno constitucional y democracia* de Carl Joachim Friedrich, traducido por Agustín Gil Lasierra (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975), se añadieron a este conjunto de textos extranjeros que en el período final del franquismo ayudaron a formar en los fundamentos del Derecho constitucional y de la democracia representativa a la mayor parte de quienes se ocuparían de estudiar, explicar y aplicar el ordenamiento que pasó a presidir la Constitución de 1978. Así, esta enseñanza y la ofrecida por las obras de los profesores españoles que explicaron la Teoría del Estado y de la Constitución y las instituciones que la garantizan ayudaron al buen fin de la transición democrática.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. POR UNA NUEVA GENERACIÓN DE MANUALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Ya en vigor la Constitución de 1978 se han publicado numerosos estudios de muy diversa naturaleza sobre ella. Desde los comentarios sistemáticos de su articulado hasta monografías sobre sus distintos contenidos. Y, naturalmente, se han publicado también manuales. Algunos obra de varios autores y otros escritos por uno solo. No es mi propósito referirme a ellos en particular porque solamente me interesa ahora destacar que ni antes de la Constitución, ni después de su entrada en vigor y ni siquiera ahora cuando nos acercamos a la celebración de su cuadragésimo aniversario, hemos contado, contamos, con textos como aquellas *Istituzioni* de Mortati o este *Diritto Costituzionale* de Giuseppe de Vergottini.

Los que existen tienen un carácter esencialmente didáctico y, en ese sentido, responden plenamente a la finalidad propia de un manual. Son, pues, instrumentos de estudio para los alumnos que descargan a los profesores de las limitaciones que imponen la distribución de la carga lectiva y los horarios pero no profundizan más que lo indispensable en los temas y limitan la información bibliográfica y jurisprudencial a la imprescindible para el nivel de conocimientos que han de adquirir los estudiantes de grado. No han dado el paso de añadir contenidos más específicos, de subir el nivel de tratamiento de los aspectos principales y ofrecer así, además de las explicaciones elementales, un panorama amplio, comprensivo de las implicaciones de los principios, instituciones y derechos singulares objeto de examen.

Si antes de 1978 era explicable esa carencia, no lo es ahora. No sólo disponemos ya de una experiencia dilatada en la que se ha producido un intenso desarrollo de la Constitución y una variada jurisprudencia que ha contribuido a preservar su supremacía y a adaptar sus preceptos a las nuevas circunstancias que trae consigo el transcurso del tiempo. Es la nuestra una Constitución con prestigio fuera de España y con la que se identifica la amplia mayoría de los españoles aunque hayan aparecido en los últimos años, como decía antes, propuestas encaminadas a reformarla para preservar mejor sus principios y también quienes, desde una perspectiva radicalmente opuesta, la cuestionan sencillamente porque aspiran a separar una parte del resto del país o porque entienden que no responde debidamente al principio de la soberanía popular que sin embargo proclama.

En este tiempo se han formado nuevas generaciones de estudiosos del Derecho público en general y del Derecho constitucional en particular que se han unido a las de quienes vivieron la transición política y el proceso constituyente. Todos juntos representan una doctrina, no uniforme pues, como es natural, hay en ella diferentes orientaciones, pero sí caracterizada por un alto nivel de conocimientos, capacidad de análisis y de valoración. Las cada vez más abundantes publicaciones producidas por sus integrantes lo demuestran y confirman cada

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

día. Es un nivel perfectamente equiparable al de las escuelas de los países europeos con los que habitualmente nos comparamos. Esto no sucedía en el período anterior a la Constitución en el que eran muy pocos los que se dedicaban a esta materia y menos aún los que de ellos podían compararse con sus colegas de más allá de los Pirineos.

Libros como el de Giuseppe de Vergottini son expresión de la madurez del autor pero se explican también en el contexto de la cultura jurídica en la que surgen y se encuadran y, ciertamente, expresan a su vez el grado de desarrollo que ha alcanzado al tiempo que coadyuvan a conformarla. No son ni pueden ser ajenos a ella. Es una cultura presidida por las ideas que informan al constitucionalismo, inclinada a la creación de condiciones reales de libertad e igualdad y volcada en la reflexión atenta sobre la técnica jurídica idónea para hacerlas efectivas. En otras palabras, se inscribe en la línea de pensamiento que aboga por la limitación del poder y la garantía de los derechos fundamentales y propugna la democracia representativa como la forma política que mejor sirve, según demuestra la historia, a la construcción y preservación de un orden de convivencia basado en aquellos valores.

Participamos de ese ambiente cultural y somos plenamente capaces de extraer de él las indicaciones y orientaciones necesarias para no solo conocer, comprender y exponer sino también para corregir las insuficiencias y defectos de nuestro ordenamiento constitucional y perfeccionar aquellas de sus regulaciones más logradas. En este sentido, me parece que desde hace tiempo existen en España las condiciones necesarias para superar la fase de los manuales meramente didácticos y contar con los que, como hace el de Giuseppe de Vergottini, a la descripción y calificación de principios, instituciones y derechos, sumen una consideración detenida allí donde sea precisa y suministren información sobre la jurisprudencia y la doctrina relevantes en torno a las cuestiones suscitadas.

Giuseppe de Vergottini ofrece un buen ejemplo de cómo se puede alcanzar satisfactoriamente ese objetivo pero no tiene que ser su libro el único modelo a seguir. Importa, sin embargo, reparar en que muestra una manera de reunir y exponer con equilibrio y proporción el saber jurídico adquirido sobre la ordenación del poder político y su virtualidad real. Es, pues, un buen acicate para animarnos a completar nuestra doctrina constitucional. Además del valor que en sí mismo han de tener obras de este tipo y del servicio que prestarán a alumnos e investigadores, creo que en las circunstancias en las que nos encontramos serían de gran utilidad para el debate entablado sobre si se debe o no reformar la Constitución y, desde luego, para defenderla frente a quienes propugnan su ruptura o su sustitución.

***

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TITLE: *Constitutional Law, and the handbooks for its teaching. On Giuseppe de Vergottini's Diritto constituzionale.*

ABSTRACT: *Published in autumn 2017, the 9th edition of Giuseppe de Vergottini's Diritto costituzionale, a comprehensive and up to date study of italian Constitutional Law, is not only useful for professors and students but also for researchers. It is an achieved example of today's handbooks on the subject.*

RESUMEN: *Publicada en otoño de 2017, la 9ª edición del Diritto costituzionale de Giuseppe de Vergottini, un completo y puesto al día tratado de Derecho constitucional italiano, no sólo es un texto útil para profesores y alumnos sino también para los investigadores. Es un logrado ejemplo de manual de nuestros días sobre esa materia.*

KEY WORDS: *Constitutional Law, teaching, handbooks*

PALABRAS CLAVE: *Derecho constitucional, enseñanza, manual.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *01.12.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

PROTECCIÓN DE LA SALUD, ATENCIÓN PRIMARIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO

I. Introducción: el derecho a la protección de la salud, un derecho robusto en la práctica pero de escasa densidad jurídica. II. Por qué no es indiferente que la protección jurídica de la salud sea un derecho legal y no un derecho fundamental: el ejemplo de la STC de 21 de julio de 2016. III. La progresiva fundamentalización del derecho a la protección de la salud. El derecho a la salud no como derecho legal, sino como derecho fundamental de configuración legal. IV. ¿Un derecho fundamental a la protección *primaria* de la salud? V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, UN DERECHO ROBUSTO EN LA PRÁCTICA PERO DE ESCASA DENSIDAD JURÍDICA

No existe un derecho fundamental a la salud; por desgracia, las enfermedades y, por último, la muerte, son hechos asaz obstinados. Sin embargo, dentro del catálogo estándar de derechos fundamentales de cualquier país sí existe (o debería existir) un derecho a la protección jurídica de la salud, que es el derecho al que, normalmente, por razones de economía lingüística, se suele llamar «derecho a la salud».

Este derecho, por referirnos sólo de momento al ordenamiento jurídico español, se recoge en el artículo 43 de la Constitución: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 881-296

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El texto es interesante por diversos motivos. En primer lugar, quizá lo más importante de él no es tanto lo que dice, sino *dónde* lo dice, es decir, en qué parte de la Constitución. Porque los derechos que reconoce nuestra Constitución están más o menos protegidos en función del lugar donde se ubican en el texto constitucional. Concretamente, hay tres niveles de protección: los derechos más intensamente protegidos son los que se reconocen en los artículos 14 a 30.2; luego están los derechos del art. 31 al 38 y, finalmente, los que gozan de la menor protección se encuentran en los artículos 39 a 52. El nuestro, que es el art. 43, está, obviamente, entre estos últimos. Aún más. Es que ni siquiera estos derechos (arts. 39 a 52) son considerados como derechos fundamentales ni por la Constitución, que los define como «principios rectores de la política social y económica», ni por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (salvo algún matiz que no viene ahora al caso). En otras palabras, el derecho «a la protección de la salud» no sería un derecho fundamental, sino otra cosa, un «principio rector». Eso no quiere decir que no sea garantizado en la práctica robustamente; de hecho, nuestro sistema nacional de salud es uno de los más serios del mundo (lo cual no deja de ser paradójico respecto de su pobre condición jurídico-constitucional). Pero el derecho a la protección de la salud tiene, entre nosotros, una condición de derecho *legal* y no, propiamente, de derecho *fundamental*. De forma que se garantiza jurídicamente a través de las leyes y los reglamentos (estatales y autonómicos, por cierto, ya que se trata de una competencia compartida), que pueden ensanchar o fragilizar el contenido concreto del derecho con (casi) total libertad. En el epígrafe siguiente expondré un controvertido ejemplo reciente.

No todos los derechos que tienen las personas son fundamentales. Un derecho es fundamental, en primer lugar, si lo reconoce como tal la Constitución. Porque los derechos pueden provenir de otras fuentes: de un contrato, por ejemplo, o de una ley o un reglamento. El derecho que asiste a un alumno de revisar el examen suspenso es, por ejemplo, un derecho reconocido por el correspondiente reglamento universitario, pero no es un derecho fundamental porque ningún precepto del texto constitucional le alberga. En segundo lugar, no todo lo que se llama «derecho» en la Constitución lo es en realidad; para poder hablar de derecho fundamental tiene que ser un «derecho subjetivo», es decir, una norma que atribuye a su titular un haz de posibilidades de actuación o de prestación en su propio interés que puede ser exigido ante un juez. De modo que, por ejemplo, aunque el art. 47 de la Constitución otorgue a todos los españoles el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», en la medida en que este derecho no es judicialmente exigible porque nadie puede acudir ante un Juez para que éste le asigne una vivienda (y nada menos que «digna y adecuada»), no estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental, sino de otra cosa, de un principio rector, esto es, de una norma que establece objetivos que los poderes públicos deben cumplir, pero siempre, obviamente, dentro de sus posibilidades técnicas y presupuestarias.

El reconocimiento que hace nuestra Constitución (y, por cierto, también la mayoría de textos constitucionales de las democracias más avanzadas –algunas

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

incluso, ni siquiera le consignan expresamente) del derecho a la protección de la salud es de este último tipo. El art. 43.1 CE habla expresamente del «derecho a la protección de la salud», pero, en términos jurídicos precisos, no estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental, sino de un principio rector. De ahí que su apartado segundo sea el que establezca realmente el contenido del «derecho» enunciado en el inciso primero: los poderes públicos tendrán que organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Y lo tendrán que hacer mediante la ley, que será el instrumento a través del que se establecerán los derechos y deberes de todos al respecto. En otras palabras: el contenido de lo que deba entenderse por derecho a la protección de la salud no es de naturaleza constitucional, sino estrictamente legal.

¿Qué consecuencia relevante tiene esto? Pues que el legislador (estatal y autonómico según los casos), es decir, las mayorías parlamentarias de cada momento, son casi totalmente libres para establecer y suprimir los derechos y prestaciones concretas que integran la protección de la salud. Si este derecho fuera fundamental, el legislador no podría lesionar el denominado «contenido esencial» de tal derecho. Porque un derecho es fundamental si es reconocido así en el texto constitucional, si es un derecho subjetivo y, por último, si tiene un contenido esencial resistente frente a las concreciones futuras que de ese derecho venga a realizar el legislador. El derecho a la protección de la salud del art. 43 CE no tiene contenido esencial frente al legislador. Al revés: como dispone el art. 53.3 de la Constitución, los principios rectores (como el de la protección de la salud) «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Y, por eso mismo, el derecho a la protección de la salud carece de protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es cierto que habilitar al Tribunal para conocer de las controversias acerca de concretas prestaciones sanitarias lo colapsaría, pero quizá sí pudiera haber espacio (si se configurara en el futuro como auténtico derecho fundamental) para que entrara a examinar los casos más relevantes.

La lectura del art. 43 suscita otras reflexiones iniciales interesantes. Quisiera llamar la atención sobre el hecho de que aunque no mencione expresamente a la atención primaria de salud, lo que no sorprende en un contexto de configuración tan escasamente densa del derecho a la protección de la salud, que prácticamente es una remisión al desarrollo por ley posterior, sin embargo, sí contiene, además de la parte que, por supuesto, quepa deducir de atención primaria dentro de la protección genérica de la salud, de dos aspectos íntima (aunque no exclusivamente) ligados a la atención primaria, como son «las medidas preventivas» que menciona en el apartado segundo (la medicina preventiva) y «la educación sanitaria» de la que se habla en el tercero. Se podría decir, en este sentido, que la atención primaria de salud (o algunas de sus funciones principales) sí se hallan reconocidas de modo implícito o tácito en nuestro actual texto constitucional.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así pues, nos encontramos, como punto de partida, con el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en muchos países de Iberoamérica, donde sus textos constitucionales reconocen con gran aparato y profusión el derecho a la protección de la salud, si bien no de forma real (o con muchas limitaciones) en la práctica, en España (y en la mayoría de los países democráticos más avanzados), la protección de la salud es muy robusta en la práctica aunque su reconocimiento constitucional sea débil y laxo.

A lo largo de estas notas pretendo sugerir que en la primera oportunidad de reforma de nuestra Constitución se reconozca el derecho a la protección de la salud como auténtico derecho fundamental y no ya solo, como hasta el momento, como simple principio rector, y que, además, en esa nueva redacción se incluya expresamente (y no de modo tácito como hasta ahora) la atención primaria de la salud. Intentaré argumentar las razones que me conducen hacia esta doble propuesta a partir de un concepto constitucionalmente adecuado de salud en el momento actual, que, como cabe suponer, es algo diferente del de 1978, año de redacción de la Constitución y, curiosamente, también de la relevante Declaración de Alma Ata, que analizaré más adelante.

Intentaré argumentar mi propuesta de modo escalonado. En primer lugar, mostrando que no es neutro, indiferente o inocuo que la Constitución reconozca un debilitado derecho a la protección de la salud en tanto que contemos con un sólido marco legal, porque a veces se producen cambios en la configuración legal del derecho bastante discutibles. Pondré como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada.

En segundo lugar, citaré en autos la propia evolución de la jurisprudencia, en España, y en otros países, que cada vez con mayor intensidad tienden a relacionar el debilitado derecho a la protección de la salud, un principio rector, en realidad, con otros derechos fundamentales, de modo que algunos contenidos de la protección de la salud se van fundamentalizando jurisprudencialmente.

En tercer término, y pasando ya a una hipotética nueva redacción del derecho a la protección de la salud en la Constitución, expondré las razones por las que considero que sería interesante mencionar expresamente a la atención primaria de la salud.

II. POR QUÉ NO ES INDIFERENTE QUE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SALUD SEA UN DERECHO LEGAL Y NO UN DERECHO FUNDAMENTAL: EL EJEMPLO DE LA STC DE 21 DE JULIO DE 2016

En efecto, como se ha indicado, no es neutral que el derecho a la protección jurídica de la salud sea de naturaleza legal y no fundamental. Su protección jurídica es sensiblemente más débil. Como los ejemplos no son concesiones a la pereza mental, invocaré uno que considero bastante expresivo. La STC 139/2016,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de 21 de julio, examina diversos artículos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. La impugnación del Parlamento navarro era doble. Por un lado, con carácter formal, se alega que una reforma del derecho a la protección de la salud no podría hacerse mediante un Decreto-ley, sino que tendría que regularse mediante una Ley; por otro lado, desde el punto de vista del contenido, el reproche mayor hacia el Decreto-ley procede de que excluye de asistencia sanitaria a los españoles que no sean «asegurados» o «beneficiarios» y a diversas categorías de inmigrantes que hasta ese momento sí venían disfrutando de asistencia sanitaria.

Son interesantes ambas vías de análisis. Primero, el formal (que, como enseguida se verá, también hace referencia al contenido). La protección de la salud está protegida por una reserva de ley ordinaria. Pero, ¿por qué es esto así? Alguno podría pensar que Parlamento y Gobierno son dos caras de la misma moneda o que, incluso, el Parlamento está dominado en realidad por el presidente del Gobierno. Entonces, ¿qué sentido tiene la reserva legal? Es verdad que puede que en la práctica no haya muchas diferencias políticas entre Parlamento y Gobierno y mucho menos en un sistema parlamentario como el español, y que incluso el órgano que tenga mayor poder real sea el Gobierno, pero una comprensión cabal de la forma de gobierno nos lleva necesariamente a concluir que el Parlamento es la institución con mayor legitimidad democrática porque representa a todos los ciudadanos, mientras que el Gobierno (que es elegido por su presidente, a su vez, investido por el Parlamento) representa «sólo» a la mayoría de los ciudadanos, aunque gobierne para todos. En efecto, en un sistema parlamentario de gobierno como el nuestro, los ciudadanos sólo votamos a los diputados y no al presidente del Gobierno y a sus demás miembros. De ahí que la concreción de los derechos fundamentales deba realizarse mediante la obra del Parlamento, la Ley (y, si se trata, además, de los derechos fundamentales comprendidos entre los artículos 14 a 29 de la Constitución, se exige un tipo especial de Ley, la orgánica, que requiere mayoría absoluta del Congreso y no sólo ordinaria, como la Ley normal).

Pues bien, volviendo a nuestra Sentencia, ¿se extralimitó el Gobierno al regular mediante un Decreto-ley la modificación de algunas prestaciones importantes del sistema de salud? Los decretos-leyes son normas del Gobierno con la misma fuerza que la Ley, pero que sólo pueden ser dictadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad y sólo si no afectan a los derechos de los ciudadanos (art. 86.1 CE). El Tribunal Constitucional examina este asunto y concluye que el Gobierno actuó correctamente.

¿Por qué concluyó esto? El Gobierno había justificado el Decreto-ley en la grave dificultad económica del sistema nacional de salud, sin precedentes desde su creación. La reforma que se introduce pretende ser «estructural» para hacer el sistema sostenible en el tiempo, lo que haría necesario aplicarlo con la mayor urgencia posible. El Tribunal Constitucional considera razonable esta justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otro lado, el Tribunal observa que el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE es un principio rector (no un derecho fundamental – de forma que «carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia») y, por lo tanto, «no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE» (fundamento jurídico sexto).

Entremos ahora a revisar lo que ha establecido el Tribunal Constitucional sobre la posible vulneración no ya formal (por el tipo de norma que lo regula), sino material o de contenido. La impugnación del Decreto-ley desde este punto de vista descansaba en que limitaba indebidamente las prestaciones del sistema nacional de salud a algunos españoles (los que no fueran «asegurados» o «beneficiarios» y contasen con unos ingresos anuales superiores a cien mil euros) y a algunos tipos de inmigrantes, concretamente, los que carecieran de residencia legal en nuestro país (salvo que fueran menores de edad o, siendo mayores, si precisaran atención urgente o sea asistencia relativa al embarazo y parto) El Tribunal Constitucional tampoco acepta estas alegaciones. Fundamentalmente, porque el derecho a la protección de la salud «es un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo» (fundamento jurídico octavo).

Esta tesis así expuesta ofrece, a mi juicio, algún elemento de inconsistencia. Primero, porque se dice que permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones, cuando en este caso ni siquiera se trata del legislador, sino del Gobierno legislador, que es otra cosa. Segundo, porque define al derecho como un derecho «de configuración legal» cuando no es ni lo trata, en realidad, como un derecho, sino como un principio rector. Un derecho de configuración legal es otra cosa, como más adelante intentaré explicar, y es, precisamente, lo que creo que debería ser el derecho a la protección de la salud en la nueva regulación constitucional (si es que, superando la vieja anomalía del constitucionalismo español, pudiéramos algún día reformar por fin nuestro texto constitucional).

Repárese también en que el art. 43.2 CE, al referirse a los titulares del «derecho» utiliza expresamente la palabra «todos». Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que dentro de ese «todos» se incluyan ni los españoles no asegurados ni beneficiarios ni los inmigrantes sin residencia legal en España. Sostiene que deberá ser «la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de la gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales».

Sinceramente, no se me alcanza a comprender, con esta Sentencia en la mano, cuáles son esos «límites constitucionales». Me parecen más convincentes, pues, los votos particulares de Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol, pero, más allá de la discusión jurídica sobre los límites materiales del Decreto-ley (a mi juicio, casa mal este tipo de norma con un cambio «estructural» en el modelo de protección de la salud) o sobre no ya la limitación, sino la entera exclusión del sistema para

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

algunas categorías de titulares, lo importante, me parece, es poner las condiciones para que algo así no pueda volver a pasar.

En definitiva, ha sido la débil condición jurídica del derecho a la protección de la salud como principio rector la que ha conducido a la mayoría del Tribunal Constitucional a concluir que no ya el legislador, sino incluso el Gobierno, a través de un Decreto-ley, pueden regularle a placer, para ampliar, en su caso, pero también para suprimir el acceso al sistema de salud a determinadas categorías de titulares. Pues bien, esto no habría pasado (o no con tanta facilidad) si el derecho a la protección de la salud se configurara constitucionalmente como un auténtico derecho fundamental y no como un simple y desdentado principio rector.

III. LA PROGRESIVA FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. EL DERECHO A LA SALUD NO COMO DERECHO LEGAL, SINO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Considerar que el derecho a la protección de la salud puede configurarse como un auténtico derecho fundamental no es algo tan extraño como pudiera parecer a las mentes excesivamente conservadoras. La objeción de fondo, siempre más o menos explícita, incluso en la Sentencia antes sumariamente analizada, es la falta de presupuesto económico que pudiera impedir su pleno ejercicio. Este es el pecado original de todos los derechos sociales, entre los que se halla el de la protección de la salud. En efecto, no sería un avance, sino todo lo contrario, que se reconociera un derecho fundamental que más tarde no pudiera hacerse real y efectivo. No me gustan las declaraciones nugatorias de derechos. Me parecen una tomadura de pelo para los ciudadanos. No debería nunca reconocerse en un texto constitucional un derecho cuya prestación no pudiera realizarse cabalmente en la práctica. Soy partidario de las constituciones (y demás normas) con puro músculo, sin colesterol.

Por otro lado, creo que puede resultar útil que el lector conozca que, en el momento de escribir estas líneas, formo parte de un Gobierno autonómico, el de Castilla y León, desde el que puedo observar todos los jueves (aunque mi responsabilidad es la educación y no la sanidad) el enorme coste para las arcas públicas de la sanidad y la farmacia. Los juristas hacemos un flaco servicio a la comunidad si no tenemos en cuenta la realidad de las cosas, incluidos los aspectos económicos. Vengo años propugnando un Derecho Constitucional realista. Porque lo fácil es escribir frívolamente sobre lo que nos gustaría que fueran las cosas, una especie de carta interminable a los reyes magos; lo fácil (y quizá éticamente correcto) es postular todo para todos todo el tiempo. Pero esto, simplemente, no es posible en la realidad porque las necesidades son crecientes y los recursos siempre limitados y en ocasiones decrecientes. Gobernar es elegir cómo se distribuyen los gastos (con un presupuesto limitado) entre las necesidades crecientes y una población cada vez más consciente de sus derechos.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Teniendo esto presente, ¿parece sensato y coherente postular que el derecho a la protección de la salud se convierta en un derecho fundamental? Estoy absolutamente seguro de que sí. Primero, porque ya casi lo es completamente en la práctica. Nuestro sistema nacional de salud es uno de los más potentes y equitativos del mundo. El reconocimiento jurídico como derecho fundamental de la protección de la salud no vendría sino a corroborar formalmente lo que es una realidad sólidamente establecida. Los reproches políticos ordinarios al sistema (listas de espera, copago farmacéutico, los analizados antes en el examen de la Sentencia y otros), aunque relevantes, no obscurecen el hecho de que casi todos los residentes gozan en nuestro país de casi todas las prestaciones de salud posibles. Y, desde luego, tenemos un sistema nacional de salud comparable sin rubor al de la mayoría de los países más avanzados.

Siendo esto así, ¿es dable pensar que pudiera plantearse legislativamente un retroceso grave en el nivel de calidad o equidad del sistema? Desde el punto de vista político sería inimaginable porque la ciudadanía percibe el derecho a la protección de la salud como un derecho fundamental en la práctica, aunque constitucionalmente no lo sea en la actualidad. Y, si esto es así, es evidente que el problema del coste de este derecho es una cuestión en gran medida ya amortizada en la práctica. Los poderes públicos españoles han venido asumiendo ininterrumpidamente que el gasto sanitario, sea el que sea, es indisponible, al menos en sus rasgos fundamentales.

Por lo que se refiere al coste del derecho, también hay que tener en cuenta que el derecho a la salud como derecho social, es un derecho prestacional, esto es, un derecho que implica un hacer estatal que moviliza cuantiosos recursos públicos (el derecho a la educación, a los servicios sociales o a la seguridad social son otros ejemplos). Pero esto no impide que puedan ser catalogados como derechos fundamentales. Alguna doctrina tradicional señala que derechos de esta especie sólo puede ser los derechos de libertad o primera generación, cuyo contenido se agota en una abstención, en un no hacer, por parte del Estado. La libertad de expresión es respetada por el Estado si no actúa contra la persona que critica algún aspecto de la vida pública, por ejemplo. Siendo esto así, podría parecer a simple vista que este tipo de derechos de libertad (a diferencia de los derechos sociales o de igualdad) no cuestan dinero. Pero no es verdad. Todos los derechos fundamentales cuestan mucho dinero. Asegurar la libertad y la propiedad privada, por ejemplo, obliga al Estado a crear y mantener un sistema de seguridad (policial y judicial) que no es barato precisamente. Sólo que parece (para algunos) que este gasto está más justificado que en otros casos.

De todos modos, en el ordenamiento constitucional español ya contamos con un notable ejemplo de derecho fundamental social como es el derecho a la educación obligatoria gratuita (art. 27.1 CE).

Existe otra poderosa razón para considerar que ya es el momento de configurar el derecho a la salud como derecho fundamental y es que la jurisprudencia, tanto la nacional, como la internacional, ha venido fundamentalizando progresivamente

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

determinados aspectos del derecho a la salud por su íntima conexión con derechos cuya fundamentalidad nadie discute, sobre todo el derecho a la protección jurídica de la vida y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El derecho a la salud sería un *derecho conexo* de otros derechos fundamentales, como de modo constante y coincidente han venido reconociendo tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y numerosos tribunales constitucionales, incluido el nuestro.

El voto particular discrepante del Magistrado Fernando Valdés a la Sentencia del Tribunal antes citada, describe magníficamente esta evolución. El derecho a la salud es instrumental del derecho a la vida y la integridad física y moral del art. 15 CE, como se insinúa en los AATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5, 114/2014, de 8 de abril, FJ 8, y 54/2016, de 1 de marzo, FJ 5, que declaran expresamente que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por la exclusión del sistema sanitario, «así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado». La conexión entre el principio rector del art. 43 CE y los derechos fundamentales enunciados en el art. 15 CE ha sido establecida en numerosas oportunidades por el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, cuando sostuvo que la imposición a un recluso de asistencia médica contra su voluntad (caso de la huelga de hambre de los terroristas de los GRAPO) afectaba a su derecho a la integridad personal, puesto que el derecho a que no se perjudique o dañe la salud «queda comprendida en el derecho a la integridad personal» (STC 120/1990). O cuando declaró que las exploraciones de rayos X a reclusos podía lesionar el art. 15 CE si fueran excesivamente intensas, frecuentes o sin observar las debidas garantías (STC 35/1996). O si «los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el art. 15 CE» (STC 119/2001). O cuando el Tribunal ampara a la veterinaria embarazada del Servicio Andaluz de Salud a la que se reasignan funciones que pueden poner en peligro su salud y la de su futuro hijo (por exposición al contagio de enfermedades) (STC 62/2007). Se podría aducir en causa otros ejemplos.

Ciertamente, según el Tribunal Constitucional, no todo caso de riesgo o daño potencial para la salud implica una vulneración del derecho a la integridad personal, sino tan sólo el que genere un peligro grave y cierto para ella.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vincula la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional por la lectura que del art. 10.2 CE viene haciendo éste, ha ido estableciendo claramente esta conexión. Así, por ejemplo, ha sostenido que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) (STEDH en el asunto Valentín Câmpeanu c.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Rumanía, 17 de julio de 2014); que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades (STEDH en el asunto Brincat y otros c. Malta, 24 de julio de 2014); que se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión de una persona extranjera dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida (STEDH D. c Reino Unido de 2 de mayo de 1997, jurisprudencia revisada después y pendiente de la solución que debe dar la Gran Sala al asunto Paposhvili c. Belgica num. 41738/10); que se vulnera el derecho a la vida (art. 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial (SSTEDH Nitecki c. Polonia, de 21 de marzo de 2002, y Panaitescu c. Rumanía de 10 de abril de 2012), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH en los asuntos Oyal c. Turquía, de 23 de marzo de 2010, Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía, de 9 de abril de 2013, Asiye Genc c. Turquía de 27 de enero de 2015, entre otras).

En conclusión, creo que hay razones poderosas para fundamentalizar plenamente el derecho a la protección de la salud en una hipotética reforma constitucional. Esto nos lleva a otra cuestión importante. Como ha sido señalado, el Tribunal Constitucional ha definido al derecho a la protección de la salud en alguna ocasión como «derecho de configuración legal». A mi juicio, y con todo el respeto hacia el Tribunal, esta es una aproximación conceptual errónea. Lo que el Tribunal ha querido decir en la Sentencia en la que ofrece esta interpretación es, en realidad, que el derecho a la salud es un derecho legal, es decir, un principio rector constitucional que sólo vinculará a los jueces mediante las leyes que lo desarrollen. En otras palabras, es el legislador y no el constituyente el dueño absoluto de la determinación de los titulares, el contenido y los límites de ejercicio de este derecho, que, al ser legal, no es fundamental. El derecho a la protección de la salud es, pues, un derecho legal.

Otra cosa bien distinta de los derechos *legales* son los derechos, estos sí fundamentales, *de configuración legislativa*. Hay que reconocer, de entrada, que este último es un concepto de perfiles borrosos en la literatura: no existe consenso sobre su significado. A mi juicio, el derecho a la protección de la salud debería reconocerse en la nueva Constitución como un derecho fundamental de configuración legislativa y debería dejar de ser un principio rector (y, correlativamente, un derecho legal). Esto me lleva a tener que explicar brevemente qué entiendo por derecho fundamental de configuración legislativa.

Los derechos fundamentales de configuración legislativa no son una categoría nueva de derechos: ya existe una serie de derechos reconocidos por la Constitución

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que son intensamente generales y abstractos puesto que constitucionalizan ramas enteras del ordenamiento jurídico, lo cual no supone que lo fundamentalicen todo, sino sólo aquello que los operadores jurídicos y, destacadamente, el Tribunal Constitucional, como intérprete auténtico de la Constitución, consideran su núcleo central por conexión con el sistema de derechos fundamentales y los requerimientos del principio de dignidad humana (art. 10.1 CE). Se trata de derechos como la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que fundamentaliza el Derecho procesal; el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), que hace lo propio con el derecho laboral colectivo; la «limitación del uso de la informática» (art. 18.4 CE), respecto del Derecho de protección de datos personales; los derechos a acceder y mantenerse en los cargos públicos (art. 23 CE), que fundamentaliza amplias zonas de los derechos electoral y parlamentario; los derechos de los reclusos del art. 25 CE en relación con el Derecho penitenciario y los derechos educativos del art. 27 CE. En todos estos casos se trata de derechos reconocidos por la Constitución y fundamentales pero, por su enorme amplitud de objeto o ámbito normativo, requieren de una actividad legislativa posterior para poder ejercitarlos en plenitud.

«Fundamentalizar» significa que no todos los desarrollos legales del derecho, pero sí algunos, pasan a formar parte del núcleo constitucional (aunque estén configurados por el legislador), de modo que su vulneración podría ser impugnada por los mecanismos de tutela más incisivos de protección de los derechos fundamentales (amparo judicial ordinario preferente y sumario y amparo ante el Tribunal Constitucional) y su eventual reforma y limitación estaría sometida a condiciones más rígidas que la simple derogación por otro ley posterior. El derecho a la protección de la salud sería, a mi juicio, un derecho fundamental de configuración legislativa. Lo cual no supone, como se ha intentado torpemente explicar, que todo el desarrollo legal actual de este derecho se fundamentalice y no pueda ser modificado a la baja según las condiciones de contorno, pero sí que cualquier reforma pueda ser examinada bajo las reglas de un escrutinio judicial más estricto (a diferencia de la situación actual). En definitiva, los derechos fundamentales de configuración legislativa, a diferencia de los derechos legales, permiten un estándar judicial de control más efectivo y la creación de un núcleo de contenidos constitucional/legal del derecho más estable.

En resumen, pues: creo que es razonable postular la transformación inmediata, mediante la correspondiente reforma constitucional, del derecho a la protección de la salud desde su condición actual de derecho legal hacia un derecho fundamental de configuración legislativa.

IV. ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN *PRIMARIA* DE LA SALUD?

Admitido que el derecho a la salud podría (e, incluso, debería) reconocerse como auténtico derecho fundamental, la siguiente cuestión que cabe plantear es

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

si la enunciación de ese derecho en el texto constitucional debería o no mencionar expresamente la protección de la salud a través de la atención primaria. Esta es, hasta donde se me alcanza, una pregunta bastante original en el tratamiento de todos estos asuntos. ¿Es la atención primaria de salud un *tópico* constitucional?, ¿existe o podría existir una suerte de derecho fundamental específico en este sentido?

En páginas anteriores ya he me he permitido hacer observar que aunque el reconocimiento actual del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) es más bien vaporoso y débil desde el punto de vista jurídico, alberga explícitamente, sin embargo, dos funciones atribuidas de modo principal a la atención primaria de salud como son la medicina preventiva y la educación para la salud. Lo cual me ha permitido sugerir que existe en el texto actual un reconocimiento tácito o implícito de la atención primaria de salud.

¿Podría o debería el constituyente dar un paso más allá y mencionar expresamente dentro del derecho a la protección de la salud a la atención primaria?

Me parece claro que catalogar en la Constitución la protección de la salud como derecho fundamental no requeriría necesariamente prever de modo explícito la atención primaria. Incluso un simple enunciado que estableciera: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», podría ser, en principio, suficiente, porque, en definitiva, se podría construir el contenido constitucional de este derecho a partir de su doble desarrollo posterior, legal y judicial.

Sin embargo, a mi juicio, podría ser oportuno o conveniente mencionar expresamente en la Constitución la atención primaria a partir de una cierta concreción de lo que significa el concepto de «salud» en la actualidad. De este modo, se podría precisar o deletrear en alguna medida el concepto constitucionalmente más adecuado de «salud» para reducir la discrecionalidad de la interpretación jurídica del juez y de la interpretación política que del texto constitucional hace el legislador al legislar. ¿Es el legislador totalmente libre para organizar la atención de la salud del modo que quiera, incluso con un modelo de atención primaria que fuera débil o insuficiente? ¿Permitiría, por ejemplo, un modelo privado de atención primaria, o la vuelta al sistema de ambulatorios en vez de los centros de salud actuales? ¿O la Constitución se lo impediría?

Porque el art. 43 CE se refiere al concepto de «salud», pero, lógicamente, no lo define. Y, por consiguiente, cabe preguntarse qué quiere decir el constituyente cuando emplea el término. De qué «salud» hablamos cuando hablamos de «salud», porque la Constitución recibe el concepto, pero no lo crea. ¿De dónde lo recibe? De la cultura jurídica del entorno. ¿Pero cómo se puede concretar aún más la trazabilidad del concepto para reducir la complejidad de las posibles fuentes de procedencia? Nuestra Constitución fue pionera en establecer un método objetivo de interpretación que tiene utilidad para este tipo de problemas. Me refiere al canon exegético que figura en el art. 10.2, con arreglo al cual los derechos fundamentales españoles deberán ser interpretados conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas y a los demás

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. Es decir, la Constitución establece que nuestros derechos fundamentales deberán ser comprendidos a partir del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta suerte de «ventana interpretativa» remite la interpretación de lo que debamos entender por «salud» y por «atención primaria» a los textos internacionales, empezando por los del sistema de Naciones Unidas.

Y, en este punto, destaca, respecto de la atención primaria de la salud, lo que se podría considerar, quizá, como su declaración «fundante»: la famosa Declaración de Alma-Ata, fruto de la Conferencia internacional de Naciones Unidas sobre atención primaria de salud, de 12 de septiembre de 1978. Se trata de una Declaración muy interesante, que ha resultado absolutamente determinante para el desarrollo posterior de los sistemas nacionales de salud, incluido, por supuesto, el nuestro. Mucho se ha escrito sobre esta Declaración, pero me permitiré recordar ahora los aspectos que considero de mayor interés a nuestros fines:

La Declaración imprime un giro copernicano al concepto tradicional de salud. Normalmente, la salud ha sido siempre considerada como la simple (y deliciosa) ausencia de enfermedad. La cláusula primera de Alma-Ata, sin embargo, define a la salud como «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». En este nuevo enfoque, lo central no es, como en el antiguo, la enfermedad y su cura, sino la salud y su prevención. La literatura médica se ha hecho eco de este giro conceptual.

El nuevo enfoque del concepto de salud impacta también sobre su significado *jurídico*. La idea de salud como «completo bienestar físico, mental y social» remite a la conexión de la protección de la salud con el ejercicio de otros derechos fundamentales, sobre todo de carácter social, y también al propio concepto capital de dignidad humana (art. 10.1 CE), big-bang de todos los derechos fundamentales. Proteger la salud es intentar curar las enfermedades, por supuesto, pero también evitar que se contraigan y eso requiere derechos como el de una alimentación adecuada, una vivienda digna, educación, etc. Una intuición inicial de esta conexión ya se puede observar en la redacción actual del art. 43.3 CE, que relaciona el derecho a la protección de la salud con el ocio y el deporte. Esto apunta en la buena dirección, pero, por favor, ¡que una nueva redacción del derecho a la salud no albergue en el mismo precepto la «adecuada utilización del ocio»! (además, ¿qué ocurre con la inadecuada?; siempre que se respete la Ley, ¿por qué no un ocio inadecuado?).

De modo que el nuevo concepto médico de «salud» a partir del cual debe comprenderse su significado jurídico ofrece otra vía para conectar sistemáticamente el derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales y para subrayar su naturaleza de derecho fundamental.

La Declaración de Alma-Ata vincula la promoción y protección de la salud con el desarrollo de los países y con la igualdad real de unos ciudadanos respecto de otros dentro del mismo país (cláusulas primera, in fine, segunda y tercera). También esta me parece una perspectiva interesante desde el punto de vista

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jurídico porque permite considerar que una de las cláusulas de prohibición de discriminación del art. 14 CE podría ser la salud, incluso aunque no esté prevista expresamente. El Tribunal Constitucional ya ha estimado que la discriminación por razones de salud es un rasgo de discriminación protegido por nuestra Constitución (desde la STC 62/2008). En consecuencia, cuando alguna persona recibiera en alguna de sus relaciones sociales (por ejemplo, laborales) o con las administraciones un trato peor que otras a causa de su salud o enfermedad (pensemos, por ejemplo, en un enfermo con SIDA u otra infección crónica), podría recibir la tutela judicial intensa prevista para los casos de prohibición de discriminación del art. 14 CE.

Es una lástima que se haya utilizado tan poco hasta el momento la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE por razones de salud/enfermedad. Y existe otro aspecto que no ha sido empleado nunca y que, sin embargo, podría ser muy interesante: aplicar la prohibición de discriminación por salud/enfermedad en los casos en que una persona reciba un tratamiento médico diferente y peor que otra en una situación comparable en cualquier otro lugar del territorio nacional. Dejo aquí tan sólo apuntada esta posibilidad.

La Declaración recoge un «nuevo» derecho/deber como es el de «participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud» (cláusula cuarta). Este derecho sería interesante que apareciera en el hipotético nuevo enunciado constitucional de protección de la salud.

A partir de su cláusula sexta (donde la define) y hasta el final, la Declaración de Alma-Ata versa específicamente sobre la atención primaria de la salud. La idea más nutritiva a retener es, en mi opinión, que la cláusula sexta afirma que la atención primaria es «la función central y núcleo principal» de los respectivos sistemas nacionales de salud. Forma parte del «desarrollo social y económico global de la comunidad»; representa «el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad» con el sistema de salud, «llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas»; y constituye «el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria». Si esto es así, la atención primaria no es un elemento más de la protección jurídica de la salud, sino una pieza indispensable. Esto justificaría su mención expresa en el texto constitucional, por supuesto, pero no sólo como una suerte de reconocimiento simbólico de su valor, sino, con efectos jurídicos más precisos, para prefigurar constitucionalmente un modelo básico de atención primaria que pudiera ser configurado posteriormente por el legislador, pero con límites. Porque así como «salud» tiene un sentido más amplio que el normalmente utilizado en el lenguaje común (o en la medicina hasta hace 40 años), el concepto «atención primaria de salud» no permite albergar jurídicamente cualquier modelo imaginable.

En otras palabras, no todo lo que podríamos llamar, quizá, «atención inicial» de salud es cabalmente la «atención primaria» que se requiere constitucionalmente a partir de un concepto adecuado de «salud». En este sentido, y por

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

utilizar conceptos jurídicos firmemente establecidos, quizá pudiera concluirse que la idea de «atención primaria de salud» a partir del modelo que inaugura Alma-Ata es lo que los juristas llamamos una «garantía institucional».

¿Qué rasgos, qué modelo? Obviamente, esta es una cuestión que debe resolverse en el diálogo entre la Medicina y el Derecho. Pero, en una lectura inicial, pendiente de mayor reflexión, me parece que algunos elementos actuales de nuestro sistema de atención primaria no tienen vuelta atrás jurídica, no podrían ser modificados: una atención que busque no sólo el tratamiento y rehabilitación de las enfermedades, sino también la promoción de la salud y la prevención; la educación sanitaria, la participación de la comunidad del entorno; con equipos interdisciplinares (personal sanitario, trabajadores sociales, etc.) –estas funciones se recogen en la cláusula séptima de la Declaración de Alma-Ata-; un modelo que pivote sobre los centros de salud (y no de medicina ambulatoria, que fue el modelo anterior); equitativamente distribuida a lo largo de todo el territorio, etc. Todos estos rasgos (y otros que pudieran señalarse) conformarían la «imagen maestra» del instituto «atención primaria de salud», que debería ser desarrollada, pero nunca vulnerada, por el legislador posterior.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, creo que, en una futura y necesaria reforma constitucional por tantos otros motivos, habría que incluir la protección de la salud como un auténtico derecho fundamental. Un derecho fundamental de configuración legislativa y no ya «solo», como hasta ahora, un principio rector y un derecho legal.

Y me parece también que, aunque no fuera del todo necesario, sí sería altamente conveniente que ese nuevo precepto constitucional albergase, como garantía institucional, la mención expresa a la atención primaria de salud, que es, como señala la OMS, la función y núcleo principal de nuestro sistema de salud.

***

TITLE: *Protection of health and human rights*

ABSTRACT: *The article raises, above all, the problem of the opportunity to constitutionalize the right to legal protection of health as a fundamental right in the strict sense, concluding affirmatively. In current Spanish constitutionalism, it is a constitutional «principio rector» and a legal right. It is proposed, then, in a possible reform of the Constitution, to convert it into a fundamental right of legislative configuration. Second, the work raises the convenience of explicitly recognizing primary health care in the constitutional text.*

RESUMEN: *El artículo se plantea, sobre todo, el problema de la oportunidad de constitucionalizar el derecho a la protección jurídica de la salud como un derecho fundamental en sentido estricto, concluyendo afirmativamente. En el constitucionalismo español vigente, es un principio rector constitucional y un derecho legal. Se propone, pues, en una eventual reforma de la Constitución, convertirlo en un derecho fundamental de configuración legislativa. En segundo lugar, el trabajo se plantea la conveniencia de reconocer expresamente a la atención primaria de la salud en el texto constitucional.*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

KEY WORDS: *Right to protection of health. Legal right. Fundamental right of legislative configuration. Legal nature of the right to protection of health.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho a la protección jurídica de la salud. Derecho legal. Derecho de configuración legislativa. Naturaleza jurídica del derecho a la protección jurídica de la salud.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *10.11.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

NOTICIAS FALSAS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS INFORMATIVOS EN LA RED[1]

CRISTINA PAUNER CHULVI
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I

SUMARIO

I. Introducción. II. La circulación de la información en la actualidad. Los mecanismos de generación de la opinión pública. III. La reacción de la Unión Europea y los Estados miembros ante la proliferación de las noticias falsas. IV. Las redes sociales ante el fenómeno de las noticias falsas. Soluciones propuestas. V. Los sistemas de filtrado y las garantías constitucionales de la libertad de expresión e información. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El inesperado desenlace de acontecimientos recientes como el fracaso del referéndum por la paz en Colombia, la victoria del Brexit en Reino Unido o, muy significativamente, la victoria de Donald Trump en las elecciones presidenciales en Estados Unidos ha provocado un intenso debate sobre la influencia de las noticias falsas en aquellos resultados.

La existencia de noticias falsas no es, evidentemente, ninguna novedad puesto que la difusión de información sin contrastar o, más llanamente, el ejercicio de mal periodismo se corresponde con lo que tradicionalmente se ha llamado manipulación o amarillismo. Pero con la irrupción de las tecnologías de la información y de la comunicación el fenómeno ha adquirido una nueva dimensión. Si, por un lado,

1 El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación sobre la reforma del sistema europeo de protección de datos financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2015-63635-R) y se ha realizado en el curso de una estancia de investigación en el *Centre for Commercial Law Studies* de la Universidad Queen Mary (Londres).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los nuevos medios de comunicación social (blogs, redes sociales, páginas web, etc.) proporcionan un apoyo extraordinario para optimizar la comunicación humana y facilitar el acceso a grandes cantidades de información, por otro lado, también procuran un alcance universal a las noticias inventadas o falsas contraviniendo el carácter funcional del derecho a la información como derecho directamente vinculado con la garantía de una opinión pública libre[2]. Así, la diferencia fundamental entre la difusión de noticias falsas publicadas en medios tradicionales y las que se publican en páginas web es que estas últimas alcanzan gran impacto y viralidad porque cuentan con las redes sociales para difundirse globalmente.

Las noticias falsas provienen de sitios ficticios diseñados para parecer fiables que producen títulos sensacionalistas para atraer al lector. La polémica creada por estas noticias maliciosas implica principalmente a las fuentes o portales que las crean pero también a las redes sociales que ayudan a su propagación viral y a las plataformas de publicidad que las financian.

Aunque en mucha menor medida, tampoco los medios de comunicación tradicionales escapan de algunos ejemplos de difusión de noticias inveraces o no contrastadas cuya aparición suele relacionarse ahora con la crisis estructural del periodismo como modelo sostenible. Desde hace aproximadamente una década, se ha producido un cambio extraordinario en el diseño de negocio de la prensa que no rentabiliza su tradicional patrón publicitario y se enfrenta a nuevas exigencias del público, distribución y comercialización. Y las grandes empresas de comunicación están respondiendo a una caída generalizada de anunciantes y suscriptores con recortes de personal o reconfiguraciones de plantilla más o menos drásticas.

Esta transformación también ha alcanzado a los nuevos modos de producción narrativa de la prensa basada ahora en la rapidez o casi instantaneidad informativa. Con el advenimiento del entorno digital y la necesidad de una información permanentemente actualizada se ha quebrado la precisión que requiere la elaboración de las noticias, una de las condiciones básicas para ofrecer información de calidad y sin errores. Los diarios trabajan contra reloj para ser los primeros en informar sobre un acontecimiento y lanzan alertas de noticias en primer lugar porque esto les asegura un mayor tráfico de visitas aunque después tienen que elaborar la crónica «que ya no es un producto acabado fruto de una elaboración profesional independiente, sino un proceso público en constante mutación que debe convivir con multitud de discursos no profesionales difundidos por distintos cauces y plataformas»[3].

2 La vinculación entre la libertad de expresión e información y una democracia funcional está firmemente consolidada en la jurisprudencia constitucional y europea. Sirvan, por todas, la STC 6/1981, de 16 de marzo y la STEDH, de 24 de mayo de 1988, caso Müller y otros.

3 SUÁREZ VILLEGAS, J. C. y CRUZ ÁLVAREZ, J., «Problemas éticos de la instantaneidad informativa en el entorno digital», en *I Congreso Internacional de Comunicación y Sociedad Digital,* B. Lloves y F. Segado (coords.), 2013, p. 11. Sobre el cambio en el proceso de elaboración de la información, puede verse por todos BROCK, G., *Out of Print: Newspapers, Journalism and the Business of News in the Digital Age*, Kogan Page, Philadelphia, PA, and London, UK, 2013.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El peligro de las noticias falsas es que crean una sociedad que no es capaz de ponerse de acuerdo sobre hechos básicos lo que impide construir una democracia funcional. La desinformación afecta directamente a los fundamentos de las sociedades democráticas que se construyen sobre la presunción de que sus ciudadanos toman decisiones informadas en el momento de acudir a votar. Gracias a la información que los ciudadanos recibimos acerca de los asuntos públicos, acerca de la labor de nuestros representantes o del trabajo que desarrollan las instituciones públicas podemos formarnos una opinión sobre los mismos y ejercer un control sobre su gestión. Pero este objetivo puede verse truncado si la información es falsa, engañosa, en una palabra, inveraz. Solo la información veraz y sobre materias de interés general, por los asuntos y las personas que en ella intervienen, contribuye a la formación de la opinión pública, sirve como mecanismo de control democrático y puede gozar, por tanto, de protección jurídica.

En su libro *A Preface to Democratic Theory*, Robert Dahl enumeraba una lista de ocho requisitos para crear una mayoría decisiva. Tras identificar el sufragio en los cuatro primeros requisitos, la quinta condición que presenta Dahl es que «todos los individuos posean una información idéntica sobre las alternativas existentes»[4]. Así, la apertura a la entrada de flujos no controlados de información a través de Internet es una buena noticia frente al poder que, en su concepción tradicional, se le asignaba a la prensa como determinante de la agenda política y puede afirmarse que el mundo se ha democratizado extraordinariamente gracias a la accesibilidad a nuevos canales por los que desarrollarse. Pero esta apertura también tiene un ángulo negativo ya que el consenso debe construirse sobre unas bases comunes y el esparcimiento de la desinformación puede hacer imposible ese mínimo compartido. Si los colectivos construyen su propia realidad no se podrá llegar a acuerdos.

La gravedad de esta amenaza y la magnitud del fenómeno de las noticias falsas ha puesto en alerta a los medios de comunicación y los poderes públicos y es motivo de preocupación a nivel mundial. Así, algunos gobiernos europeos han presentado diversas medidas para contrarrestarlo. Alemania, Reino Unido o Francia ya han puesto en marcha diversas iniciativas con el objetivo de protegerse frente a la difusión masiva de noticias falsas. Conscientes del limitado impacto y eficacia que una lucha a nivel nacional contra las noticias falsas puede tener en la época de la globalización, el ámbito de actuación se ha ampliado a la Unión Europea. Desde las instituciones comunitarias se ha lanzado una llamada de colaboración a las grandes empresas tecnológicas para frenar la propagación de informaciones fraudulentas que inundan la Red y se ha reclamado un compromiso similar al seguido en la lucha contra la propagación de mensajes de odio a través de las redes sociales[5]. En el ámbito internacional, la ONU ha expresado su

4 DAHL, R., *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1956, p. 71.

5 Nos referimos al *Código de conducta contra el discurso ilegal del odio a través de Internet*, aprobado el 31 de mayo de 2016, como una de las iniciativas derivadas de la Estrategia para el mercado único digital de la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

preocupación por el tema en una reciente *Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda*[6], en la que declara su inquietud porque la desinformación y propaganda se implementen para confundir a la población e interferir en su derecho a recibir información variada y a formarse su propia opinión.

Sin embargo, los intentos por atajar las noticias falsas y las peticiones de aumentar la regulación sobre el contenido en línea para impedir su tráfico plantean numerosas dudas acerca de cuál debe ser la respuesta democrática a la desinformación. ¿Qué son las noticias falsas? ¿Cuándo una información sesgada pero legítima se transforma en propaganda y mentira? ¿Quién va a vigilar el contenido de la información que circula por las redes? ¿Qué responsabilidad tienen los buscadores y las redes sociales?¿Es viable un algoritmo para erradicar las noticias falsas sin impedir la recepción de las noticias auténticas? ¿Qué pautas se utilizarían para discriminar una información de la otra? ¿Es el criterio de la «verdad» el adecuado? ¿Cómo deben responder los gobiernos a este fenómeno? ¿Puede resultar más útil a la democracia que la gente sea la encargada de juzgar y escoger la información que reciba, sin participación de un tercero?

En principio, la idea de que sobre las empresas proveedoras de servicios *online*, como una red social, recaiga parte de la responsabilidad de filtrar noticias parece peligrosa porque somete el acceso a Internet y a sus contenidos a parámetros empresariales. Del mismo modo que decidir que esta función la ejerza un gobierno puede conducir a que se califique como una forma de censura y llevar a la instauración de una especie de ministerio de la verdad.

Por último y antes de abordar el análisis de todas estas cuestiones debemos realizar una aclaración sobre el significado de las dos expresiones que, habitualmente, se están utilizando por los medios y la doctrina para aludir a la problemática presentada. Nos referimos a los enunciados «noticias falsas» y «posverdad»[7]. Estos neologismos mantienen una relación cercana y complementaria ya que, aunque son términos que aluden a realidades distintas, muy habitualmente se da entre ellos una correlación temporal.

Noticias falsas significa informaciones publicadas deliberadamente en medios digitales que no han sido comprobadas ni verificadas, carecen de fuentes identificadas y sin supervisión de un editor. Su objetivo es influir en la opinión pública y crear inseguridad, sospechas, desestabilización para apoyar o desacreditar o, a veces,

Comisión Europea. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf. Ver nota a pie núm. 20.

6 *Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda*, de 3 de marzo de 2017, adoptada por los relatores especiales sobre la libertad de expresión y opinión de la ONU, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E.

7 SANTAMARÍA, P., «Antropología social: La diferencia y relación entre posverdad y noticias falsas», 16 de enero de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

simplemente diversión. En última instancia, son un medio para obtener seguidores, perfiles y usuarios de redes sociales para alentar un movimiento, un interés económico o de marca o a una persona. Los canales que distribuyen esta información tienen apariencia de periódicos lo que contribuye a crear confusión en un intento de aprovecharse de la credibilidad que acompaña a muchos medios profesionales de comunicación digital.

Por su parte, posverdad es aquella «circunstancia en que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública que los llamamientos a la emoción y a la creencia personal» según el Diccionario de Oxford que la eligió como palabra del año en 2016 y que, en diciembre de 2017, ha sido registrada en el Diccionario de la RAE. Es un elemento disruptivo y perturbador que produce un efecto desestabilizador y una respuesta irracional en la sociedad. En este sentido, el término ha venido reflejando que aquello que las personas sienten ante un estímulo, sus emociones respecto de una idea o de un líder, o sus sensaciones subjetivas influyen de una forma más efectiva en la toma de sus decisiones que los datos y estadísticas objetivas o los hechos comprobados siendo más importantes para ellos que la verdad[8]. Lo que cuenta como «hecho» es simplemente la visión de alguien que siente que es cierto o verdad.

Si comparamos ambos conceptos advertimos, en primer lugar, que los sujetos que elaboran cada discurso son distintos[9] y el foco se traslada desde el emisario de una información falsa bien sean políticos, medios de comunicación u otros usuarios al receptor que es la opinión pública la que, movida por creencias y emociones en lugar de por argumentos, construye su posverdad. Entendemos, en segundo lugar, que solo en el fenómeno de las noticias falsas puede el mundo jurídico hacer aportaciones útiles ocupándose de analizar algunas de sus derivadas: el proceso de creación y autoría de las noticias falsas, su incidencia en el derecho a la información, las medidas arbitradas para su control y eliminación y los riesgos de esas propuestas.

II. LA CIRCULACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA ACTUALIDAD. LOS MECANISMOS DE GENERACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

El análisis del fenómeno de la difusión de noticias falsas debe partir de la identificación de dos sujetos que intervienen en su propagación. En primer lugar, las plataformas o sitios web que crean esas noticias falsas y, en segundo término, las redes sociales que contribuyen a su difusión viral.

Por lo que se refiere a los sitios web, gran cantidad de noticias falsas son originariamente fabricadas por *spammers* que pretenden engañar a los usuarios de la

8 AMÓN, R., «Posverdad, la palabra del año», *El País*, 17 de noviembre de 2016.

9 MÁRQUEZ GUERRERO, M., «El trasfondo cínico de la 'posverdad'», *Público*, 11 de diciembre de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Red y lucrarse de ingresos publicitarios por cada clic que hagan esos usuarios. Se trata de falsos periódicos o páginas con apariencia informativa que actúan deliberadamente cuando publican bulos o propaganda pretendiendo ser noticias reales. En puridad, la manipulación fue, en un primer momento, la principal motivación de las páginas creadoras de noticias falsas pero este objetivo pasó a un segundo plano cuando se reveló como un negocio muy rentable porque el elevado número de visitas producía cuantiosos beneficios gracias a la inserción publicitaria.

En una segunda fase, la viralización de esas noticias falsas se produce a través de las redes sociales como Facebook o Twitter en lo que se ha venido a bautizar como «cascada informativa». Precisamente, las páginas de noticias falsas tratan de atraer a esas redes sociales para desviar hacia ellas el tráfico de Internet, amplificar su efecto y aprovechar sus servicios de publicidad con los que obtener cuantiosos ingresos. En una deriva consumista del negocio de la información, la nueva medida de valor de estos medios es, por tanto, la viralidad en lugar de la veracidad o la calidad. Hoy en día no importa si una noticia no es cierta, lo único que realmente importa es que la gente teclee sobre ella. Así, en la actualidad, el control sobre la distribución de las noticias ya no está en manos de los medios de comunicación sino de las redes sociales que son las que las seleccionan y filtran las informaciones mediante algoritmos y plataformas que son complejas, opacas e impredecibles[10].

En la sociedad de la información, el consumo de noticias en una gran parte de la población no es el fruto de una búsqueda de información en los distintos medios de comunicación sino que hoy la gente consume noticias desde su *feed* de Facebook, Google u otras redes sociales que las escogen en función de los datos que poseen de sus usuarios —básicamente, el flujo de información seleccionado por amigos, contactos y allegados— y procesan por algoritmos secretos. A través de estas fórmulas se «controla» la información que consumen los usuarios de las redes sociales. En un sentido clásico, las redes sociales no deciden lo que cada individuo lee ni las noticias que se publican en los medios pero cuando una plataforma se convierte en la fuente dominante de acceso a la información —que es lo que ha ocurrido con Facebook rebautizado como el periódico del siglo XXI—, los medios de comunicación se adaptan a sus pautas y confeccionan sus noticias sobre el modo de trabajo de la red social[11]. La prueba evidente de la influencia de Facebook en la prensa es la sacudida que acompaña a cualquier cambio en el algoritmo que selecciona las noticias y que amenaza con reducir las visitas recibidas. Esto contradice la idea inicial de una red

10 El estudio de los algoritmos y su influencia en el mundo de la información es un ámbito poco desarrollado en España pero cuenta con innumerables estudios en la doctrina comparada, especialmente, la anglosajona y norteamericana. Entre los estudios más recientes se recomienda KIRLEY, E. A., «The robot as cub reporter: law's emerging role in cognitive journalism», *European Journal of Law and Technology*, 7/3, 2016 y WAGNER, B., «Algorithmic regulation and the global default: Shifting norms in Internet technology», *Etikk i praksis. Nord J Appl Ethics*, 1, 2016, pp. 5-13.

11 VINER, K., «How technology disrupted the truth», *The Guardian*, 17 de julio de 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mundial abierta, diversa y descentralizada siendo sustituida por plataformas que centralizan la información, cerrándose incluso a enlaces externos.

Si nos preguntamos acerca de los motivos que llevan a esa aceptación y verosimilitud de la información que circula por las redes sociales podemos señalar dos causas. En primer lugar, los usuarios generan una mayor credibilidad en las noticias compartidas que reciben a través de un conocido. Mientras se considera que los medios de comunicación son inherentemente tendenciosos, la postura de los usuarios hacia sus contactos está basada, precisamente, en la confianza. En segundo lugar, al público le cuesta más detectar información tendenciosa que procede del cálculo algorítmico que llevan a cabo las redes sociales que aquella que resulta de la selección editorial de los medios tradicionales. La existencia de medios tradicionales durante mucho tiempo ha permitido que la sociedad desarrolle métodos para identificar presupuestos ideológicos y sea capaz de distinguir la información verídica de la falsa, de la caricatura o del relato irónico o humorístico. En cambio, las novedosas redes sociales y sus métodos de selección de información no son conocidos. La falta de transparencia de sus algoritmos dificulta que los ciudadanos puedan identificar sus sesgos ideológicos procedentes de las personas que trabajan en las empresas y los usuarios tampoco tienen las indicaciones adecuadas para validar si la información es real o no.

El principal efecto de los filtrados personalizados de información en función de nuestros gustos personales es que la versión del mundo que encontramos a diario solo sirve para confirmar y reafirmarnos en nuestras creencias preexistentes gracias a la limpieza invisible a la que ha sido sometida. En 2011 se acuñó el término *filter bubble*[12] que podríamos traducir por «burbuja (de información) filtrada» para aludir a esta realidad y se comprobó con la función de búsqueda personalizada de Google que impide que dos personas jamás encuentren la misma información aunque empleen los mismos términos en su búsqueda. Esas fórmulas deciden lo que es visible para nosotros y lo que nos va a permanecer oculto limitando nuestro conocimiento de un más amplio abanico de ideas e información fidedigna y condicionando el descubrimiento casual de otras fuentes de conocimiento. Si el algoritmo suprime las fuentes diversas, e incluso contradictorias, de información —esto es, aquellas que retan a nuestras convicciones personales— se corre el riesgo de que aumente hasta el extremo la separación de los diversos puntos de vista sociales, creando grupos sociales realmente divergentes.

A mayor abundamiento, los algoritmos de filtrado ya demostraron no ser capaces de evaluar y diferenciar la calidad o fiabilidad de las noticias. Cabe recordar el frustrado experimento de Facebook tras recibir denuncias que la acusaban de imprimir un sesgo tendencioso a la selección de noticias. En un afán de neutralidad, la empresa despidió a los dieciocho editores responsables de la clasificación de noticias

12 La obra seminal sobre este temática es la de PARISER, E., *The Filter Bubble: What the Internet is hidding from you*, Penguin Press, New York, 2011.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

siendo sustituidos por algoritmos solo para descubrir en un breve periodo de días que estos no eran capaces de distinguir entre noticias verdaderas y noticias falsas[13].

De este modo, estas redes sociales y sus algoritmos no solo no limpian el universo de la comunicación de mentiras sino que amplifican la difusión de este contenido peligroso a la vez que reducen la visión del mundo. Es lo que ha descrito como «el poder social de los algoritmos»[14]. Redes sociales que disfrutan de un poder inmenso porque controlan «quién publica qué y lo comparte con quién, y cómo se rentabiliza esa publicación»[15]. Todas estas compañías cuentan con plataformas que permiten a los medios la publicación de contenido directo y exclusivo dentro de la red social que puede ser compartido por los usuarios[16] pero apenas sabemos nada de cómo estas redes sociales seleccionan sus noticias puesto que el trabajo interno de estos sistemas no es transparente al no estar sometidos a ningún tipo de regulación externa.

De ahí que si bien en su nacimiento estas empresas tecnológicas no se construyeron con la intención de asumir responsabilidades en el terreno de la libertad de prensa, cada vez juegan un papel más relevante en la información social y, como veremos, las soluciones que se están arbitrando en la Unión Europea en la lucha contra las noticias falsas ponen su acento en el compromiso y la colaboración de estos operadores.

III. LA REACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS ANTE LA PROLIFERACIÓN DE NOTICIAS FALSAS

La búsqueda de respuestas a los peligros que las noticias falsas plantean para la democracia está desarrollándose desde muchos frentes. En Estados Unidos, la actividad de verificación de datos en los medios alcanzó una cota febril durante la campaña electoral presidencial aunque en este país la lucha contra las noticias falsas es especialmente difícil debido a la protección que la Primera Enmienda de la Constitución concede a la libertad de expresión[17].

Yendo al contexto de la Unión Europea no hay gobierno que no tema el efecto que la proliferación de estas noticias inventadas con apariencia de

13 «Facebook despide a sus editores y el algoritmo se vuelve loco», *El Confidencial*, 31 de agosto de 2016 y «Facebook has repeatedly trended fake news since firing its human editors», *The Washington Post*, 16 de octubre de 2016.

14 RAINIE, L. y ANDERSON, J., «Code-Dependent: Pros and Cons of the Algorithm Age», *Pew Research Center*, Febrero 2017, p. 25 y BEER, D., «The social power of algorithms», *Information, Communication & Society,* 20/1, 2017, pp. 1-13.

15 BELL, E., «Facebook se está comiendo el mundo», *Cuadernos de Periodistas*, 32, 2016, p. 68.

16 Se trata de Discover App lanzada por Snapchat, Instant Articles por Facebook, Apple News y Accelerate Mobile Pages por Apple y Google respectivamente y Moments por Twitter.

17 Sobre la libertad de expresión en Internet a la luz de la Primera Enmienda, véase ROSEN, J., «The Delete Squad. Google, Twitter, Facebook and the global battle over the future of free speech», *New Republic*, 29 de abril de 2013.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

información veraz pueda tener en el discurrir de los acontecimientos políticos, especialmente si hay elecciones a la vista. Por ello, organismos y poderes públicos tanto a nivel nacional como europeo se han involucrado en la lucha contra las mentiras y lo han hecho apostando por un modelo que apunta tanto a la regulación como a la colaboración de las industrias implicadas mediante el desarrollo de sistemas de filtrados y la responsabilidad de los usuarios para que decidan críticamente los contenidos que consumen[18].

Entre los países que se han decidido por la opción regulatoria destaca Alemania cuyo Gobierno presentó en marzo de 2017 un proyecto de ley que prevé multas de hasta 50 millones de euros a las redes sociales que no eliminen contenidos difamatorios, mensajes de odio o noticias falsas. Por su parte, el presidente de Francia, Emmanuel Macron, ha anunciado en enero de 2018 que promoverá una ley para luchar contra la proliferación de noticias falsas a lo largo del periodo electoral. También en Italia se ha presentado una propuesta de ley para prevenir la manipulación de la información *online*, garantizar la transparencia en la web e incentivar la alfabetización mediática que incluye condenas civiles y penales para quienes difundan noticias exageradas o tendenciosas que incluyan datos o hechos manifiestamente infundados o falsos. En España, el Gobierno ha incluido las noticias falsas como amenaza en la Estrategia de Seguridad Nacional 2017.

Por su parte, la Unión Europea también ha presentado algunas propuestas de reformas para contrarrestar la desinformación, reformas que cabe resumir como sigue:

Primero, fortalecer la iniciativa *East Stratcom* creada por el Consejo europeo en marzo de 2015 para combatir la campaña rusa de desinformación mediante un equipo de 400 voluntarios que cada semana publica dos boletines que ponen al descubierto las mentiras que el Kremlin quiere hacer pasar por verdades en Europa. Junto con esta iniciativa, se reclama incluir la lucha contra las informaciones falsas en la agenda política de seguridad.

Segundo, desafiar públicamente a quienes difunden la desinformación y que los Estados apoyen equipos de evaluadores o *fact-checkers* independientes. En España, El Confidencial o La Sexta llevan tiempo desarrollando esta herramienta de la verificación de datos (*fact-checking* en inglés) con fórmulas donde combinan la actividad de contraste periodístico con la imagen a través de la televisión[19].

18 Sobre la dinámica reguladora de contenidos en Internet recomendamos el interesante trabajo de TERUEL LOZANO, G. M., «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 25, 2011, pp. 81-103.

19 La tendencia periodística del *fact-checking* llegó a España en 2013 con el programa *El Objetivo* de La Sexta, en concreto, con la sección «Pruebas de verificación» en la que se comprobaban las manifestaciones más reiteradas de la vida pública. Sobre el tema, HERNÁNDEZ, N., «Estos son los datos, suyas las conclusiones» y ECHEVARRÍA, B., «Más `fact-checking´ contra la posverdad», ambos en *Cuadernos de Periodistas*, 33, 2017, pp. 9-16 y pp. 17-20, respectivamente.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tercero, combatir la propaganda y la desinformación con información real. Esta reacción no es novedosa puesto que se lleva haciendo no solo desde los medios tradicionales sino utilizando herramientas digitales en la línea de lo que hacen páginas web como *FactCheck, PolitiFact* o *Snopes*.

Cuarto, y muy destacadamente, se reclama la adopción de un compromiso europeo similar al seguido en la lucha contra la propagación de mensajes de odio a través de las redes sociales. Se trataría de aprobar medidas a nivel comunitario siguiendo el ejemplo establecido por el Código de conducta propuesto por la Comisión en el ámbito de la lucha contra los mensajes que fomentan el odio, el racismo y la xenofobia a través de la Red[20] al que se adhirieron Facebook, Twitter, Youtube y Microsoft a finales de mayo de 2016.

En esta dirección, no sería la primera vez que los gigantes de la Red comparten una iniciativa para rastrear contenidos ilícitos en sus redes. Con anterioridad, las cuatro compañías tecnológicas Twitter, Facebook, YouTube y Microsoft suscribieron un acuerdo para compartir información y una plataforma para identificar imágenes de abusos infantiles en Internet. El siguiente paso ha sido el de colaborar con una base de datos que localice y suprima el contenido extremista de las redes, esto es, los vídeos e imágenes que promueven el terrorismo. El objetivo es que los grupos terroristas no empleen las redes como amplificador a nivel universal. En otros casos, la implicación de los operadores de Internet en la detección y erradicación de contenidos ilegales es una obligación derivada del cumplimiento de diversa normativa europea y nacional en materia de derechos de autor y propiedad intelectual[21], derecho a la protección de datos[22] o derechos al honor, intimidad y propia imagen[23],

20 *Código de conducta contra el discurso ilegal del odio a través de Internet*, cit. Los resultados de la aplicación de este Código entre octubre y noviembre de 2016 se han publicado en un primer análisis con conclusiones decepcionantes a juicio de la Comisión. El contenido del informe disponible en http://www.politico.eu/wp-content/uploads/2016/12/factsheet-code-conduct.pdf.

21 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 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. En nuestro país, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual así como Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Sobre el tema, PAUNER CHULVI, C., «Los medios de comunicación digitales y los agregadores de noticias: ¿la tasa Google restringe la libertad de información?», *Estudios sobre Propiedad Intelectual*, A. Fayos (ed.), Dykinson, 2016, pp. 229-244.

22 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Reglamento 679/2016, 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, por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

23 Artículo 8 CEDH y artículo 7 CDFUE. En España, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

etc. Ahora bien, la traslación de este *modus operandi* a la erradicación de las noticias falsas exige alguna reflexión puesto que no siempre nos hallamos, en sentido estricto, ante contenidos ilícitos sino ante contenidos dañinos o nocivos.

IV. LAS REDES SOCIALES ANTE EL FENÓMENO DE LAS NOTICIAS FALSAS: SOLUCIONES PROPUESTAS

La estrategia colaborativa para luchar contra las noticias falsas en Europa ha cristalizado, por tanto, en la demanda de los poderes públicos hacia las empresas tecnológicas solicitando su implicación aunque esta pretensión no contó con la aceptación inmediata de las industrias implicadas. De hecho, las empresas tecnológicas y muy particularmente, Facebook como la fuerza más poderosa y fuente de acceso primario de información, rechazaron hasta hace poco su naturaleza de medios de comunicación mostrándose reacias a asumir su responsabilidad en el control de la información que publican y prefieren presentarse como intermediarios neutrales dedicados a ofrecer «la mejor experiencia» a su «comunidad». Pero, a la vez, el hecho de servir de plataforma para la difusión de informaciones ha provocado que Facebook se tenga que enfrentar a problemáticas relacionadas con la veracidad, la privacidad, la edición y difusión de contenidos, esto es, con cuestiones relacionadas con la libertad de expresión e información y su circulación por la Red.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que los gigantes de Internet, como prestadores de servicios de la información, sí tienen responsabilidades que derivan de su inmenso poder informativo y no pueden ser considerados estrictamente como compañías tecnológicas neutrales. Cuando un término de búsqueda da resultados diferentes en función del historial de búsquedas, del navegador que se usa o de la ideología y gustos del usuario hay, sin lugar a dudas, una toma de decisión subyacente y la plataforma está tomando partido por un modo concreto de «servir» las noticias lo que es, en última instancia, una decisión informativa. Esto es lo que ha llevado a que, tímidamente, Facebook haya aceptado desde finales de 2016 un nuevo tipo de responsabilidad que consiste en la creación de un espacio en el que la gente pueda informarse de manera *segura* y *acreditada*. En esta posición intermedia se acepta que la red social no puede convertirse en un «árbitro de la verdad» pero sí en un socio indispensable en la lucha contra los bulos manifiestos.

Esta aceptación de responsabilidad no es lo mismo que clasificar a las redes sociales como editores. En sentido estricto, las empresas no «publican» nada pero son parte de lo que se ha denominado como «la infraestructura de la libertad de expresión» y como tal, Facebook, Twitter y Google tienen responsabilidades cívicas y democráticas. Esta responsabilidad se concreta en un deber de colaboración para impedir la propagación de las de noticias falsas partiendo siempre de un principio de transparencia, esto es, la obligación de explicar cómo funcionan sus algoritmos y cómo seleccionan las noticias que se van a ver.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, los prestadores de servicios en Internet han comenzado a implementar algunos mecanismos de filtrado y bloqueo de contenido como primer paso en la lucha contra las noticias falsas. Estos sistemas de filtrado han sido considerados el remedio equilibrado para preservar la libertad de expresión frente a los contenidos nocivos en Internet. Lo cierto es que, con frecuencia, el filtrado viene determinado por las condiciones impuestas a los usuarios cuando contratan o utilizan el servicio como es el caso de las «normas comunitarias» en las redes sociales que pueden eliminar contenidos ilegales así como aquellos que consideran inapropiados o contrarios a la imagen de la empresa como parte de su política comercial. Pero esta iniciativa privada viene ahora promovida por los mismos poderes públicos quienes imponen a los prestadores de servicios el uso de filtros para controlar e identificar determinados contenidos, bloquearlos y, en su caso, retirarlos.

En esta línea, las soluciones concretas que están implementando las redes sociales en la lucha contra las noticias falsas gravitan en torno a tres opciones e, incluso, la combinación de todas ellas: uno, el reclutamiento de un grupo humano de revisores o editores especialmente procedentes de los medios de comunicación tradicionales; dos, una estrategia colaborativa y tres, soluciones tecnológicas basadas en algoritmos.

Por lo que se refiere a las soluciones humanas se trataría de la incorporación de profesionales capacitados para realizar la verificación de hechos, terceros independientes que intervendrán en la selección y confrontación de informaciones antes de entrar en el flujo de noticias de las redes. La verificación sistemática de datos y hechos en la esfera pública se considera una herramienta elemental para el ejercicio del buen periodismo y ha formado parte de la esencia del trabajo en las redacciones de la prensa tradicional desde donde se ha exportado a otros medios de comunicación (audiovisual y *online*) hasta convertirse en una tendencia mundial.

Los partidarios de esta propuesta defienden que el juicio humano es más confiable que las soluciones tecnológicas o algoritmos que pueden tener dificultades para detectar mensajes provocadores, irrelevantes o sin relación con la noticia en una comunidad en línea (los conocidos como *trolls*) o distinguir matices cuando se enfrentan al ejercicio de la libertad de expresión. Por el contrario, las desventajas de esta sugerencia son, en primer lugar, de naturaleza económica ya que el ecosistema de las redes sociales es enorme y la contratación de suficiente personal que actúe con rapidez y eficacia supone un desembolso económico muy elevado. En segundo lugar, los evaluadores también son parciales y subjetivos y deberán especificarse los criterios que se emplearán para decidir el carácter verdadero o falso de una noticia.

En cuanto a las soluciones colaborativas (*crowdsourcing* en inglés) se trata de abrir el proceso de evaluación de las noticias a los usuarios de las redes permitiéndoles calificarlas según su criterio. El etiquetado de las noticias deja libertad al usuario para decidir si les otorga o no credibilidad. El *crowdsourcing* es un proceso de construcción voluntaria similar al que sigue Wikipedia y es menos probable

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que pueda ser acusado de parcialidad o censura porque está abierto teóricamente a todo el mundo. Sin embargo, también es susceptible de ser manipulado por grupos de personas que promuevan las mismas noticias falsas o tendenciosas.

En relación con las soluciones basadas en algoritmos se trata de fórmulas que trabajan a partir de la constatación de que muchas fábricas de noticias falsas consiguen etiquetarlas con metadatos que son atractivos para los algoritmos que seleccionan y priorizan las noticias que vamos a ver en las redes sociales en primer lugar. Por ello se procede a modificar esos algoritmos de selección de noticias de forma que otorguen mayor peso a las páginas consideradas más fiables y hagan menos visibles los contenidos de baja credibilidad.

Aunque las compañías tecnológicas afirman que los algoritmos están libres de sesgo ideológico es incuestionable que no son necesariamente equitativos puesto que quienes los crean definen su funcionamiento y sus resultados. Las ventajas de esta opción son su bajo coste económico y la facilidad de su implementación.

Esta ofensiva de las grandes tecnológicas contra las noticias falsas se ha visto complementada por las empresas de compra programática de publicidad quienes también aplican operaciones de filtrado a través de una clasificación en sistemas de listas blancas y negras de portales de noticias fiables y otros de contenido problemático[24]. Esta iniciativa pretende garantizar a los anunciantes que no invierten en medios de comunicación que difunden informaciones falsas.

La situación es delicada ya que si bien las noticias falsas contaminan a la opinión pública y pueden poner en peligro al propio sistema democrático, las soluciones que se sugieren podrían calificarse de información tendenciosa —la política o sesgo ideológico de una empresa privada incorporado en un algoritmo— o incluso censura, ambas muy dañinas para la democracia que depende del ejercicio de la libertad de expresión e información.

V. LOS SISTEMAS DE FILTRADO Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

El control de los contenidos informativos que circulan por la Red es una cuestión problemática que nos enfrenta, básicamente y en primer término, a la cuestión de la definición de los límites a la libertad de expresión e información en

24 La compra programática consiste en la utilización de sistemas automatizados para la difusión de anuncios de publicidad *online* y marcas. Esta herramienta permite que los espacios publicitarios se subasten en tiempo real sobre la base de la actividad, los clics y las búsquedas de los usuarios. Si el resultado se ajusta con el público que será el futuro consumidor de la marca, esta se anuncia allí indistintamente del contexto. Empresas como *AppNexus* o *RocketFuel* han elaborado este tipo de listas negras de portales web que consideran incitadores del odio o transmisores de información falsa y no los ofrecen a las marcas. A la inversa, existen listas blancas en las que se incluyen medios aprobados por los anunciantes.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el entorno digital. En principio, la difusión de información y opiniones a través de Internet se considera un ejercicio de las libertades de expresión e información y aquellas páginas web que publican contenidos informativos a través de la Red están protegidas por estas libertades y sometidas a sus límites de la misma forma que lo están los medios tradicionales. Es necesario, por tanto, diferenciar entre los tipos de contenido excesivos o ilegítimos[25]. Por un lado, encontramos los *contenidos ilícitos* que al constituir una infracción legal están prohibidos y son rechazados mediante los procedimientos legalmente establecidos y, por otro lado, están los *contenidos nocivos o dañinos* que pueden resultar perjudiciales por atentar contra valores o principios y cuya difusión podrá ser limitada o restringida de forma proporcionada. Las noticias falsas son, en este sentido, contenido nocivo que pone en riesgo el pluralismo informativo y defraudan el derecho del público a recibir una información veraz por lo que entendemos que son perfectamente arbitrables algunas medidas limitativas sobre aquellos que las difundan.

En segundo término, es necesario determinar cuál debe ser la implicación y responsabilidad de las redes sociales en la lucha contra el fenómeno de las noticias falsas. Aquí hemos de reflexionar sobre el papel —y el poder— que puede otorgarse a estas empresas privadas y la aptitud de las herramientas que se han implementado en sus procesos de evaluación y selección de las noticias. Así, los intentos de frenar las noticias falsas mediante el filtrado y la retirada de contenidos plantean la cuestión del establecimiento de una especie de censura derivado del interés por difundir la «verdad» fijando una realidad oficial y provocando la correlativa restricción de la libertad de expresión. Una afectación que procede de los prestadores de servicios de Internet quienes, como empresas privadas, «no están en condiciones de ponderar derechos y bienes jurídicos adecuadamente, porque se rigen por las reglas de mercado»[26].

1. La diferencia entre noticias falsas y otro tipo de manifestaciones

Ciertamente, invocar a la verdad como criterio absoluto puede ser un enemigo de la libertad de expresión e información puesto que el concepto de verdad es ajeno a la perspectiva jurídica. Esta libertad, consagrada en textos internacionales como el artículo 10 CEDH, integra la libertad de opinión, por un lado, y la de recibir o comunicar informaciones, por otro. No obstante, el tratamiento que reciben ambas libertades no es igual ya que los hechos son susceptibles de prueba y se les puede exigir el requisito de veracidad mientras que las opiniones no pueden ser comprobadas ni, por ello, sometidas al control de la veracidad (STEDH

25 Seguimos a FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «Internet y los derechos fundamentales», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 6-7, 2000-2001, pp. 334-335.

26 DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo», *Revista de Estudios Políticos,* 173, 2016, p. 159.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón contra España*, par. 53). Pero hasta en aquellos supuestos en los que se esté ejercitando la libertad de expresión «a las opiniones ha de exigírseles que se realicen con criterio o, al menos, con sinceridad. Asimismo, incluso cuando una declaración equivale a un juicio de valor (...) debe tener suficiente base factual —coincidencia con el referente externo—, sin lo cual sería excesiva.» (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Jerusalén contra Austria*, par. 43).

Estos mismos parámetros en la protección de la libertad de expresión y del derecho a la información son compartidos por el TJUE y nuestro Tribunal Constitucional. Por lo que se refiere al TJUE, este Tribunal ha construido su posición sobre las libertades de opinión y prensa dentro de los límites marcados por el artículo 51 CDFUE que ciñe su interpretación a aquellos supuestos en los que se estén ejerciendo competencias de la Unión o se esté en el ámbito de la aplicación del Derecho europeo[27]. El Tribunal de Luxemburgo repite la mecánica interpretativa del TEDH en relación con las libertades del artículo 11 de la CDFUE —que reproduce en términos idénticos el contenido del artículo 10 del CEDH— aplicando a las restricciones de las libertades de comunicación el test de necesidad y proporcionalidad[28].

El mismo enfoque es aplicable al reconocimiento de las libertades de expresión e información consagradas en el artículo 20 CE y a la interpretación realizada por el TC. Desde sus primeras sentencias, el Alto Tribunal ha mantenido una línea jurisprudencial homogénea en la que su afirmación clave sobre el contenido de la noción «información veraz» es que veracidad no equivale a «verdad», sino que «lo que ampara el art. 20.1 d) es la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible» (STC 121/2002, de 20 de mayo, fj 5). Frente a una postura objetivista de la información que solo admitiría una versión incontestable de los hechos, para el Tribunal Constitucional «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988, de 21 de enero, fj 5) porque «la limitación del derecho a la información al relato puro, objetivo y aséptico de hechos no resulta constitucionalmente aceptable ni compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay «sociedad democrática» (STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside*, par. 65), pues la divergencia subjetiva de opiniones forma parte de la estructura misma del aspecto institucional del derecho a la información». Pero tampoco puede concluirse que la información sea una cuestión puramente subjetiva basada en la

27 LINDE PANIAGUA, E., «El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 15, 2008, p. 39.

28 Sobre casos recientes en los que el juez europeo se aparta de los clásicos test del artículo 10 del Convenio, véase RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, 2, 2014.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mera creencia subjetiva del informador de que lo que afirma es verdad. Así, no es información ni noticia aquella narración que defrauda al interés colectivo o que carece de un fin informativo, como los rumores, insidias, insultos o vilipendios (STC 214/1991, de 11 de noviembre, fj 6) y no cabe otorgar protección constitucional, aún cuando hubieren sido emitidas con finalidad informativa, «a las *narraciones falsas o tendenciosas*, las realizadas con fin de infamar, las que revelan la intimidad de las personas o las que vulneran principios y bienes jurídicos como la buena fe, la seguridad del Estado o el buen funcionamiento de las instituciones públicas» (STC 51/1985, de 10 de abril)[29].

Esta construcción jurisprudencial enmarca claramente el alcance de qué debe entenderse por noticia falsa y su diferenciación de otros términos. Así, una opinión puede resultar acertada o no pero nunca podrá ser «falsa» porque las apreciaciones o juicios de valor no se prestan a una demostración de exactitud, por mucho que alguien pueda no estar de acuerdo con ellas. También las noticias partidistas que interpretan los hechos conforme a criterios ideológicos muy marcados son ejemplos de mala praxis periodística pero no ejercicios ilegítimos de la libertad de expresión. Igualmente, las parodias y bromas o la sátira pueden contener afirmaciones erróneas o inciertas y, en este sentido, ser «falsas» pero el mismo contexto irónico o humorístico descarta que lo afirmado pueda ser catalogado como noticia.

Las únicas noticias falsas son aquellas informaciones ficticias o fraudulentas que se difunden a sabiendas de su inexactitud. Esta definición introduce el elemento de «deshonestidad» que resulta muy útil para discriminar las noticias falsas e inaceptables de aquellas otras informaciones que contienen errores y que, como vimos, pueden gozar de protección constitucional. En resumen, se trata de realizar una evaluación de calidad e impedir que páginas creadas con la única finalidad de introducir historias inventadas, informaciones no contrastadas, simples rumores o puras invenciones para obtener ingresos económicos puedan ser detectadas y etiquetadas o, incluso, retiradas del entorno comunicativo y sea posible detener el impulso viral que adquieren.

Obviamente, la identificación de las noticias falsas no es un proceso automático y, tratándose de un término ambiguo, un escollo muy importante es la dificultad de establecer un marco regulatorio europeo —no digamos internacional— en el que se fije qué es una noticia falsa para el conjunto de los países de la UE a la luz de las notables diferencias que existen entre ellos a la hora de definir el contenido y alcance de esta libertad que son particulares en cada Estado y tienen un componente cultural muy fuerte. Así, el límite entre noticias falsas y libertad de expresión no será igual para los gobiernos de países cada vez más

29 AZURMENDI ADARRAGA, A., «De la verdad informativa a la 'información veraz' de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información», *Comunicación y Sociedad*, 2, 2005, p. 20.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

autoritarios como Polonia y Hungría que para la Comisión Europea o Alemania, por citar solo algunos ejemplos.

Pero también es cuestionable la eficacia de las soluciones algorítmicas para extractar las noticias falsas de aquel otro tipo de manifestaciones protegidas por el ejercicio de la libertad de expresión (opiniones, sátira,...) entre todo el flujo de información que inunda la Red sin aumentar la amenaza de la censura en Internet.

2. La responsabilidad de las redes sociales en la distribución de noticias falsas

Los responsables de clasificar y etiquetar la información que los usuarios vamos a leer son las propias redes sociales quienes diseñan los mecanismos de filtrado y bloqueo de contenidos basados en algoritmos. Si bien los usuarios saben que el primer principio que incluye Facebook en sus normas comunitarias es que «Todo el mundo debería tener la libertad de compartir la información que quiere (…)», nadie desconoce que el algoritmo de esta red social filtra cantidades enormes de datos —como los comentarios de sus usuarios— para comprobar y decidir si el contenido es apropiado. El algoritmo puede, por ejemplo, estar programado para descartar textos que contienen insultos o los que proceden de una parte del mundo y repetidamente solicitan que se facilite una cuenta bancaria. Pero estos estándares insertados en la tecnología de la empresa no son transparentes para la mayoría de la población ni tampoco son estáticos sino se actualizan y modifican frecuentemente lo que aviva el temor al establecimiento de una especie de censura procedente de un poder privado y sin contar con los propios usuarios. En principio, el concepto constitucional de censura previo que prevé el artículo 20.2 CE no se adapta al filtrado y posterior bloqueo o retirada de contenidos en Internet puesto que estas acciones se producen una vez la publicación se ha realizado y no proceden de órganos estatales pero lo cierto es que, como la doctrina ha señalado, sí atentan contra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información en Red[30] y pueden desembocar en un efecto disuasión o *chilling effect*[31].

Precisamente, el TJUE ha rechazado el establecimiento de sistemas genéricos de filtrados por resultar contrarios al reconocimiento de la libertad de expresión. Así, algunos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo han puesto en entredicho la eficacia del sistema de filtrado para diferenciar entre contenidos

30 TERUEL LOZANO, G. M., «La libertad de expresión y censura en Internet», *Estudios de Deusto,* 62/2, 2014, p. 63.

31 Por este motivo, Josu de Miguel reivindica una adaptación redefinición del concepto constitucional de censura previa prevista en el art. 20.2 CE para su adaptación a los nuevos riesgos del avance tecnológico (DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo», cit., p. 160).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lícitos e ilícitos en relación con los derechos de autor y la consiguiente vulneración de la libertad de información. Se trata de la saga de sentencias SABAM que han declarado contraria al artículo 11.1 de la CDFUE la aplicación concreta de un sistema de filtrado realizado en Bélgica mediante orden judicial para salvaguardar derechos de propiedad intelectual[32]. El TJUE ha subrayado la necesidad de armonización de los distintos derechos fundamentales protegidos por la Carta y habla de un justo equilibrio, exigido por el artículo 52 de la Carta, que permite que, por una parte, se adopten medidas de bloqueo sin que las mismas puedan, por otra parte, llegar a ser privativas del derecho a acceder a información lícita por parte de los usuarios de Internet[33].

Esta posición no descarta de manera absoluta la posibilidad de utilizar sistemas de filtrado de contenidos pero sí obliga a que se trate del bloqueo de contenidos precisos y en base a parámetros claros, predeterminados y objetivamente justificables que rijan cualesquiera medidas para restringir el contenido de terceros que vaya más allá de los requisitos legales[34]. Lo que nos lleva a la condición clave: la necesidad de transparencia en los procesos de evaluación y selección de las noticias que se difunden. Los intermediarios están obligados a facilitar información sobre el funcionamiento de sus algoritmos porque, en última instancia, están afectando al derecho de acceso a la información y debemos tener acceso a la fiscalización de ese poder.

De hecho, la importancia y aumento del número de decisiones que se toman aplicando algoritmos ha llevado a que el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos restrinja las decisiones individuales automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, que afecten significativamente a los usuarios (artículo 22 REPD) y crea un «derecho a la explicación» que asegura que el ciudadano pueda reclamar una explicación sobre cualquier decisión automatizada que le afecte.

Esta necesidad de conocer cómo funciona el algoritmo es trasladable al ámbito de la comunicación porque como principio básico la transparencia es una regla imprescindible para confiar en la información y el periodista, el elemento más importante para elaboración de una ciencia de la verificación[35].

Como hemos visto anteriormente, hay que ser conscientes de que un algoritmo, por definición, nunca va a ser capaz de distinguir lo verdadero de lo falso y que no es posible diseñar un «algoritmo de la verdad» aunque puede resultar un instrumento útil si ayuda, por ejemplo, a valorar la calidad de las páginas web de las que surge la noticia en función de la veracidad de los datos

32 SSTJUE C-70/10, *Scarlet c. SABAM,* de 24 de noviembre de 2011 y C-360/10, *Netlog c. SABAM*, de 16 de febrero de 2012.

33 STJUE C-314/12, caso Telekabel, de 27 de marzo de 2014.

34 En este sentido se pronuncia el apartado 4.a) de la *Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda*.

35 KOVACH, B. y ROSENSTIEL, T., *Los elementos del periodismo*, Eds. El País, Madrid, 2012, p. 113.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que contiene, destacando aquellos datos de las noticias que el usuario ha de contrastar para formarse una opinión o señalando las noticias falsas y contextualizándolas.

Pero esta intermediación de la inteligencia artificial no será suficiente. El algoritmo puede ser un instrumento que debe complementarse, como mínimo, con un equipo humano de verificación. El *fact-checking* automático y automatizado no puede sustituir a las personas puesto que estas son mejores que la informática para analizar mensajes cargados de contextos, juicios o afirmaciones vagas. Pero la informática tiene la ventaja competitiva de peinar la red, evaluando afirmaciones sencillas. En otras palabras, la informática puede separar lo blanco de lo negro dejando que las personas se centren en los matices del gris. Por eso entendemos que la combinación de fórmulas algorítmicas y equipos humanos de verificación constituyen un montaje adecuado para el cribado de noticias falsas.

De ahí que el avance en las técnicas de verificación que están comenzando a implementarse tanto en medios de comunicación como en las redes sociales deban ajustarse, como mínimo, a los estándares internacionales consensuados en esta materia, enumerados en el Código Internacional de Principios de Verificación de Datos[36], y que insisten en el mandato de transparencia. Las fórmulas internacionales exigen *apartidismo e igualdad en la aplicación de técnicas de fact-checking* que implica que se evalúan las reclamaciones bajo el mismo criterio sin centrar los procesos de evaluación en una versión de los hechos; *transparencia en las fuentes* para que los usuarios sean capaces de verificar, a su vez, los resultados obtenidos; *transparencia en los recursos y en quién promueve la iniciativa* mediante la publicidad de los fondos recibidos para realizar el trabajo y la trayectoria profesional del personal de verificación; *transparencia en la metodología* a través de la exposición clara del procedimiento que se emplea para seleccionar, investigar, escribir, editar, publicar y corregir las noticias y *honestidad en la publicación de correcciones* para que los lectores visualicen las versiones corregidas.

Esta actividad de verificación, por otra parte, no debería finalizar con la eliminación de contenidos sino que lo oportuno sería que los equipos externos o automatizados de *fact-checking* señalasen las noticias conflictivas. De forma que los usuarios verán una marca y un enlace a la explicación de los verificadores y serán ellos quienes se formen una opinión propia acerca de la noticia. Esto apunta a la necesidad de la alfabetización mediática, esto es, que los usuarios sean capaces de analizar críticamente la información digital o que se pongan nuevas herramientas a su alcance para evaluar las fuentes y la veracidad de las noticias que consumen *online*, por ejemplo, mediante la trazabilidad de las mismas o manuales de verificación que ayuden a la detección de noticias falsas[37].

36 http://www.poynter.org/fact-checkers-code-of-principles/

37 Como el manual de verificación elaborado por periodistas expertos de la BBC, Storyful, ABC, Digital First Media y otros especialistas en verificación que contiene versiones adaptadas a distintos contextos informativos. Acceso a los diferentes manuales en http://verificationhandbook.com/

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

VI. CONCLUSIONES

Durante los últimos dos años ha aumentado la preocupación por una tendencia cada vez más extendida entre el público de desconfiar de las fuentes de información tradicionales, como periódicos o cadenas de radio y televisión, y en su lugar acudir a Internet y consumir la información que llega a través de las redes sociales a pesar de que el origen de las historias no suele estar claro y no es fácil averiguar si los datos son veraces y están contrastados.

El temor a que esta situación lleve al público a consumir propaganda y noticias falsas ha alcanzado su punto álgido tras los resultados de la elección presidencial estadounidense en 2016 puesto que se sugiere que las noticias falsas que circularon en los meses previos fueron determinantes en su desenlace. El creciente fenómeno de las noticias falsas se convierte, de hecho, en una amenaza para la democracia en la medida en que ataca el propio derecho a la libertad de información, el pluralismo y la libertad de los ciudadanos de formarse libremente sus propias opiniones y, en última instancia, socava la confianza en los medios de comunicación en general.

Las noticias falsas son informaciones deliberadamente incorrectas o inciertas y su aparición no es ninguna novedad porque siempre ha habido ejemplos de mal periodismo y manipulación. Lo novedoso es que esas noticias falsas, una vez creadas por fuentes maliciosas, se difunden viralmente a través de las redes sociales y los usuarios las consumen en la creencia de que son fidedignas a pesar de que no se las ha sometido a ningún control de calidad pero han sido compartidas por aquellas personas de su círculo de confianza. De ahí que, en la búsqueda de soluciones para atajar el problema, se ha reclamado la colaboración de las empresas de distribución de contenidos y del mismo modo que ya han aceptado que tienen una responsabilidad social para combatir la piratería *online* y la difusión de contenido ilegal, se considera necesario que ayuden a redirigir la difusión de las noticias falsas en las redes sociales. En esta línea, las grandes tecnológicas han comenzado a implementar sistemas de filtrado de los contenidos que difunden para su verificación.

Pero estos métodos de control de contenidos por parte de empresas privadas plantean preguntas vitales para la democracia. En primer lugar, la dificultad de determinar con carácter general una definición de noticia falsa puesto que es necesario distinguirla de otras manifestaciones legítimas de la libertad de expresión como pueden ser las bromas o las opiniones partidistas. En segundo término, la posibilidad de que un poder privado limite y pueda afectar de forma determinante y tan generalizada al derecho a la información y a la libertad de expresión. En último lugar, la falta de transparencia que suele acompañar a las fórmulas algorítmicas que las redes sociales aplican para seleccionar —o, en este caso, vetar— las noticias que se difunden.

Entendemos que el reto que plantean las noticias falsas exige un cambio de paradigma no solo en relación con los instrumentos que se habiliten contra ellas sino también en los sujetos implicados en la batalla.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por lo que se refiere a los instrumentos, la solución ha de venir de la tarea de *verificación*. En las sociedades democráticas y libres tiene que estar garantizado el libre flujo de tanta información como sea posible y las restricciones han de reducirse al mínimo lo que sugiere que se evite la sobrerregulación de la Red y muy especialmente, el establecimiento de sanciones penales para combatir las noticias falsas. La verificación, por su parte, ha sido desde siempre el elemento clave en la tarea periodística y puede contribuir a la selección de la información confiable siempre que se conozca el criterio que se aplica y el usuario tenga el control final sobre los contenidos que desea consumir. Esto significa que la colaboración prestada por las empresas tecnológicas en la búsqueda de la verdad informativa puede ser positiva en los términos que se plantean actualmente (diseños tecnológicos, verificación humana y colaboración de los usuarios) siempre que estén presididas por la obligación de transparencia de modo que la sociedad sea consciente de qué fórmula o criterios son los que controlan el flujo informativo al que se nos permite acceder o se prioriza en nuestras redes sociales. Pero, además, el control de contenidos debe finalizar con un etiquetado que sirva de aviso al usuario sobre la baja o nula calidad de la noticia dejando a aquel la libertad de decidir por sí mismo.

En relación con los sujetos, se viene reclamando con acierto la implicación del Estado, los medios de comunicación, las empresas tecnológicas y la sociedad civil. En esta línea destaca la iniciativa de la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información que ha presentado un decálogo[38] que pretende servir de base para consensuar estrategias comunes que combatan la proliferación de las noticias falsas y sus efectos en el periodismo y la sociedad. Estas fórmulas llaman a todos los actores de la cadena informativa a combatir y no fomentar la difusión de noticias falsas para lo que debe alcanzarse una definición consensuada sobre qué debe considerarse bulo o noticia falsa y qué no. En este compromiso coral a los *medios* les incumbe el deber de informar de la procedencia de los contenidos que elaboran o de los que se hagan eco así como facilitar la trazabilidad de sus informaciones y contenidos. Desde los *poderes públicos* deberán promoverse campañas de alfabetización mediática y digital que aumenten la capacidad del público para detectar las noticias falsas así como facilitar herramientas que les permita verificar la fiabilidad de su contenido, cabecera o web. Y, finalmente, las *empresas de distribución* de contenidos deben ser consideradas como empresas informativas en atención al volumen que representan las noticias en su flujo de actividad por lo que han de desarrollar mecanismos que castiguen los bulos, entre otros, con herramientas que permitan filtrarlos del flujo de contenidos compartidos.

38 Plataforma en Defensa de la Libertad de Información, *Contra la posverdad: 10 fórmulas para hacer frente a las noticias falsas*, 21 de febrero de 2017, http://libertadinformacion.cc/contra-la-posverdad-10-formulas para-hacer-frente-a-las-noticias-falsas/

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *Fake news and freedom of expression and information. The control of information contents on the network.*

ABSTRACT: *The results of the presidential election in the United States or the vote in the United Kingdom to leave the European Union (Brexit) have raised questions about the influence of the fake news originated in web pages created to the effect and quickly disseminated through the social media. As people turn to social networks as a primary news source, the Member States' governments and the EU have requested the collaboration of technology companies to filter out these harmful contents that are threatening to cause misinformation of citizens. In our analysis we reflect on the problems arising from the control of Internet content and, more specifically, what should the legitimate response to disinformation be, what the risks are derived from the imposition of filtering and labelling of information, the possibility of creating a system of private censorship that jeopardizes the pluralism of the network, or the danger of arbitrariness in the construction of the filtering algorithm and its effectiveness in the exercise of freedom of expression in various contexts (such as irony or humour), among other issues.*

RESUMEN: *Los resultados de la elección presidencial en Estados Unidos o el voto en Reino Unido para abandonar la Unión Europea (Brexit) han suscitado preguntas sobre la influencia de las noticias falsas originadas en páginas web creadas al efecto y difundidas rápidamente a través de las redes sociales. En la medida en que la gente utiliza las redes sociales como fuente principal de información, desde los gobiernos de los Estados miembros y la propia UE se ha solicitado la colaboración de las empresas tecnológicas para filtrar estos contenidos dañinos que amenazan con la desinformación generalizada de la ciudadanía. En el análisis reflexionamos acerca de los problemas derivados del control de los contenidos de Internet y, más concretamente, cuál debe ser la respuesta legítima a la desinformación, cuáles son los riesgos que se pueden derivar de la imposición de filtrado y etiquetado de la información, la posibilidad de encontrarnos ante un sistema de censura privada que ponga en riesgo el pluralismo de la red, o el peligro de arbitrariedad en la construcción del algoritmo de filtrado o su eficacia ante ejercicio de la libertad de expresión en diversos contextos (como la ironía o el humor), entre otras cuestiones.*

KEY WORDS: *fake news, freedom of expression and information, social networks, censorship, post-truth, mass media, misinformation.*

PALABRAS CLAVE: *noticias falsas, libertad de expresión e información, redes sociales, censura, posverdad, medios de comunicación, desinformación.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *14.07.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿QUÉ HACER CON EL CONTROL SOBRE LAS CUENTAS PÚBLICAS?

JUAN FERNANDO DURÁN ALBA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO

I. Introducción II. ¿Es posible articular debidamente la posición institucional de las instituciones fiscalizadoras? III. La difícil articulación de los controles técnicos y políticos. IV. La articulación territorial.

I. INTRODUCCIÓN

Realizar un diagnóstico sobre el estado de nuestro modelo de control externo de las cuentas públicas es una tarea que sobrepasa, con mucho, los límites de un trabajo como el que ahora se introduce. Además, incluso seleccionando muy precisamente los elementos que pueden ser objeto de examen, éste se encuentra ineludiblemente limitado por la aproximación escogida y la metodología seguida. El lector encontrará a lo largo de las siguientes páginas algunas reflexiones que tienen que ver, sustancialmente, con aspectos institucionales del control externo de las cuentas públicas. En su dimensión horizontal se tratan las difíciles relaciones entre la fiscalización técnica y el control político, los efectos que para la posición institucional de los órganos fiscalizadores ha tenido la «parlamentarización» del sistema y el aparente traslado al mismo de la lógica del Estado de partidos. En su dimensión vertical, serán objeto de algunas consideraciones determinados problemas que tienen que ver con un complejo sistema de control ampliamente descentralizado.

Algunos extremos transmitidos por los medios de comunicación parecen no dar pie, precisamente, al optimismo. Quizá, una de las noticias más traumáticas ha sido la desaparición de un órgano de control externo autonómico con las excusa de los duros ajustes presupuestarios acometidos para hacer frente la profunda crisis económica de los últimos años. En un contexto, no sólo de extraordinarias restricciones presupuestarias, sino de extrema atención hacia la gestión de los caudales

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 319-336

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

públicos, no parece la mejor de las ideas que una de las víctimas de los recortes sea el encargado de fiscalizar el sector público. Se traslada así, seguramente de forma inconsciente, un perverso mensaje al ciudadano: la existencia de por lo menos parte del aparato institucional autonómico, con independencia de las relevantes funciones que asuma, es perfectamente contingente, incluso caprichosa.

Quienes están llamados a preservar la rectitud del modelo, comportándose con lealtad institucional, no siempre actúan desplegando la mejor pedagogía en sus maneras cotidianas. Hace tiempo, algunos responsables políticos, al ser interrogados por el retraso en la renovación, entre otros, de los órganos de control externo, con manifiesta ausencia del rubor, consideraban que la sintonía política, la falta de presión social y los intereses electorales justifican el incumplimiento de las normas sobre renovación, con retraso de varios años inclusive, sin que la situación sea parangonable a lo sucedido con el Tribunal Constitucional[1].

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se mantiene constante, dado el objeto de los asuntos llegados al alto tribunal, en su esfuerzo por determinar las competencias que le corresponden al Tribunal de Cuentas en relación con la existencia de órganos de control externo autonómicos (OCEX)[2]. A pesar de ello, se advierten ciertas imprecisiones que dan lugar a algún interrogante. Uno de ellos es el sentido que ha de darse a la aparente dicotomía que existe en asegurar la supremacía fiscalizadora del órgano nacional para declarar, a continuación, que «el ámbito principal y preferente del ejercicio de su función fiscalizadora es la actividad financiera del Estado y del sector público estatal»[3]. Ello inmediatamente conduce a preguntarse si lo que parece una llamada a la autocontención es controlable en el caso de no apreciarse.

O, en materia de enjuiciamiento contable, a la hora de resolver en favor del Tribunal de Cuentas el ejercicio exclusivo de la función de enjuiciamiento contable el Tribunal Constitucional parece haber dejado, más bien deslizado, un resquicio para la intervención de los órganos autonómicos en este particular (además de la eventual participación de éstos en la fase instructora de este tipo de procedimientos, por delegación del Tribunal de Cuentas). Así, cuando niega la competencia del órgano autonómico en la materia, el Tribunal Constitucional señala que la norma autonómica carece de cobertura constitucional y estatutaria en la materia (STC 187/1988, de 17 de octubre, FFJJ 3 y 5); la pregunta que surge evidentemente es: ¿cabe interpretar, *a contrario*, que si el correspondiente

1 «"Incumplir los plazos no es bueno, pero no hay presión social, hay buen ambiente en los consejos, las personas que están al frente de estas instituciones son técnicamente buenas y los dictámenes salen adelante sin problemas", explica el secretario de Organización del PSOE de Castilla y León, P.J. Muñoz. Vamos, que no es la situación del Constitucional. "Nada tiene que ver con ese embolado", precisa un cargo del PP» («Las listas del 2011 tienen paralizada la renovación de los consejos institucionales», *El Norte de Castilla*, 6 de junio de 2010).

2 Biglino Campos, P.; «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional», *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera* (coords. T. Freixes Sanjuán y J. C. Gavara de Cara), CEPC, Madrid, 2018, p. 155.

3 STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 34 (y resoluciones anteriores allí recogidas).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estatuto de Autonomía atribuyera funciones de enjuiciamiento al órgano autonómico sería constitucionalmente admisible? No me parece que pueda llegarse a esa conclusión pues el Tribunal Constitucional ha dejado expresamente señalado el carácter exclusivo y único del orden jurisdiccional en materia de enjuiciamiento contable, con la excepción, reiteradamente apuntada, 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[4].

II. ¿ES POSIBLE ARTICULAR DEBIDAMENTE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LAS INSTITUCIONES FISCALIZADORAS?

Resulta sumamente discutible trazar un paradigma común para todos los órganos de control externo existentes en nuestro país; no en términos absolutos pues, ya desde el punto de vista de su reconocimiento, el abanico de posibilidades transita desde la Constitución, los Estatutos de Autonomía y el mero reconocimiento legal en algunas CCAA, aunque este último plenamente convalidado por el Tribunal Constitucional al encontrar encaje en las potestades de autoorganización de aquéllas[5]. En este marco aparentemente heterogéneo sí es posible encontrar trazas comunes lo suficientemente relevantes como para advertir que un buen número de las disfuncionalidades de nuestro modelo de control externo de las cuentas públicas puede traer su causa de la indefinición de dos extremos: la dependencia parlamentaria de los órganos de control externo y las relaciones de supremacía y autonomía entre el órgano nacional y los autonómicos.

A) *Despolitizar la dependencia parlamentaria*

No parece que quebrar definitivamente la dependencia interorgánica, en abstracto, para vincular a los órganos de control con el Ejecutivo pudiera ser una solución viable si se quiere afrontar la cuestión en términos de control externo[6]. En términos históricos, el control político-parlamentario de las cuentas supone una superación de la desidia de la Cámara por, una vez consentidos los ingresos

4 Durán Alba, J. F.; «Las instituciones de autogobierno y otros órganos autonómicos ante el proceso de reforma estatutaria», *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2003, p. 373.

5 STC 204/1992, de 26 de noviembre, FFJJ 3, 4 y 5. Qué duda cabe de que la ausencia de cobertura estatutaria simplifica enormemente las tentaciones de «liposucción» del aparato institucional autonómico que únicamente tiene que acudir al legislador en lugar de afrontar una penosa reforma estatutaria (así ha sucedido con la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha, suprimida por la Ley de dicha Comunidad 1/2014, de 24 de abril).

6 Biglino Campos, P.; «Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas», *Revista de las Cortes Generales*, nº 37, 1996, p. 35.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Monarca, conocer cuál había sido su destino; y en este sentido, no deja de ser un hito que se lograra sustraer del control ejecutivo al órgano encargado de someter a escrutinio las cuentas públicas y que desempeñara esa actividad por cuenta de la Cámara[7]. Lo que quizá no se haya entendido en sus justos términos es que la relación entre la Cámara y el órgano de fiscalización no convierte a éste en un órgano parlamentario o en un mero agente de aquélla sino que en puridad busca asegurar su posición frente al resto del entramado institucional que, además, está llamado a ser fiscalizado[8].

En el caso del Estado, la relación entre las Cortes Generales y el Tribunal de Cuentas presenta algunas fisuras. Así, la relación de dependencia entre ambos órganos abona el terreno para que la comparecencia parlamentaria en la que se presente y discuta el resultado de la fiscalización discurra por derroteros que se alejen de los criterios técnicos. Como se verá más adelante, en la base del riesgo se sitúa el hecho de que, aunque las relaciones interorgánicas debieran servir para colocar bajo la protección del «paraguas» parlamentario la actuación fiscalizadora, el Ejecutivo podría correr la tentación de apoyarse en la mayoría parlamentaria que lo sustenta para dificultar políticamente el ejercicio del control, tanto técnico (entorpeciéndolo desde la Cámara), como político. Desde luego no ayuda a mitigar esta situación el mecanismo de designación parlamentaria de los integrantes del órgano fiscalizador, que ha cristalizado en un sistema de cuotas al que se adhieren con entusiasmo periódico las fuerzas políticas sin distinción ideológica —siempre que cuenten con posibilidades de optar al reparto— y que ensombrece otras garantías de cualificación técnica o del estatus personal contenidas en la norma.

La situación es perceptiblemente más comprometida para los OCEX autonómicos desde el momento en que algunas leyes autonómicas buscan que la composición de la entidad fiscalizadora refleje la composición de la Cámara en términos de proporcionalidad[9]. No es mejor la situación desde el punto de vista de la autonomía territorial: las normas estatutarias, salvo excepciones muy puntuales, no proclaman la autonomía de órgano fiscalizador. En este sentido se mencionaba anteriormente la supresión de la Sindicatura de Cuentas de Castilla la Mancha; por traumática que pueda ser la medida, en otras ocasiones el legislador, con evidente desprecio hacia la posición de estos órganos ha intervenido

7 Estas cuestiones se encuentran más desarrolladas en: Durán Alba, J. F.; «Hacia un modelo de relaciones entre los órganos de control externo y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas desde la lógica parlamentaria», *Parlamento y control del gobierno* (coord. por Francesc Pau i Vall), Aranzadi, Pamplona, 1998, en particular pp. 401-404.

8 Biglino Campos, P.; «Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas», ob. cit., para el Tribunal de Cuentas (p. 38) y «La posición institucional de los órganos de control externo en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas* (dirs. P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba), Lex Nova, Valladolid, 2008, para los órganos autonómicos (p. 23).

9 Véanse, en este particular, las leyes reguladoras de los OCEX de Andalucía y Castilla y León (Biglino Campos, P.; «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional», ob. cit., p. 159).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para menoscabar la autonomía presupuestaria, reglamentaria y de gobierno que debería corresponderles[10]; desprecio al que no ha sido ajeno el Ejecutivo invadiendo ámbitos propios del legislativo como son las retribuciones de los integrantes de la Cámara y de los órganos dependientes de las mismas[11].

B) *Algunas amenazas hacia la autonomía en términos territoriales*

El ya celebérrimo informe CORA, que recoge las conclusiones de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, elaboradas en el seno del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en 2013 ha pretendido afectar de lleno al campo de la fiscalización de las cuentas públicas. En el apartado relativo a la Subcomisión de Duplicidades Administrativas enseguida se apunta a los órganos de fiscalización autonómicos, cuando se refleja que «en el caso de los OCEX, se da la paradoja de que el Tribunal de Cuentas del Estado puede también fiscalizar a la administración autonómica, incluso siguiendo mandatos del poder legislativo, lo que propicia la aparición de ineficiencias en la gestión de los medios públicos y una mala calidad de los resultados», todo ello sin acompañar el pliego acusatorio de prueba de cargo alguna que lo confirme[12]. A continuación, apelando a la satisfacción del interés público pero sin rastro de salvaguarda del principio de autonomía constitucionalmente consagrado se afirma que «[e]n los tres ámbitos, existen CC.AA. que carecen del organismo en cuestión, sin que, como se indica a continuación, se vea mermada la satisfacción del interés público»[13].

10 Así, p. ej. la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento y las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León. En ella, y con el argumento de la crisis económica, se suprime la secretaría general de la institución, que se refunde con la de otras instituciones autonómicas, con lo que se hace un flaco favor a la autonomía de gobierno del Consejo. Además, el número de consejeros se reduce de cinco a tres, se acorta el mandato que les corresponde (que pasa de seis a cuatro años, con lo que se facilita que coincida la mayoría parlamentaria que los ha designado) y se prevé que no se dediquen a la institución con carácter exclusivo, sino de manera parcial.

11 En esta misma CA, el Decreto-Ley 1/2012, de 16 de agosto, por el que se establecen medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria establece con absoluto menoscabo hacia las atribuciones parlamentarias (consentido dócilmente, por cierto, en el trámite de convalidación) en su artículo 4, relativo a la paga extraordinaria del mes de diciembre o equivalente de 2012: «Igual reducción experimentarán las retribuciones de los vicepresidentes y secretarios de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, los portavoces y demás cargos directivos de los grupos parlamentarios y los consejeros de los Consejos de Cuentas y Consultivo, sin que en ningún caso sus retribuciones puedan superar a las que resulten, tras la reducción, para los vicepresidentes y consejeros de la Junta de Castilla y León».

12 Un poco más adelante se vierten acusaciones aún más duras, tras deslizar que no se cuestiona la competencia de las CCAA para crear estos órganos: «La existencia de numerosos OCEX ha dado lugar a *ineficiencias como el bajo rendimiento de los recursos destinados a los mismos*, la *heterogeneidad* en las estructuras, composición y resultados de sus funciones, así como la *duplicidad en la rendición de cuentas* de las Entidades Locales al Tribunal de Cuentas y al órgano autonómico» (las cursivas pertenecen a este trabajo).

13 *Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas: Reforma de las Administraciones Públicas*, Ministerios de Presidencia y de Hacienda, Madrid, 2013, p. 100.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Con la finalidad de evitar duplicidades, se llegaba a plantear que las funciones de fiscalización realizadas por las instituciones de las CCAA fueran asumidas por el Tribunal de Cuentas a través de las correspondientes Secciones Territoriales que habrían de crearse[14]. La propuesta suscitó la reacción de la Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público (EURORAI) que, en una declaración específica sobre el asunto, subrayaba «la importancia de un control externo del sector público fuerte y eficaz, ejercido *in situ* por entidades regionales, públicas e independientes»[15], sobre todo en tiempos de recesión económica general y de recortes presupuestarios.

III. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN DE LOS CONTROLES TÉCNICOS Y POLÍTICOS

A pesar de la más perceptible —e intensa— vinculación de los órganos fiscalizadores de las cuentas con la cláusula Estado de Derecho, por cuanto su función parece indefectiblemente asociada a la verificación de que la ejecución del gasto en el sector público se realiza con sometimiento a la legalidad, dicha perspectiva es manifiestamente insuficiente para comprender en sus justos términos la posición institucional de este tipo de órganos. Para una más adecuada intelección del modelo es preciso distanciarse de un examen aislado del órgano y su marco funcional para combinarlo con las relaciones que se establecen entre éste y el destinatario último de sus informes. En este contexto, la construcción constitucional y estatutaria —o legal, allí donde no se ha considerado necesario elevar el rango de la norma que prevé la existencia del OCEX— aboca a que el destino lógico y natural de los informes de fiscalización sean las Cámaras parlamentarias. Desde el momento en que, no ya sólo los ingresos sino también el gasto público está «consentido» por la Asamblea, a ésta cumple pedir cuenta del empleo de los fondos públicos[16]. Es aquí, pues, donde las instituciones fiscalizadoras cumplen una función de primer orden, posibilitando el posterior

14 «se propone que sea el Tribunal de Cuentas el órgano de fiscalización de la Administración autonómica, al objeto de racionalizar, optimizando los recursos existentes, el sistema de control externo de las CC.AA., para lo que se crearían 12 Secciones Territoriales (correspondientes a las CC.AA que cuentan en la actualidad con OCEX, menos Madrid, por ser ésta la ciudad sede del Tribunal de Cuentas)». «Esta medida permitiría a las CC.AA. que cuenten con dichos OCEX poder prescindir de los mismos, y ahorrar el presupuesto anual dedicado a su sostenimiento».

15 EURORAI, en su calidad de asociación de órganos públicos de control externo, cuenta con más de 80 miembros procedentes de 16 países europeos. El texto de la declaración, aprobada en el VIII Congreso y Asamblea General de la asociación, celebrados en Halle (Alemania), del 17 al 18 de octubre de 2013, aparece en http://www.eurorai.org/eurorai/eurorai_es.nsf/titulares/declaracion_eurorai/$file/Declaraci%C3%B3n%20de%20EURORAI2.pdf (último acceso: 07/03/2018).

16 En palabras del propio GLADSTONE: «es indiscutiblemente asunto de la Cámara de los Comunes ser responsable del acometimiento de todo gasto público, y es también su deber seguir el empleo de los caudales levantados por la vía de los impuestos y pedir cuentas de ellos… hasta el último céntimo» (la cita se ha

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

control parlamentario —político— mediante la previa fiscalización —técnica— de las cuentas públicas.

En un sistema parlamentario fuertemente penetrado por la lógica del Estado de partidos, sin embargo, la vieja relación dialéctica entre el poder ejecutivo y el poder legislativo ha sido sustituida por la querella política entre mayoría y minoría parlamentaria. Y la querella política va a alcanzar de lleno al órgano técnico en una realidad política en la que, sus actores, no siempre se comportan con lealtad y responsabilidad institucional. El fiscalizado mirará con sempiterna desconfianza al fiscalizador, ya que el resultado del escrutinio de las cuentas puede llevar aparejadas consecuencias, no sólo en términos políticos para los responsables de los órganos examinados, sino de naturaleza bien distinta para quien maneja fondos públicos, pues del desconocimiento del Derecho cabe deducir, en su caso, responsabilidad contable (ventilada ante el Tribunal de Cuentas, único en este orden, y en cuyos procesos de enjuiciamiento los OCEX autonómicos únicamente pueden llevar a cabo la instrucción previa delegación del órgano nacional) sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal.

En la intención de conjurar estos posibles riesgos posiblemente se encuentre la tendencia seguida por los controlados de sujetar —y aún controlar— a los controladores[17]. A pesar de ello, no deja de sorprender la abierta hostilidad con la que se acogen en ocasiones los informes de fiscalización, aun cuando las observaciones que se contengan en los mismos no impliquen reconocer prácticas *contra legem*, sino críticas de carácter operativo[18]. La hostilidad no es ni mucho menos inocua, pues en no pocas ocasiones se traduce en la deslegitimación pública de la función fiscalizadora por parte de responsables políticos[19].

No hace falta desplegar una imaginación desbordante para presumir lo que puede suceder si, quien recibe con desagrado la fiscalización, se apoya en la mayoría parlamentaria para censurar al controlador. Entonces, el procedimiento parlamentario de examen de los informes y memorias, según viene conformado por los Reglamentos y normas supletorias de las Cámaras, se convierte en lugar propicio

tomado por Todd, A.; *El gobierno parlamentario en Inglaterra*, La España Moderna-Biblioteca de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, año XII, c. 1914, p. 304, t. II).

17 Biglino Campos, P.; «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional», ob. cit., p. 151.

18 Para una referencia más exhaustiva sobre el destino parlamentario de los informes de fiscalización: Durán Alba, J. F.; «Vae Victis! La tramitación parlamentaria de los informes de los órganos de control externo de las cuentas públicas», *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, nº 20, 2008, págs. 67-89.

19 Como muestra puede leerse el siguiente titular «El Ejecutivo tilda el informe de «parcial» porque no incluye sus alegaciones»; (*El Norte de Castilla*, 5 de agosto de 2006); el titular presenta una noticia en la que se recogen afirmaciones sorprendentes: «la Junta de Castilla y León rechazó ayer, a través de un comunicado, el contenido del Informe de Fiscalización del Consejo de Cuentas, que tildó de «muy parcial e incompleto» y donde hay «conceptos que no se utilizan como debe ser». Al hilo de esto, […], indicó que «faltan unos documentos preceptivos de acuerdo con la ley, como las alegaciones formuladas por la Junta y la resolución de esas alegaciones». En este sentido, manifestó que «es el Consejo el que debe explicar si tales alegaciones son aceptadas o no» […]».

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para invertir los términos de la relación de control y que quien resulte fiscalizado sea el órgano de control externo (principalmente su Presidente en condición de compareciente en la Cámara). Posiblemente uno de los ejemplos más señalado lo constituya la Resolución del Parlamento de Canarias, de 22 de abril de 1997, cuando se acuerda: «Encarecer a la Audiencia de Cuentas a que en sus informes como organismo de control externo, según definición de su ley de creación, aplique criterios técnicos rigurosos y muestre un exquisito respeto a las competencias de los diferentes órganos institucionales»[20].

Por supuesto, la crítica formulada únicamente es posible cuando el órgano técnico actúe con un sometimiento escrupuloso al rigor técnico huyendo de la arbitrariedad, tanto en la determinación de los sujetos objeto de fiscalización —en el caso de los informes específicos— como en contenido de los informes y observaciones realizadas[21]. En este sentido, resulta esencial no menoscabar la legitimidad de ejercicio como elemento esencial para configurar la naturaleza de estos órganos: un órgano de control externo será un órgano esencialmente técnico, con independencia del procedimiento de designación de sus miembros, si ajusta su actuación a criterios técnicos, objetivos y no de discrecionalidad o de oportunidad. Si bien la norma jurídica ofrece un elevado margen de certeza como elemento de contraste para determinar la adecuación a la misma de determinadas conductas, puede no suceder lo mismo (o no por lo menos con igual intensidad) cuanto se tratan de fiscalizar el cumplimiento de criterios de gestión operativa (la eficacia, eficiencia y economía).

Ciertamente, el control externo de las cuentas públicas no es sólo control de legalidad[22] y en las sociedades contemporáneas el control operativo adquiere paulatinamente una mayor importancia junto con criterios de buena gestión y transparencia. Considero que sin un cambio de perspectiva en la percepción que del fiscalizado debe tener del fiscalizador, esto es, como un «cooperador necesario» en la consecución de las «buenas prácticas» económicas previamente consensuadas

20 Resolución, de 22 de abril de 1997, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación de la Resolución adoptada sobre el Informe de la Audiencia de Cuentas de Canarias de Fiscalización de la Cuenta General de la Administración de la Comunidad Autónoma Canaria, correspondiente al ejercicio 1993, y el Informe de Fiscalización de las Sociedades Mercantiles pertenecientes a las Administración de la CA de Canarias, ejercicio 1993, en el *Boletín Oficial de Canarias*, de 16 de mayo de 1997.

21 El riesgo de extralimitación funcional, incluyendo valoraciones en los informes no estrictamente técnicas o sustituyendo a la Administración en la elección de sus prioridades de actuación ha sido advertido por Vallès, F.; «La garantía constitucional del ejercicio independiente del control externo del gasto público», *Auditoría Pública*, nº 28, enero 2003, p. 78-79.

22 Algunas propuestas abogan, incluso, por destinar el Tribunal de Cuentas a la auditoría operativa y dejar el control de legalidad radicado esencialmente en el control interno: Ballart, X.; «¿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: 08/03/2018). Con menor carga drástica, pero a favor de incrementar las auditorías operativas en detrimento de los controles de regularidad formal, Martínez Martí, G. y Muñoz San Román, E.; «Doce propuestas de mejora y una desiderata desesperada sobre la eficacia y eficiencia de los Órganos de Control Externo (OCEX)», *Auditoría Pública*, nº 69, 2017, p. 60.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es sumamente difícil conseguir la «conciencia pública de control» a que se refiere la Declaración de Pamplona de 2006, adoptada por la Conferencia de Presidentes de los OCEX[23].

IV. ARTICULACIÓN TERRITORIAL

A) *¿El fin de la interpretación conforme sobre la articulación funcional? (la STC 89/2012, de 7 de mayo)*

Para articular debidamente la fiscalización externa de las cuentas públicas en un Estado territorialmente complejo resulta imprescindible no perder de vista, a modo de guía, la perspectiva de que la cuestión se sitúa en términos de concurrencia funcional sobre ámbitos territoriales que gozan de autonomía constitucionalmente reconocida *ex* artículo 137 CE[24]. Concurrencia que, en el caso del sector público autonómico, trae su causa de que la propia Constitución, en su artículo 153, letra d), reserva —y preserva, aunque no en régimen de exclusividad— el control «económico y presupuestario» de las CCAA al Tribunal de Cuentas. Concurrencia, en fin, que, aunque pueda resultar ocioso recordarlo, no sólo se predica de los entes territoriales que cuentan con órganos de control externo (Estado y CCAA), pues en el caso de los entes locales, cuya autonomía tiene un carácter bifronte respecto de ambos (tempranamente afirmado por el Tribunal Constitucional en la STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4), el sector público local es objeto de la fiscalización estatal y autonómica.

Como ha quedado puesto de manifiesto, la intervención del Tribunal Constitucional en esta materia, en su mayor parte, se ha dirigido a determinar la posición funcional del Tribunal de Cuentas más que a detenerse en precisar cuáles son las relaciones constitucionales entre éste y los OCEX[25]. Muy desde el comienzo se ha evitado que se desplazara al órgano estatal a través de una lectura *ad pedem liteae*

23 Aborda exhaustivamente el contenido de la misma Jiménez Rius, P.; «La Declaración de Pamplona: una nueva etapa en el control externo de los fondos públicos en España», *Auditoría Pública*, nº 41, 2007, pp. 31-42.

24 El contenido y alcance de esta concurrencia funcional, que impide el desplazamiento del órgano estatal una vez que la correspondiente comunidad autónoma se ha pertrechado institucionalmente en este ámbito, se ha analizado con mayor detenimiento en: Durán Alba, J.F.; «La doctrina de la «concurrencia funcional» en materia fiscalizadora y de la «exclusividad jurisdiccional» en materia de enjuiciamiento contable (comentario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el control externo de las cuentas públicas)», *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Rafael Calvo Ortega* (coords. I. Martín Dégano, G. Menéndez García y A. Vaquera García), Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 2451-2465 (t. II).

Por lo demás, la concurrencia funcional no acontece en todos los ámbitos institucionales, pues en otros supuestos, como el de la función consultiva, la creación del órgano autonómico sí provoca el desplazamiento funcional del Consejo de Estado (en los términos de la STC 204/1992, de 23 de diciembre).

25 Biglino Campos, P.; «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional», ob. cit., p. 155.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

—pero absurda— de los artículos 136 y 153 CE que, en términos funcionales, reservara para el Tribunal de Cuentas una fiscalización del sector público en términos económicos pero no financieros[26]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha negado a admitir que pudiera privarse de naturaleza financiera a dicho control, en lo que pretendía ser una artificiosa distinción —además de poco sutil, por cierto— entre control de la gestión económica de las CCAA (el estrictamente previsto en la Norma fundamental) y control financiero de la gestión (que, aparentemente introducido *ex novo* por la ley, no resultaría compatible con la Constitución a juicio del recurrente), pues dicha naturaleza financiera se deduce perfectamente del propio artículo 136 CE y de la ley orgánica que lo desarrolla[27]. El celo por preservar el propio ámbito competencial, también en materia de fiscalización de las cuentas públicas, ha conducido a impugnar ante el Tribunal Constitucional las normas que se limitaban a señalar la intervención del órgano de control externo conectado institucionalmente con el legislador concernido. Aunque sin exceso de despliegue argumental, el Tribunal venía considerando que las previsiones legales controvertidas en modo alguno podían interpretarse como limitativas a la intervención de los demás órganos de control, en su caso competentes. Así se resolvieron las impugnaciones siguientes: Artículo 23.3 de la Ley estatal 3/1993, de 22 de marzo, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación[28]; Artículos 5, letra b), y 9.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1984, de 5 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas[29]; Artículos 2, letra b), 20.1, letra b), 25.2 y

26 Los postulantes de la tesis entendían que el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico innovaba indebidamente el alcance de la fiscalización del sector público que constitucionalmente se reserva exclusivamente al escrutinio de la gestión económica (el precepto controvertido disponía que: «El Tribunal de Cuentas, *órgano supremo de control externo de la gestión económica y financiera del sector público*, establecerá Secciones Territoriales para el ejercicio de las funciones que le asigna su Ley Orgánica en el ámbito de cada Comunidad Autónoma»; la cursiva es pertenece a este trabajo).

27 O lo que es lo mismo, más bien, lo que se deduce del tenor de los preceptos constitucionales con respecto del Tribunal de Cuentas es que resulta: «función propia del mismo, la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 25). En su voto particular concurrente a la STC 190/2000, de 13 de julio, el Magistrado Rafael de Mendizábal Allende recoge con mayor amplitud el significado de esta doctrina al afirmar que: «la 'actividad económica' de las Administraciones públicas afecta por una centenaria tradición a toda la vida patrimonial de las mismas, *en cuanto implica la gestión de las Haciendas Públicas, incluyendo en consecuencia su aspecto presupuestario*. Así lo ponen de manifiesto muchas normas de nuestro ordenamiento, donde se han regulado o *se regulan bajo el mismo epígrafe y en un bloque conjunto las dos vertientes esenciales —ingresos y gastos— con el gozne entre ambos que significan los presupuestos*, como ocurría en la venerable Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, vigente durante dos tercios de siglo hasta 1977. Y así sucede también con el Título VII, bajo el epígrafe 'Economía y Hacienda', en la propia Constitución» (las cursivas son pertenecen a este trabajo).

28 El precepto de la ley (ya derogada) disponía: «En todo caso, las liquidaciones de los presupuestos de las Cámaras y del Consejo Superior referentes al Plan Cameral de Promoción de Exportaciones serán objeto de fiscalización por el Tribunal de Cuentas». El recurso de inconstitucionalidad fue resuelto por la STC 206/2001, de 22 de octubre, FJ 13.

29 En este caso, las disposiciones controvertidas de la ley catalana (igualmente ya derogada) preveían: que las corporaciones locales y sus organismos autónomos integraban a los efectos de la ley el sector público de Cataluña [artículo 5, letra b), de la ley] y la rendición de cuentas de las corporaciones locales radicadas en

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

28 y de la Ley del Parlamento de Galicia 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas[30]; Apartado 14 de la Orden del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de 16 de julio de 1992 sobre medidas de adaptación a la competencia internacional y diversificación de zonas con implantación de industria textil-confección[31]. Ha de indicarse que, en este caso, el Tribunal Constitucional resolvió el asunto mediante el expediente de vincular la atribución de la fiscalización controvertida con el carácter supremo del Tribunal de Cuentas, aunque deslizando que la supremacía no implica que sea el único órgano de control, lo que *a contrario* implica dejar a salvo la existencia de los órganos autonómicos[32]. *A fortiori* bien puede añadirse que es discutible que en una norma estatal se pudieran atribuir de forma expresa funciones a un órgano autonómico, más allá de incluir alguna reserva del tipo «sin perjuicio de las funciones que correspondan a los órganos autonómicos de fiscalización externa de las cuentas públicas»; Apartado 15 de la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 6 de febrero de 1997, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco del Plan de ahorro y eficiencia energética para el período 1997-1999 y se convocan las del ejercicio 1997[33].

Así pues, la tesis del Tribunal Constitucional parecía mantenerse constante, sintetizándose en que no existe lesión de la autonomía constitucionalmente garantizada a las CCAA derivada del hecho de que la ley estatal atribuya la fiscalización de un determinado ámbito de la actividad económica autonómica al

la comunidad catalana ante la Sindicatura de Cuentas (artículo 9.1). La impugnación quedó resuelta por la STC 187/1988, de 17 de octubre.

30 Respecto de los artículos 2, letra b, y 25.2, el problema era idéntico al suscitado en la ley catalana, mientras que los artículos 20.1, letra b) y 28 de la norma cuestionada se refieren al contenido del informe anual de fiscalización del órgano gallego, que alcanza al cumplimiento de las previsiones y de la ejecución de los presupuestos de los entes locales, y a las multas coercitivas por falta de colaboración y que pueden recaer sobre autoridades locales, respectivamente. El recurso de inconstitucionalidad fue resuelto por la STC 18/1991, de 31 de enero.

31 «*El beneficiario de la subvención* estará obligado a mostrar los documentos que se soliciten en el plazo que se le indique y facilitar las comprobaciones encaminadas a garantizar la correcta realización de la actuación subvencionada. Asimismo, *quedará sometido a las actividades de control financiero* que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado y a las *previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas*» (las cursivas son pertenecen a este trabajo).

32 STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 11,h). El argumento se desarrolla en el voto particular del Magistrado De Mendizábal Allende quien hace hincapié en que la norma del estado no excluye sino que añade instrumentos de fiscalización: «el art. 14 de la Orden Ministerial en entredicho no se inmiscuye en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña ni menoscaba las de su Sindicatura de Cuentas. La coexistencia de funciones neta y meramente fiscalizadoras en manos de aquélla y del Tribunal es, en lenguaje aritmético, una suma y no una resta».

33 «*El beneficiario de la subvención* estará obligado a presentar los documentos que se soliciten por la Secretaría de Estado de Energía y Recursos Minerales, en el plazo que se le indique, y a facilitar las comprobaciones encaminadas a garantizar la correcta realización de la actuación subvencionada. Asimismo, *quedará sometido a las actividades de control financiero* que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado y a las *previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas*» (las cursivas pertenecen a este trabajo). Resuelto en idénticos términos que el anterior asunto por la STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 8,k).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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; *contrario sensu*, por lo tanto, la lesión nacería desde el momento en que la norma estatal sí excluyera expresamente —o así pudiera entenderse— la fiscalización autonómica[34]. Desde la perspectiva inversa, la cuestión se ha planteado al atribuir las normas autonómicas la fiscalización de las corporaciones locales al correspondiente órgano de la Comunidad. La solución ha sido la misma, esta atribución no 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[35].

Nada cabe reprochar, a mi juicio, a la interpretación conforme que venía realizando el Máximo intérprete de la Constitución sin que, de lo expuesto, quepa inferir ni mucho menos que se habían traspasado los límites que, en la propia doctrina del Órgano de garantías constitucionales, impiden que se vaya más allá de la literalidad de la norma controvertida «conforme se pueda deducir 'de modo natural y no forzado' del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica» (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7). No obstante, con posterioridad y, hasta la fecha en único pronunciamiento, el Tribunal parece apartarse de la *ratio decidendi* anterior. Con ocasión de impugnarse, por parte del Gobierno catalán mediante conflicto positivo de competencias, la Resolución, de 13 de marzo de 2008, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (INAEM) por la que se convocan ayudas para el año 2008 dentro del programa de espacios escénicos de nueva generación, se reprochaba 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»[36]. Así las cosas, el Tribunal, con una economía argumental propia de épocas de ajustes presupuestarios se limita a acoger las razones del recurrente estimado que las previsiones de la resolución combatida, en orden a someterse a las actuaciones de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas obvian, «los órganos de control propios de que dispone la Comunidad Autónoma de Cataluña» [STC 89/2012, de 7 de mayo, FJ 9,e)]. En la resolución no se distingue, como se hiciera en las referidas SSTC 190/2000 y 98/2001, 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,

34 STC 206/2001, de 22 de octubre, FJ 13.

35 SSTC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 9 y 18/1991, de 31 de enero, FJ 3.

36 En concreto el apartado controvertido disponía como obligaciones del beneficiario: «*Someterse a las actuaciones* de comprobación que efectúe el órgano concedente y a las *de control financiero* que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado y a las *previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas*, a quienes facilitarán cuanta información les sea requerida al efecto» (la cursiva pertenece a este trabajo).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estimarlos invasivos de las competencias autonómicas. Bien pudiera estimarse que, a falta de ulteriores pronunciamientos, podría tratarse de un desliz susceptible de ser corregido pero, mientras tanto, pendiendo la sospecha de involución doctrinal, se estaría menoscabando la supremacía que, en el ámbito de fiscalización de las cuentas públicas ostenta el órgano nacional, por mucho que las facultades que de esa actividad se deduzcan no las ejerza en régimen de monopolio allí donde ha quedado prevista la existencia de un OCEX.

B) *¿Articulación o litigio en los conflictos territoriales de fiscalización?*

Como ha podido irse comprobando a través de estas líneas. la concurrencia funcional en la fiscalización de las cuentas públicas excluye de raíz la idea de sistemas de control estrictamente separados y, por ello, se impone la articulación desde el momento en que el modelo constitucional de fiscalización de las cuentas públicas, en combinación con el progresivo desarrollo institucional del Estado autonómico, no es un modelo de separación, ni siquiera de cooperación en el sentido de reparto funcional —me refiero, aquí, a la hipótesis de un eventual reparto de sectores fiscalizados—, sino de superposición en el que el órgano nacional se encuentra, además, en una posición de supremacía. De ahí que el Tribunal Constitucional, al plantear la necesidad de la articulación, maneje expresiones como *reducción a la unidad* al referirse a la actuación del órgano nacional y los órganos autonómicos. Esta expresión, vertida en un sistema de superposición de controles, posibilita la existencia de técnicas de coordinación, y no sólo cooperación, que supongan, como ha declarado el Tribunal Constitucional, un cierto poder de dirección[37].

La hipótesis del conflicto, sin embargo, no puede quedar descartada. No se trata, ahora, de las eventuales querellas competenciales que emergen de la ley reguladora y que se ventilan ante el Tribunal Constitucional, sino de que la concurrencia conduzca, en su caso, a la existencia de fiscalizaciones contradictorias. La contradicción podría nacer, para quien ello advierte, de una interpretación divergente del ordenamiento jurídico por parte del órgano nacional y de los órganos autonómicos, con menoscabo de los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de seguridad jurídica[38]. La eventual antinomia pretende superarse mediante el recurso al conflicto constitucional de competencias entre el Estado y las CCAA, que se plantearía a través de los correspondientes órganos legislativos[39], cabe

37 Sobre este particular, véase con más detalle Durán Alba, J. F.; «La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional a la articulación del control externo en el Estado autonómico», *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 43-64.

38 Porras Gómez, A.-M.; *La gobernanza multinivel del gasto público europeo*, CEPC, Madrid, 2015, p. 234 y sg.

39 Íd.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entender que debido a los vínculos entre los órganos fiscalizadores y las correspondientes Cámaras parlamentarias.

Dicho esto, la posibilidad de una resolución contenciosa de estas características ante el Tribunal Constitucional plantea obstáculos prácticamente insalvables. El primero de ellos —y no precisamente menor, por cierto— el de la legitimación. Si ya existe disenso doctrinal —en ausencia de praxis procesal en este sentido— a la hora de admitir la legitimación del Tribunal de Cuentas en los conflictos «horizontales» de competencias entre órganos constitucionales a partir de la críptica redacción del artículo 8.1 LOTCu[40], parece imposible enervar el impedimento que supone el que la norma rituaria del Tribunal Constitucional únicamente confiera legitimación activa en los conflictos territoriales de competencias al Gobierno y a los órganos ejecutivos colegiados de las CCAA (art. 60 LOTC), sin que de la lectura del resto de normas aplicables a estas impugnaciones —o con carácter general a todos los procesos constitucionales, arts. 80 a 95 LOTC— se advierta rastro alguno que permita ampliar la legitimación establecida por la ley.

En lo que respecta a la determinación del objeto del conflicto, cumple recordar que el Tribunal lo maneja con criterio amplio pues cabe, además de la estricta invocación de la *vindicatio potestatis* en los supuestos en los que el recurrente reacciona ante lo que considera el despojo de la competencia que le corresponde, reivindicar «la anulación del acto o disposición objeto del conflicto porque no ha respetado el orden de competencias establecido, en menoscabo de las que corresponden al ente que promueve el conflicto» (ATC 886/1988, de 5 de julio, FJ 1). Ahora bien, aún con esta flexibilidad: ¿realmente cabe fundar las alegaciones de un conflicto constitucional de competencias en la existencia de interpretaciones divergentes de las normas fiscalizadoras; o en la existencia de solapamientos en la materia?

Ciertamente, como se ha puesto de manifiesto, la superposición de controles puede ser *a priori* ventajosa: incrementa el grado de control y conjura uno de los riesgos que pueden derivarse de una aplicación estricta del principio de competencia, posibilitando la existencia de zonas exentas de fiscalización al considerar cada una de las instituciones fiscalizadores que carece de atribuciones sobre las mismas. Los inconvenientes, en cambio, también existen y tienen que ver con eventuales duplicidades[41]. Pero, toda vez que el propio Tribunal Constitucional ha extendido las exigencias constitucionales de la economía y eficiencia que se derivan del artículo 31.2 CE, desde el ámbito de la programación y ejecución del

40 «Los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas serán resueltos por el Tribunal Constitucional». No siendo el objeto de este trabajo únicamente dejaré indicadas, a modo de muestra, las tesis, a favor, de J. García Roca (*El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 68 y ss.) y, contraria, de Á. Gómez Montoro [«Artículo 73», *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (coord. J.L. Requejo Pagés), Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 1142].

41 Biglino, P.; «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional», ob. cit., p. 157 y sig.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gasto público hasta el propio ámbito de su control[42], la eventual solución de las duplicidades y contradicciones ha de resolverse desde las técnicas más propias del federalismo cooperativo que desde fórmulas contenciosas. En este sentido, viene siendo un «lugar común» la apelación al refuerzo de los instrumentos de colaboración y de coordinación propios de un «sistema, complejo, dinámico y multinivel»[43] de rendición de cuentas como sin duda es el modelo español.

C) *El sector público local como sujeto necesariamente pasivo de la concurrencia fiscalizadora estatal y autonómica. La preservación de la autonomía local*

Tratar de aproximarse —y comprender— cualquier ámbito ligado a los entes locales requiere no perder de vista que se trata de una realidad sumamente compleja. En términos municipales, más de 8000 municipios con características poblacionales, organizativas y económico-financieras de singular heterogeneidad. Por su parte, la organización institucional provincial se aproxima a territorios más propios del ingenio que del genio; posiblemente resulte difícil encontrar otro ejemplo en el que, para un mismo soporte territorial quepa tal variedad institucional de gobierno. En el caso de los municipios, dicha situación podría explicar las dificultades de cumplimiento de la rendición de cuentas como paso previo para su escrutinio externo[44].

No voy a detenerme en disquisiciones acerca del alcance de la autonomía local, tempranamente devaluada por el Tribunal Constitucional a las lindes de la autonomía administrativa (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), pero que seguramente se justifique en un contexto en que el Tribunal lo que trataba era de delimitar la autonomía de las CCAA más que de construir conceptualmente la autonomía local y que hoy es difícilmente sostenible, por lo menos con tal rotundidad. Descartado *ab initio* la eventual existencia de una fiscalización externa local propia, por el artículo 115 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que se la encomienda al Tribunal de Cuentas, el carácter bifronte de la autonomía local posibilita las relaciones directas del Estado y los entes locales —léase también la fiscalización de éstos por aquél— «sin que, en todo caso, sea imprescindible la mediación de las correspondientes Comunidades

42 STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 11.

43 Abellán López, Mª A.; «El sistema de control externo multinivel español: rendición de cuentas, desafíos y oportunidades», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 13, 2007, p. 63.

44 Análisis pormenorizados llevan, sin embargo, a conclusiones sorprendentes, así el grado de incumplimiento en la rendición de cuentas no deriva estrictamente del tamaño del municipio, como cabría esperar, pues entes locales de dimensiones considerables, que cuentan presumiblemente con mejores medios técnicos, incumplen la obligación de rendir cuentas en tiempo y forma; así, se ha señalado hasta casi la mitad de los grandes ayuntamientos [véase un completo estudio sobre este particular a cargo de Fernández Llera, R. y Morán Méndez, E.; «Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 89 (4/2017), p. 38].

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Autónomas» (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20,d) pero hace posible «a su vez, las fórmulas directas de relación y cooperación entre las Comunidades Autónomas y los entes locales» (STC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 3.B). Desde estos presupuestos, el sector público local, que se ha convertido en sujeto pasivo de la concurrencia funcional del Estado y de las CCAA en materia de fiscalización, fue, durante un tiempo, territorio de querellas competenciales.

La disputa por la fiscalización local llevó a recursos mutuos contra las normas correspondientes —estatal y autonómicas— que conferían el control a sus correspondientes órganos. La respuesta del Tribunal Constitucional ha sido la de asegurar la concurrencia sin que quepan exclusiones territoriales. Respecto del órgano nacional, la fiscalización del Tribunal de Cuentas puede extenderse a todo el sector público, aunque introduciendo una cautela perturbadora por la falta de precisión que entraña, la preferencia de que el control se realice preferentemente sobre el sector público estatal[45], aunque más adelante afirmara que la coexistencia de fiscalizaciones se predique «sin perjuicio de la relación de supremacía establecida constitucionalmente entre el Tribunal de Cuentas y los demás órganos fiscalizadores» (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 11). Respecto del correspondiente órgano autonómico, la fiscalización local se justifica porque las haciendas locales también se nutren de ingresos que provienen de la Comunidad Autónoma (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 10), por ello, aunque el Estatuto de Autonomía no recogiera expresamente la facultad, las competencias estatutarias en materia local, que incluyen la tutela financiera de los entes locales radicados en el territorio de la Comunidad, permiten al legislador concretar las atribuciones del órgano autonómico de control sobre el sector público local (íd. FJ 9).

Una vez determinada que la concurrencia de fiscalizaciones sobre el sector público local garantiza la coexistencia, sin que quepan exclusiones en uno u otro sentido[46], la pregunta es cómo hacer compatible la autonomía local constitucionalmente garantizada con este sistema de control. Pues bien, no Tribunal Constitucional no sólo ha puesto el acento en que tal coexistencia no suponga una superposición ineficaz de controles[47], sino en fijar una serie de parámetros que

45 «Que si bien la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas puede extenderse a todo el sector público, incluidas las Corporaciones locales, el ámbito principal y preferente de su ejercicio es el de la actividad financiera del Estado y del sector público estatal» (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 8).

46 Ni siquiera allí donde el Estado carece de competencias de gestión, pues son de titularidad autonómica, puede negarse la intervención controladora del Estado a través del Tribunal de Cuentas fiscalizando las cuentas locales (STC 45/2017, de 27 de abril, FJ 3,d).

47 El Tribunal ha apelado expresamente 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 art. 31.2 de la Constitución» (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).

En este sentido, en el ámbito previo de la rendición de cuentas, puede destacarse la introducción por parte de la Intervención General de la Administración del Estado de un formato uniforme para la remisión de las cuentas, frutos del impulso y colaboración de Tribunal de Cuentas y de los OCEX (Fernández Llera, R. y Morán Méndez, E.; ob. cit., p. 40).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

permitan determinar que el sujeto fiscalizado no queda con respecto del sujeto fiscalizador en una situación de sumisión o subordinación jerárquica. Dichos criterios son: en primer lugar, la concreción de los controles, debiendo huirse de un sistema de control genérico e indeterminado «que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasijerárquica respecto de la Administración estatal o autonómica». Y en segundo lugar: que serán los propios órganos de la administración local quienes deban «entender de las propuestas» contenidas en los informes de fiscalización[48].

En atención a lo expuesto y a la procedencia de la doctrina del Alto tribunal podría subsistir la duda de si esos criterios sólo son exigibles respecto de la fiscalización que, sobre los entes locales ejerzan las CCAA, o también son predican del Estado. La respuesta debe ser afirmativa, por la construcción de la doctrina, en virtud de la cual, la autonomía local garantiza queda lesionada si el sistema de controles que se arbitre coloca a los entes locales en una situación de dependencia jerárquica nace de los recursos contra la legislación local del Estado (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 15.A). En refuerzo de esta tesis cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha descartado en resoluciones recientes que la obligación legal, por parte del órgano interventor local, de remitir informes al Tribunal de Cuentas de las resoluciones adoptadas contrarias a los reparos de la intervención pueda considerarse un control político; para el tribunal, en rigor, los controles ya están establecidos y delimitados legalmente, tratándose los informes controvertidos, más bien, de una técnica de colaboración interorgánica para que la fiscalización sea efectiva[49].

A lo largo del presente apartado ha podido comprobarse cómo la intervención del Tribunal Constitucional en la determinación de los que podría denominarse «fiscalización territorializada» de las cuentas públicas no resulta especialmente problemática. Los problemas apuntados tienen que ver, más bien, con la precisión de la doctrina. En este sentido, además de esperar ulteriores matices a la STC 89/2012, de 19 de mayo, considero que al Tribunal le queda construir de forma más acabada en términos constitucionales el significado de la supremacía que el artículo 136 CE atribuye al Tribunal de Cuentas pues la reiterada contraposición la misma y las apelaciones a que el órgano nacional, de forma preferente, intervenga en el ámbito estatal permiten interrogarse si el correcto deslinde de esa intervención puede ser contralado, por quién y cómo[50].

48 STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 10.

49 STC 44/2017, de 27 de abril, FJ 4 (doctrina reiterada por la STC 93/2017, de 6 de julio, FJ 5).

50 Ese impreciso equilibrio, afirmado desde antiguo, entre supremacía y autocontención puede advertirse, una vez más en la sentencia sobre el Estatut de Cataluña cuando el Tribunal afirma que: «el art. 80.1 EAC no excluye ni impide que el Tribunal de Cuentas, en tanto que 'supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público' (art. 136.1 CE), pueda fiscalizar las cuentas de la Generalitat, de los entes locales y del sector público de Cataluña, manteniendo la relación de supremacía que ex Constitutione le corresponde sobre los órganos fiscalizadores de las CCAA, si bien hemos precisado también que el ámbito principal y preferente del ejercicio de su función fiscalizadora 'es la actividad

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *What has to be done with the control of public finances?*

ABSTRACT: *Our model of audit of public finances was established by the Constitution and inferior norms decades ago. However, the system presents some endemic problems which derive from its highly decentralized character. Some of these difficulties came from the norms which rule on the institutional position, compositions and functions of the several organs that exercise the control. However, other defects come from the adverse practices generated by the application of the logic of the "State of political parties" to the external control of public finances. Furthermore, the article stresses that some statements of the Constitutional Court should be reconsidered.*

RESUMEN: *A pesar del tiempo transcurrido desde la puesta en funcionamiento del modelo de fiscalización externa de las cuentas públicas, previsto por nuestra Constitución y normas de desarrollo, subsisten problemas —casi endémicos— que dificultan la correcta articulación de un sistema de control fuertemente descentralizado. Algunos elementos disfuncionales se encuentran, desde luego, en el régimen jurídico que disciplina la posición institucional, composición y marco funcional de estos órganos. Pero no pueden dejar de apuntarse las perniciosas prácticas a que ha conducido a veces el traslado de la lógica del estado de partidos al ámbito de control externo de las cuentas públicas. Por su parte, también se advierten en las resoluciones del Tribunal Constitucional algunos pronunciamientos que sería necesario modular.*

KEY WORDS: *Public Accounts, Budget, Public auditing, Liability, Decentralization.*

PALABRAS CLAVE: *Cuentas públicas, presupuesto, fiscalización, responsabilidad, descentralización.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *14.01.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *08.02.2018*

financiera del Estado y del sector público estatal' (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 8)» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 34).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

INFORMES DE RESULTADOS DE 2016 Y 2017 SOBRE LAS RECOMENDACIONES PROPUESTAS POR EL GRECO PARA LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA: CRÓNICA DE INCUMPLIMIENTOS

JOSÉ ANGEL CAMISÓN YAGÜE
Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

SILVIA SORIANO MORENO
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

Sumario

I. Introducción. II. Recomendaciones del GREGO para evitar la corrupción en el Poder Judicial: control de su cumplimiento. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar, en aquello específicamente referido al Poder Judicial, los Informes de Resultados adoptados por el GRECO[1] en

1 El Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa, conocido por su acrónimo GRECO, se estableció a través de una decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa en mayo de 1998. Este Grupo tiene como objetivo la mejorar la capacidad de los Estados miembros que lo integran en la lucha contra la corrupción. Vid. Resolución (98) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada en su 102ª Sesión el 5 de mayo de 1998, autorizando el establecimiento del Grupo de Estados contra la Corrupción; y Resolución (99) 5, adoptada el 1 de mayo de 1999, estableciendo el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO); Vid. en detalle sobre el funcionamiento del GRECO en el Estatuto de Funcionamiento del Grupo de Estados contra la Corrupción, que figura como anexo a la Resolución (99) 5, y el Reglamento interno del funcionamiento del GRECO (2012) 26E, adoptado por el Plenario de Representantes en octubre de 1999, modificado por última vez en octubre de 2012; puede consultarse una copia del mismo en la web del Consejo de Europa http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 337-356

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

julio de 2016[2] y en diciembre de 2017[3] en los que se evalúa y controla el grado de cumplimiento de las medidas y recomendaciones relativas a la prevención de la corrupción que el propio Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa dirigió a España en su pasado Informe de Evaluación de 2014[4], y del que ya dimos cumplida cuenta en su día[5].

Se trata, por tanto, del segundo y del tercero de los informes sobre España a través de los cuales se sustancia la Cuarta Ronda[6] de evaluaciones del GRECO[7], cuyo objetivo específico consiste en la prevención de la corrupción respecto de los miembros del Parlamento, los Jueces y los Fiscales[8]; si bien, tal y como hemos

Greco(2012)26_RulesOfProcedure_EN.pdf (consulta 30.12.2016). En adelante nos referiros a este documento como Estatuto del GRECO.

2 GRECO (CONSEJO DE EUROPA), *Informe de Resultados-España: Prevención de la corrupción respecto de los miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales.* Cuarta Ronda de Evaluación, GRECO RC4 (2016)1, adoptado por el 72º Pleno el 1 de julio de 2016 y publicado el 10 de octubre de 2016. Puede consultarse en inglés en la siguiente Web del GRECO: http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca04a (consulta 10.01.2017). El propio Informe recomienda su traducción al castellano por parte de las Autoridades españolas, si bien a fecha de cierre de este trabajo esta traducción no está aún disponible en la web del Consejo de Europa. En adelante nos referiremos a este informe como Informe 2016.

3 GRECO (CONSEJO DE EUROPA), *Informe Provisional de Resultados-España: Prevención de la corrupción respecto de los miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales.* Cuarta Ronda de Evaluación, GRECO RC4 (2017)18, adoptado por el 78º Pleno el 8 de diciembre de 2017 y publicado el 3 de enero de 2018. Puede consultarse en inglés en la siguiente Web del GRECO: https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680779c4d (consulta 10 de enero de 2017). Al igual que en el anterior de 2016, también en este Informe se recomienda su traducción al castellano por parte de las Autoridades españolas, si bien a fecha de cierre de este trabajo esta traducción no está aún disponible en la web del Consejo de Europa. En adelante nos referiremos a este informe como Informe 2017.

4 GRECO (CONSEJO DE EUROPA), *Informe de Evaluación-España: Prevención de la corrupción respecto de los miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales.* Cuarta Ronda de Evaluación, GRECO EVAL IV Rep (2013) 5E, adoptado por el 62º Pleno el 6 de diciembre de 2013 y publicado el 15 de enero de 2014. Puede consultare una traducción al castellano en la siguiente Web del GRECO http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4(2013)5_Spain_ES.pdf (consulta 27 diciembre de 2016). En adelante nos referiremos a él como Informe 2014.

5 Vid. CAMISÓN YAGÜE, J.A., «El informe sobre prevención de la corrupción en España del grupo de estados contra la corrupción del consejo de Europa (2014)», *TRC*, nº 34, 2014, pp. 395-412. 8

6 Art. 10. 2. del Estatuto del GRECO «La evaluación se dividirá en rondas. Una ronda de evaluación es un periodo de tiempo determinado por el GRECO, durante el que se llevará a cabo un proceso de evaluación para evaluar el cumplimiento de los miembros con las disposiciones seleccionadas que se contienen en los Principios Rectores y otros instrumentos legales internacionales adoptados en cumplimiento del Programa de Acción contra la Corrupción». Téngase en cuenta que el GRECO usa parámetro de control los veinte Principios Rectores en la lucha contra la corrupción adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en noviembre de 1997, así como otros instrumentos legales internacionales en la materia. Resolución (97) 24 del Comité de Ministros sobre los Veinte Principios Rectores para la lucha contra la corrupción, adoptada en su 101º Sesión el 6 de noviembre de 1997.

7 Punto IV «Cuarta Ronda de Evaluación» del Informe Resumen del 62º Pleno del Greco, celebrado en Estrasburgo del 2 al 6 de diciembre de 2013, GRECO 2013 18E, Puede consultare en inglés en la siguiente Web oficial del GRECO http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2013/Greco(2013)18_Summary%20Report%2062_EN.pdf (consulta 30 de diciembre de 2016).

8 GRECO, *Cuestionario sobre la Prevención de la corrupción respecto de los miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales.* Cuarta Ronda de Evaluación, GRECO (2012) 22E, aprobado por el 50º Pleno del GRECO, 28 de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

indicado nos centraremos en este trabajo fundamentalmente en aquellas cuestiones referidas a Jueces y Magistrados.

Para ello hemos divido este estudio en dos partes. La primera de ellas tiene por objeto describir cómo se lleva a cabo el proceso de evaluación del GRECO, especialmente referido a la Cuarta Ronda, en la que se insertan los dos informes de seguimiento de 2016 y 2017, a fin de que el lector pueda efectivamente ubicarlos dentro del proceso de evaluación y conocer su naturaleza. Por otro lado, la segunda parte se centra en el análisis concreto de cada una de las específicas recomendaciones que el GRECO ha dirigido a España, para ello daremos cuenta de la recomendación recibida y de las subsiguientes actuaciones llevadas a cabo por las autoridades españolas para su aplicación, amén de la valoración recibida por los sucesivos informes de evaluación del GRECO. Finalmente, se aportarán unas breves conclusiones críticas, con las que se cierra este trabajo.

Es preciso antes de continuar agradecer aquí públicamente al GRECO por la información que nos ha sido facilitada para la realización de este artículo, así como la significativa colaboración prestada por la Dirección General de Cooperación Jurídica y Relaciones con la Confesiones del Ministerio de Justicia quien, mediante el Portal de la Transparencia, ha accedido a facilitarnos las copias de las contestaciones que el Estado español elevó en su día respecto de los sucesivos Informes del GRECO[9], y a las que respectivamente nos referiremos a lo largo del texto como Informes de Situación de 2015 y de 2017.

1. Sobre el proceso de evaluación de un Estado por parte del GRECO

Antes de centrarnos tanto en el Informe de 2016 como en el Informe de 2017 del GRECO y sus respectivos contenidos, corresponde ahora ofrecer al lector una sucinta contextualización de ambos, a fin de que pueda situarlos correctamente dentro del alambicado y complejo proceso de evaluación que lleva a cabo

marzo-1 de abril de 2011, revisado por el 57º Pleno del GRECO, 15 a 19 de octubre de 2012. Puede consultare en inglés en la siguiente Web oficial del GRECO http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/source/Greco%20(2012)%2022E%20Questionnaire%20Eval%20IV%20REVISED.doc (consulta 10.07.2014). En concreto la Cuarta Ronda de Evaluaciones contemplaba entre sus objetivos el análisis de los mecanismos de prevención de la corrupción respecto de los Jueces y Magistrados en lo concerniente a los siguientes ámbitos concretos: la selección de Jueces y Magistrados, el desarrollo carrera judicial y la promoción, condiciones de trabajo, gestión de los procesos, principios éticos de la carrera judicial, normas de conducta, resolución de los conflictos de intereses, incompatibilidades, actividades complementarias permitidas, restricciones una vez abandonada la carrera judicial, casos y procedimientos de recusación y abstención, deberes de uso de la información relativa a los procesos, contactos con terceras partes, declaraciones de ingresos y patrimonio, supervisión y control del cumplimiento de los deberes éticos y de la carrera judicial y, finalmente, procesos de formación, concienciación y asesoramiento respecto de la corrupción.

9 Dirección General de Cooperación Jurídica y Relaciones con la Confesiones (Secretaria de Estado de Justicia) del Ministerio de Justicia: *Situation Report whitin GRECO'S Fourth Evaluation Round*, de 29 de septiembre de 2015 y GRECO´s *Fourth Evaluation Round-Spain: Progress Report*, de 27 de julio de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este órgano encargado de la lucha contra la corrupción en el seno del Consejo de Europa.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que el GRECO realiza sus evaluaciones respecto de ámbitos determinados susceptibles de ser o de convertirse en focos de corrupción en los Estados mediante sucesivas «rondas». España actualmente se encuentra sometida a evaluación en el marco de la Cuarta Ronda, que arrancó en el año 2012[10].

Una de las premisas fundamentales a tener en cuenta es que la evaluación de un Estado, dentro de cada una de las rondas que el GRECO acuerda, se realiza a través de varios informes sucesivos en los que se sustancian las dos fases principales en las que se organiza el proceso evaluador del GRECO: evaluación y control de cumplimiento.

La primera de ellas tiene por objeto valorar la situación del Estado y proponerle, en su caso, una serie de mejoras y recomendaciones; mientras que la segunda fase persigue, por su parte, verificar si el Estado finalmente cumple o no con las recomendaciones propuestas. Los dos informes sobre los que versa el presente trabajo correspondientes a 2016 y 2017 se incardinan dentro la segunda fase y son, por tanto, informes que evalúan el grado de cumplimiento alcanzado.

1.1. *Fase 1: El Informe de Evaluación*

La primera fase se sustancia en la realización de un primer informe al que se conoce como «Informe de Evaluación» y en él se examina a cada uno de los Estados respecto de los concretos y específicos aspectos a valorar en relación con la corrupción y su prevención, que han sido fijados específicamente para la ronda de que se trate.

En este Informe de Evaluación se efectúa un análisis de la situación existente en dicho Estado y, además, se incluyen en él las diversas medidas y recomendaciones *ad hoc* que el Estado debería adoptar para solucionar y prevenir los problemas relativos a la corrupción que hubieren sido detectados.

En el presente caso el Informe de Evaluación, tal y como ya anticipamos anteriormente, tiene fecha de 2014 y se enmarca dentro de la «Cuarta Ronda» de evaluación que se centró en el análisis de la Prevención de la corrupción respecto de los miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales[11].

10 La Primera Ronda de Evaluación, que tuvo lugar entre el 2000 y el 2002, se centró en las autoridades nacionales encargadas de la lucha contra la corrupción. Por su parte, la Segunda Ronda de Evaluación, celebrada entre 2003 y 2006, tuvo como objeto los resultados económicos de la corrupción, participación de las personas jurídicas en la corrupción blanqueo de capitales, y la corrupción en la Administración. La Tercer Ronda, que se lanzó en 2007, evaluó aquellos ámbitos concernientes a incriminaciones por corrupción y transparencia en la financiación de partidos políticos.

11 Vid. Supra.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1.2. *Fase 2: Control del cumplimiento de las recomendaciones-Informe de Resultados*

Seguidamente tiene lugar la segunda fase, en la que se verifica el cumplimiento por parte del Estado evaluado de las recomendaciones contenidas en el «Informe de Evaluación». Dicha fase comienza con la obligación que tiene el Estado evaluado de remitir al GRECO un «Informe de Situación» en donde debe dar cuenta de las medidas llevadas a cabo para la puesta en marcha de las medidas y recomendaciones recibidas.

A la vista de este Informe de Situación, desde el GRECO se produce un segundo informe al que se denomina «Informe de Resultados» y cuyo objeto principal es la valoración del grado de cumplimiento e implementación de las recomendaciones. Este Informe de Resultados se centra particularmente en el análisis de la actividad del Estado evaluado respecto de cada una de las medidas propuestas el Informe de Evaluación.

Según establece el Reglamento Interno del GRECO, existen tres tipos de calificaciones para evaluar el grado de cumplimiento de cada una de las recomendaciones recibidas: la primera es que la medida «haya sido implementada de forma satisfactoria o bien que la misma se ha tratado de forma satisfactoria»; la segunda, «que la medida haya sido parcialmente implementada»; y la tercera «que la medida no haya sido implementada».

En función de las calificaciones recibidas, y siempre y cuando estas se correspondan bien con la segunda o la tercera, es decir, que el Estado no haya cumplido con las recomendaciones o solo lo hubiera hecho parcialmente, será necesario volver a llevar a cabo de nuevo el proceso de control del cumplimiento de las medidas recomendadas.

Para ello se requiere normalmente que el Estado evaluado aporte un segundo «Informe de Situación», que al igual que el anterior, dará lugar, en su caso, a la elaboración y aprobación de un nuevo «Informe de Resultados», para el que se seguirá el mismo procedimiento antes referido, y al que se le denomina en terminología del GRECO como «Informe de Resultados Provisional» (*Interim Complince Report*). Este Informe de Resultados Provisional tiene también, por lo tanto, como objeto analizar el grado de cumplimiento de las recomendaciones. Así, una vez que se aprueba el Informe de Resultados Provisional pueden pasar dos cosas. En primer lugar, que en ese segundo Informe se requiera al Estado para que aporte más información; lo que eventualmente da lugar la elaboración de un «Segundo Informe de Resultados Provisional»[12]. Y, en segundo lugar, puede suceder que, además, el GRECO considere «globalmente insatisfactorio» el grado de cumplimiento de las recomendaciones, con lo que a través de dicho Informe se insta a comenzar el «procedimiento de sanción»; que, como veremos

12 Como, por ejemplo, ha sucedido en esta Cuarta Ronda de Evaluación respecto de los Estados de Eslovenia o Letonia.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

seguidamente, se traduce en realidad en una suerte de medidas de presión internacional y un seguimiento especial de la implementación de las recomendaciones recibidas por el GRECO.

Finalmente, el proceso de evaluación, suele concluir con el llamado «Segundo Informe de Resultados», para el cual se sigue el mismo método de elaboración que para el Informe de Resultados. Dicho Segundo Informe aún no ha sido elaborado ni aprobado en el caso de España, por lo que a esta Cuarta Ronda del GRECO se refiere. En todo caso, llamamos la atención sobre el hecho de que su eventual adopción pueda tener lugar para principios de 2019, una vez que España haya procedido a informar de los avances realizados en la aplicación de las recomendaciones, para lo que tiene de plazo hasta finales de 2018.

Es importante señalar aquí, para clarificar la naturaleza de los Informes estudiados, que en el caso que nos ocupa, el de España, el Informe de 2016 se correspondería con el «Informe de Resultados» y el Informe de 2017 con el «Informe de Resultados Provisional». Por lo tanto, los Informes del GRECO de 2016 y 2017 que son objeto de este trabajo se incardinan dentro de esta fase de control del cumplimiento de las recomendaciones a las que nos hemos referido en el párrafo anterior, y se trata por tanto de dos informes cuya naturaleza es, tanto en uno como en otro caso, la de «Informes de Resultados»; si bien el segundo, que tiene la naturaleza de «Informe de Resultados Provisional», da lugar, como ya hemos dicho, a la activación de un control reforzado respecto de los incumplimientos, en tanto que el mismo constata expresamente que en España apenas se han seguido las recomendaciones recibidas[13].

1.3. *Fase 3: «Control reforzado de incumplimientos»*

Así, si eventualmente se considera bien el Informe Provisional bien en el Segundo Informes de Resultados que el incumplimiento de las recomendaciones dadas a un Estado evaluado es «globalmente insatisfactorio» —como es el caso de España—, el GRECO puede aprobar que se ponga en marcha un proceso específico de control reforzado de incumplimientos.

Este consiste, fundamentalmente, en que dicho Estado debe presentar un nuevo informe o bien una serie de informes periódicos de situación sobre los progresos realizados en la puesta en marcha de las recomendaciones que en su día se contenía en el «Informe de Evaluación».

En su caso, y si los incumplimientos persisten, «a modo de sanción» el Presidente del GRECO podrá además dar cuenta mediante una carta de tal situación

13 Norma 31 del Reglamento Interno del GRECO, (2017) 13, que puede consultarse en https://rm.coe.int/rules-of-procedure-adopted-by-greco-at-its-1st-plenary-meeting-strasbo/168072bebd (consulta 3 de Febrero de 2017).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a diversas autoridades del propio GRECO y del Consejo de Europa, llegando incluso a invitar a que dichas autoridades puedan dirigir a su vez también una carta a las autoridades nacionales, incluido al Ministro de Asuntos Exteriores del Estado en cuestión, llamando la atención sobre lo significativo del incumplimiento y la importancia de llevar a cabo acciones dirigidas a la implementación de las recomendaciones recibidas.

Dentro de este proceso específico de control reforzado sobre los incumplimientos puede también ocurrir que se requiera al Estado incumplidor para que se reciba en dicho Estado a una delegación de alto nivel, encabezada por el Presidente del Secretariado Ejecutivo del GRECO. El objeto de esta visita es hacer ver a ese Estado la significativa importancia de cumplir con las recomendaciones que se le han dirigido. Finalmente, el GRECO podrá también aprobar una declaración pública de incumplimiento, que acompañará de un informe de las actividades llevadas a cabo por el Estado en relación con las recomendaciones recibidas[14].

2. Sobre la elaboración de los Informes de Resultados de 2016 y 2017 referidos a España

Aunque ya nos hemos referido al proceso de evaluación, consideramos oportuno proceder ahora a dar cuenta pormenorizada de cómo se sustancia en concreto la elaboración y ulterior aprobación del Informe de Resultados; dado que tanto el 2016 como el 2017 lo son y suponen el objeto de nuestra investigación.

Así, los específicos trámites para la elaboración de estos Informes de Resultados, que se insertan dentro de la fase de control del cumplimiento antes referida, cuentan con tres pasos: elaboración del borrador del informe, revisión y, finalmente, aprobación.

2.1. *Paso 1: Elaboración del borrador del informe*

En primer lugar y por lo que respecta a la elaboración del Informe de 2016, debemos significar que para su confección se tuvieron en cuenta básicamente dos fuentes. De una parte, el Informe de Situación que las Autoridades Españolas (en concreto, la Dirección General de Cooperación Jurídica y Relaciones con la Confesiones del Ministerio de Justicia) remitieron al GRECO el 29 de septiembre de 2015[15]; en tanto en cuanto, tal y como indica el Reglamento interno

14 Norma 32 del Reglamento Interno del GRECO, (2017) 13. Téngase en cuenta que el GRECO ha aprobado una nueva norma 32 revisada que se aplicará en la Quinta Ronda de Evaluación y siguientes.

15 Téngase en cuenta que el GRECO amplió, por propia iniciativa, el plazo para la remisión del Informe hasta finales de septiembre de 2015, que originalmente concluía tres meses antes.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del GRECO, debe ser el propio Estado, mediante el correspondiente «Informe de Situación» quien voluntariamente ha de dar cuenta de las medidas adoptadas en ejecución de las recomendaciones recibidas en el Informe de Evaluación[16].

Y, de otra parte, se basa también en las apreciaciones realizadas por dos informadores del propio GRECO: el islandés Björ Thorvalsson, que se encargó de lo relativo a las y los miembros del Parlamento, y la italiana Laura Paesano, quien fue designada para aquello concerniente a las instituciones judiciales[17]. Estos dos informadores con la ayuda de la Secretaría del GRECO se encargaron de redactar un primer borrador del Informe de Resultados[18].

Por su parte, en lo referido al Informe de 2017, también se elaboró igualmente en base a dos fuentes. De una parte, mediante el Informe de situación que las Autoridades Españolas, en concreto la Dirección General de Cooperación Jurídica y Relaciones con la Confesiones del Ministerio de Justicia, remitieron al GRECO el 27 de julio de 2017. De otra parte, mediante las aportaciones de los dos informadores del GRECO, que para este Informe de 2017 fueron el islandés Magnús Gunnarsson, que se encargó de las recomendaciones dadas al Parlamento, y la italiana Emma Rizzato, quien fue designada para examen de las recomendaciones relativas a las instituciones judiciales[19].

2.2. *Paso 2: Revisión*

El segundo paso, al que hemos denominado de revisión, comienza con el envío al Estado miembro del primer borrador del Informe, para que éste pueda realizar comentarios y apreciaciones sobre el mismo dentro del plazo de catorce días desde su recepción. Seguidamente, y a la luz de las observaciones y aportaciones del Estado miembro, se procede de nuevo conjuntamente por la Secretaría del GRECO y por los dos informadores a la redacción de un segundo borrador revisado del Informe[20].

16 Apartado 2 de la Norma 30 del Reglamento Interno del GRECO (consulta 3 de febrero de 2018). Punto 170 del Informe 2014 invitaba a las Autoridades Españolas a presentar un informe sobre las medidas adoptadas para ejecutar dichas recomendaciones antes del 30 de junio de 2015.

17 Téngase en cuenta que, según dispone el Apartado 1 de la Norma 31 Revisada del Reglamento Interno del GRECO (Aplicada desde la Tercera Ronda de Evaluación), el propio GRECO seleccionará a dos miembros responsables que serán los encargados de preparar un informe de resultados; esta selección se basa en criterios como la participación en la primera evaluación y la similitud de los sistemas jurídicos o la proximidad geográfica con el miembro evaluado. En este caso, Björ Thorvalsson es el Jefe de la Delegación Islandesa del GRECO y Fiscal en la Oficina Especial de la Fiscalía Islandesa; mientras que Laura Paesano es Magistrada, asignada a la Oficina del Gabinete del Ministerio de Justicia Italiano.

18 Apartado 1 de la Norma 31 Revisada del Reglamento Interno del GRECO.

19 Magnus Gunnarsonn es Subdirector de la Fiscalía islandesa; mientras que Emma Riazzato es una Magistrada Italiana.

20 Apartados 3 y 4 de la Norma 31 Revisada del Reglamento Interno del GRECO.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2.3. *Paso 3: Aprobación*

Finalmente, tiene lugar el paso de aprobación que se sustancia en el Pleno del GRECO, previo examen y debate del Informe, y en donde el Jefe de Delegación nacional actuará como representante del Estado miembro sobre el que versa el Informe. Es necesario apuntar que el resto de miembros del GRECO reciben el segundo borrador del Informe, que es el que somete a discusión y aprobación, con una antelación de al menos catorce días antes de la celebración del Pleno. También cabe señalar que, llegado el caso, el GRECO puede, incluso, posponer la aprobación del informe si se considera necesario aportar más información[21].

En el caso estudiado los Informes de Evaluación objeto de este trabajo fueron aprobados respectivamente por el Pleno del GRECO, el 1 de julio de 2016 y el 8 de diciembre de 2017.

II. RECOMENDACIONES DEL GREGO PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN EN EL PODER JUDICIAL: CONTROL DE SU CUMPLIMIENTO

Tal y como hemos indicado en la introducción de este trabajo, hemos considerado oportuno no proceder a un simple análisis cronológico de los dos informes estudiados, sino tratar cada una de las recomendaciones específicamente referidas al Poder Judicial, y ver cuáles ha sido en su caso los avances producidos al respecto de cada una de ellas.

Como no podría ser de otra manera el punto de partida debe ser recordar aquí cuales eran básicamente dichas recomendaciones que el GRECO dirigió a España en 2014, y que, recordemos, ya fueron objeto de análisis en otro trabajo anterior[22]. Todas ellas manifestaban la gran preocupación de GRECO por la amenaza existente en nuestro Estado de que el otros poderes del Estado, y fundamentalmente el poder político, pudieran inmiscuirse en el funcionamiento del Poder Judicial, haciendo peligrar su independencia.

Sucintamente enumeradas esas recomendaciones eran fundamentalmente las siguientes: revisar la forma de elección del Consejo General del Poder Judicial, revisar el método de designación de Jueces para las Altas Magistraturas, la adopción de un código deontológico para Jueces y Magistrados y, finalmente, elevar los plazos máximos de instrucción referidos a los procedimientos disciplinarios contra Jueces y Magistrados[23].

21 Apartados 5 y 7 de la Norma 31 Revisada del Reglamento Interno del GRECO.
22 Vid. CAMISÓN YAGÜE, J.A., «op. cit.», pp. 395-412.
23 Punto VI. «Recomendaciones y Seguimiento» del Informe 2014.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De todas ellas, adelantamos aquí, ninguna ha sido a ojos del GRECO completamente observada, lo que ha dado lugar a que se inste la puesta en marcha de los procedimientos de control reforzado de incumplimientos a los que anteriormente hicimos referencia, concretamente, se solicita a España a enviar un nuevo Informe de Situación antes de 31 de diciembre de 2018 y, de otra parte, se insta a las Autoridades del GRECO a remitir a España una carta en la que se signifique la gran importancia de llevar a cabo las acciones oportunas para cumplir con las recomendaciones formuladas.

1. **Revisión de la forma de elección del Consejo General del Poder Judicial**

En su Informe de 2014 el GRECO recomendaba a España encarecidamente que revisara el marco legislativo concerniente a la elección de las y los miembros integrantes del Consejo General de Poder Judicial en lo referente a la participación del Congreso y del Senado en su elección, además de señalar que era precisa una mayor transparencia en lo que al funcionamiento del CGJP se refiere[24].

Por su parte el Estado español señaló en su Informe de Situación de 2015 en contestación al GRECO que la elección de las y los integrantes del C.G.P.J. tenía una suerte de limitaciones y prescripciones establecidas en la propia Constitución española[25], que implican la participación del Congreso y del Senado en el proceso de elección (art. 122.3 CE). Además, señalaba España que ya se llevó a cabo una reforma en 2013[26], que tenía cuatro pilares fundamentales: primero, que cualquier Juez o Magistrado pudiera optar como candidato a miembro del Consejo, lo que previsiblemente arrojaría como resultado una composición más plural e independiente; segundo, se establecieron unas nuevas mayorías reforzadas para la elección que, demandando el consenso entre partidos, impedirían el bloqueo político; tercero, se simplificaba la estructura y los costes del CGPJ y, en cuarto lugar, se dotaba al CGPJ de una serie de abogados permanentes que habrían de coadyuvar a su buen funcionamiento. También señalaba el Estado que se habían llevado aprobado ciertas reformas en la Ley del Poder Judicial en 2015, al objeto de facilitar y agilizar el funcionamiento de la Comisión Permanente del CGPJ

24 Según el art. 557 de la L.O.P.J., tras la reforma de 2013, mantiene la elección de los miembros del turno de Jueces por parte de las Cortes Generales: cada una de la Cámaras debe elegir a diez vocales (cuatro del turno de juristas de reconocido prestigio y seis del turno de Jueces, respectivamente) por una mayoría de tres quintos. En principio, cualquier Juez o Magistrado que esté en servicio activo podrá ser candidato, siempre y cuando tenga el aval de otros veinticinco jueces o bien venga avalado por una asociación judicial.

25 Vid. in extenso sobre la evolución de la regulación del Poder Judicial en las Constituciones de España, ALZAGA VILLAAMIL, O.; «El poder judicial en la Historia Constitucional Española», ALZAGA VILLAAMIL, O.*; Sociedad democrática y Constitución (Estudios y cabos sueltos)*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

26 L.O. 4/2013, de 28 de junio, de reforma del C.G.P.J., por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(art. 601 de la LOPJ)[27]. Finalmente, señalaba España, en referencia a la mayor transparencia del funcionamiento del Consejo el hecho de que desde julio de 2014 se había puesto en marcha el portal de transparencia del Poder Judicial, donde no solo se daba cuenta de las actividades realizadas sino, entre otras informaciones, también de su presupuesto[28].

Ante esta contestación el GRECO estimó en su Informe de 2016 que «no se había cumplido con la recomendación», y que, aunque ciertamente debía darse un plazo de tiempo para ver cómo funcionaba la reforma de 2013, era necesario buscar fórmulas, que, salvando las indicaciones dadas en la Constitución, permitieran eliminar cualquier influencia por parte de las autoridades políticas en la elección de las y los miembros del poder judicial. Pues además el GRECO había podido constatar la existencia de diversas encuestas y estudios de opinión en los que se evidenciaba la percepción mayoritaria de que la Justicia en España no era independiente[29]. En lo que atañe a la transparencia el GRECO daba la bienvenida a los esfuerzos manifestados, pero requería a España para que en futuros informes diera cuenta no solo de los cambios normativos producidos sino también de su funcionamiento real[30].

Posteriormente España volvió a presentar en julio de 2017 su correspondiente Informe de Situación en el que, en primer lugar, se indicaba que en el país se habían producido varios meses inestabilidad política durante 2016 que habían conducido a la repetición de elecciones lo que provocaba que el Gobierno estuviera «en funciones», lo que, a su vez impedía la presentación de proposiciones de Ley a las Cámaras y por tanto era imposible que el Ejecutivo pudiera actuar como motor de los cambios sugeridos[31]. No obstante, también se hacía eco en el Informe del Pacto de Gobierno que el Partido Popular había acordado con Ciudadanos, entre cuyas medidas estaban algunas directamente relacionadas con las recomendaciones del GRECO tales como, por un lado, la modificación de la LOPJ para que al menos los doce vocales del CGPJ, que deben proceder de la carrera judicial, fueran efectivamente nombrados solo por Jueces y Magistrados; o, por otro lado, la eliminación de toda intervención de los Parlamentos y Asambleas de las Comunidades Autónomas en la propuesta de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas[32].

27 L.O. 7/2015, de 21 de Julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

28 Se puede acceder a este portal la siguiente dirección web: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ (consulta 3.02.2018).

29 Punto 31 del Informe de 2016. Según se indica en el Informe el 75% de los Jueces y Magistrados que contestaron a la encuesta sobre el Poder Judicial manifestaron que la independencia del mismo se encontraba amenazada, y el 54% de los que dijeron conocer la reforma de 2013, indicaron que la misma no propiciaba mayor independencia judicial.

30 Puntos 27 a 30 del Informe 2016.

31 Art. 21 de la Ley 50/1997 del Gobierno.

32 Punto 102 y Punto 142 del Documento «150 Compromisos para mejorar España» (Acuerdo de Gobierno entre el Partido Popular y Ciudadanos), puede consultarse una copia en la siguiente página web: https://www.okdiario.com/img/2016/08/28/150compromisos.pdf (consulta 3.02.2018).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Destacaba también España en su Informe que el Congreso de los Diputados había aprobado en diciembre de 2016, a propuesta del Partido Socialista, una iniciativa no legislativa expresamente dirigida a dar impulso al cumplimiento de las recomendaciones dadas por el GRECO en su Informe de 2014, en las que se trataba expresamente la cuestión del método de elección de los miembros del CGPJ[33].

Y a mayor abundamiento, destacaba el Informe la puesta en marcha de una Subcomisión dentro de la Comisión de Justicia del Congreso en la que comenzarían a debatirse, entre otras materias, sobre la composición del C.G.P.J. y el nombramiento de sus integrantes[34]. Al respecto básicamente se ha debatido sobre si los vocales del CGPJ que provienen de la carrera judicial deben ser elegidos por los propios Jueces y Magistrados o si, en su caso, debe producirse algún tipo de intervención por el Parlamento. Debe en este punto recordarse, tal y como hace el propio Informe presentado por España, que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/86 apreció que no era, en principio, inconstitucional que el Parlamento eligiera y nombrara a las y los miembros del CGPJ[35]. Refiere, además, el Informe presentado por España que tanto la Asociación de «Jueces para la Democracia» como el «Foro Judicial Independiente» ha propuesto que los vocales del turno judicial sean elegidos por los Jueces y Magistrados, algo que según indica el Gobierno ya sucede en la práctica, aunque «indirectamente», pues los doce vocales del turno judicial son propuestos por los propios Jueces y Magistrados a las Cámaras, que, recordemos, son quien en última instancia los eligen de entre los presentados.

Finalmente, el Informe provisional de Resultados de 2017 del GRECO concluye a la vista de las observaciones presentadas por España que la recomendación

33 En su Punto 1.a) de la Proposición no de Ley sobre el cumplimiento de las recomendaciones del Informe del Grupo del Consejo de Europa de Estados contra la Corrupción, aprobada por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 20 de diciembre de 2016, instaba a: *«a) Modificar el procedimiento de designación parlamentaria de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial conforme a los siguientes criterios: convocatoria pública de las vacantes; evaluación de la competencia e idoneidad de los candidatos por un Comité Asesor de composición profesional variable cuyos miembros serán designados por insaculación entre los propuestos por los Grupos Parlamentarios; publicidad de los informes de evaluación; sesiones de audiencia en las correspondientes comisiones parlamentarias; aprobación por la mayoría requerida por las Cámaras competentes. No podrán acudir a esta convocatoria pública quienes en los últimos dos años hayan sido cargos electos, miembros del Gobierno, de gobiernos autonómicos o altos cargos de las Administraciones Públicas.* Publicado en BOCG (Congreso de los Diputados) nº. 80 (Serie D) de 3 de enero de 2017.

34 La denominación oficial de esta subcomisión es «Subcomisión de estudios y definición de la Estrategia Nacional de Justicia» y su puesta en marcha fue aprobada por el Congreso de los Diputados el 2 de febrero de 2017. Toda la información relativa a esta subcomisión y a los debates y a las diversas comparecencia que han tenido lugar en su seno puede consultarse en la siguiente dirección web oficial del Congreso: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/SubPon?_piref73_1339276_73_1339269_1339269.next_page=/wc/detalleInformComisiones&subComi=S&idOrgano=303201&idLegislatura=12 (consulta 3.02.2018).

35 STC 108/1986, de 29 de julio. Vid. FF.JJ. 5 a 13 en los que se trata in extenso la participación del Parlamento en la elección de parte de los miembros del CGPJ.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

referida a la «eliminar la intervención de otros poderes», especialmente los políticos, en el nombramiento de las y los miembros del CGPJ solo se ha «cumplido parcialmente»; pues si bien se valora positivamente la puesta en marcha de una Subcomisión parlamentaria, que habrá de conducir a una reforma normativa, es pronto aún para poder saber si la misma concluirá de forma satisfactoria respecto del cumplimiento de la recomendación. Anima el Informe a España a continuar el proceso de revisión del nombramiento de los vocales del turno judicial para eliminar cualquier sombra de injerencia política en su nombramiento, de modo tal que este quede totalmente en manos de los propios Jueces y Magistrados. Además, también insta el GRECO a seguir avanzando en un funcionamiento del CGPJ que sea más colegiado, en donde sus decisiones se adopten fundamentalmente por mayorías cualificadas y en donde sus miembros tengan una dedicación completa[36].

2. Revisión del método de designación de Jueces para las Altas Magistraturas

El Informe del GRECO de 2014 recomendaba a España que revisara el método de designación de los Jueces y Magistrados que ocupan las Altas Magistraturas, a fin de que el proceso llevado al cabo por el CGPJ no tuviera naturaleza discrecional; y en este sentido invitaba a España a que regulara mediante una norma de rango legal dichos procesos.

En respuesta a esta recomendación el Estado español en su primer Informe de Situación de 2015 indicó que el proceso de elección de las Altas Magistraturas no era totalmente discrecional en tanto que el mismo se sujetaba a los principios de mérito y capacidad y, además, toda designación era motivada y[37], en su caso, quedaba sometida al eventual control judicial. A ello había que sumar la puesta en marcha de información pública al respecto de estos procesos de elección en el portal web de transparencia del C.G.P.J.. También señalaba España que el proceso de elección se encontraba ya normativizado en el Reglamento 1/2010 de 25 de febrero que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales[38]; si bien se afirmaba además por España que se estaba estudiando cómo mejorar dichos procesos de selección.

36 Puntos 34 a 37 del Informe 2017.

37 Art. 632 LOPJ: (…) «2. *En los Plenos que decidan las propuestas de nombramiento se dejará constancia de la motivación del acuerdo, con expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifican la elección de uno de los aspirantes con preferencia sobre los demás. 3. La motivación podrá hacerse por remisión, en lo coincidente, a la motivación de la propuesta de la Comisión Permanente.*»

38 Publicado en BOE nº 56 de 5 de marzo de 2010. Reformado en dos ocasiones: Acuerdo de 7 de marzo de 2013, del Pleno del CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales y Acuerdo de 31 de marzo de 2016, del Pleno del CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte el Informe de Resultados de 2016 del GRECO significaba que España no había cumplido con la recomendación dada respecto de la elección de las Altas Magistraturas, pues ni se había revisado el alto grado de discrecionalidad existente ni tampoco se había avanzado en modo alguno respecto a la recomendación relativa a la necesidad de regular estos procesos mediante una ley. A ello se suma, además, que, según diversos estudios de opinión a los que el GRECO había accedido, el sesenta y siete por ciento de los Jueces y Magistrados manifestaban serias dudas sobre el respeto de los principios de mérito y capacidad en el proceso de selección de las Altas Magistraturas[39].

Seguidamente España, en su respuesta a las observaciones del GRECO presentadas mediante su Informe de Situación de 2017, argüía la existencia de ciertos avances en el cumplimiento de esta recomendación. En primer lugar, refería que el Acuerdo de Gobierno entre el Partido Popular y Ciudadanos se había hecho eco de la misma, en tanto que en dos de sus puntos se establecía la necesidad, por un lado, acordar un nuevo sistema de promoción de Jueces y Magistrados en el que efectivamente se tuviera en cuenta el mérito, la capacidad, la habilidad, la experiencia y la idoneidad para el desempeño del cargo y; por otro lado, la conveniencia de eliminar la posibilidad de participación de las Asambleas y Parlamentos autonómicos en la propuesta de candidatos y/o candidatas para los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas[40].

También indicaba España, por medio del Informe elaborado por el Gobierno, que en la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso (a la que ya nos referimos en el apartado anterior) se estaba efectivamente discutiendo esta cuestión. Así en este sentido se había tratado en su seno tanto la posibilidad de ampliar el número de años de la duración del nombramiento en las Altas Magistraturas, como también fórmulas para eliminar la participación de los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas en el nombramiento de las y los Magistrados del CGPJ. Además, en el Informe se señalaba que la Asociación Profesional de la Magistratura y el Foro Judicial Independiente habían propuesto específicamente que tanto la Presidencia de las Audiencias Provinciales como la de los Tribunales Superiores de Justicia fueran efectivamente elegidas por las los integrantes cada uno de estos respectivos órganos judiciales.

Finalmente, en su Informe de Resultados de 2017 el GRECO concluyó que España no había cumplido con la recomendación que le había sido dirigida pues no se constaba la existencia de ninguna reforma que limitara la discrecionalidad en el nombramiento de las Altas Magistraturas; pues es necesario que, tal y como

regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, en lo relativo a los órganos de la jurisdicción militar.

39 Puntos 33 a 35 del Informe 2016.

40 Punto 141 y Punto 142 del Documento «150 Compromisos para mejorar España» (Acuerdo de Gobierno entre el Partido Popular y Ciudadanos), puede consultarse una copia en la siguiente página web: https://www.okdiario.com/img/2016/08/28/150compromisos.pdf (consulta 3.02.2018).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se recomendaba, se fijen objetivos, criterios y procesos específicos y concretos para la selección de estas magistraturas de forma que efectivamente se garantice el mérito y la capacidad. Así, para concluir con este apartado, cabe señalar que el GRECO saluda y valora positivamente en su Informe que, al menos, se esté discutiendo en España sobre esta problemática respecto de los nombramientos de aquellos que han de ocupar la presidencia de las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, pero sugiere que se incluya también en el debate a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo[41].

3. **Adopción de un código deontológico para Jueces y Magistrados**

La tercera de las recomendaciones más significativas que el GRECO había dirigido a España en su Informe de Evaluación de 2014 era la necesidad de que se adoptara un Código deontológico específico para Jueces y Magistrados en el que, entre otras materias, se contemplaran aquellas cuestiones específicamente referidas a los conflictos de intereses; así como, en su caso, el establecimiento de un específico órgano encargado de asesorar a las y los miembros de la carrera judicial en esta materia.

Así España, en su Informe de Situación de 2015, indicaba en relación con esta recomendación que desde el 7 de mayo de dicho año se había acordado la iniciativa de publicar los datos de patrimonio de las y los miembros integrantes de la Comisión Permanente del C.G.P.J.[42]. En este sentido se remarcaba también la reforma operada respecto del inclusión de un nuevo apartado 5 del artículo 579 de la LOPJ en donde específicamente se prescribía que tanto el Presidente, como los Vocales y el Secretario General del C.G.P.J. están sujetos al deber de efectuar una declaración de bienes y derechos y del control y gestión de activos financieros de los que sean titulares[43]. A ello añadía además España en su Informe el hecho de que el CGPJ adoptó en julio de 2014 un Convenio Marco de colaboración con Transparencia Internacional España al objeto de implementar una «verdadera política de transparencia» que diera efectivo cumplimiento a la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno[44]. Finalmente se hacía

41 Puntos 34 a 37 del Informe 2017.

42 Estas declaraciones, referidas a las y los actuales miembros de la Comisión Permanente, pueden consultarse en la siguiente página web del portal de Transparencia del CGPJ: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Actividad-Economico-Financiera/Altos-Cargos--Retribuciones---indemnizaciones-y-declaraciones-de-bienes/ (consulta 3.02.2018).

43 Apartado introducido por la L.O. 7/2015, de 21 de Julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta declaración debe producirse según indica el apartado 5 del art. 579 LOPJ en los términos previstos en los arts. 17 y 18 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, con las adaptaciones que sean precisas a la organización del CGPJ, y que se recogerán específicamente el Reglamento de Organización y Funcionamiento del mismo.

44 Este Convenio Marco, prorrogado en 2016 hasta julio de 2018, puede consultarse en la siguiente página web del portal de Transparencia del CGPJ: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno-y-Codigo-etico/Convenio-CGPJ---Transparencia-Internacional-Espana/ (consulta 3.02.2018).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

también referencia a la puesta en marcha desde 2014 por parte del CGJP de un Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de un Código deontológico[45]. Finalmente, en lo que la específica recomendación del establecimiento de un órgano asesor sobre conflictos de intereses para jueces y fiscales, se respondía por parte de España que tales funciones ya eran desempeñadas por los servicios internos del CGPJ.

Seguidamente el GRECO en su Informe de Resultados de 2016 ya indicaba que España solo estaba cumpliendo parcialmente con la recomendación dada; y constataba que el Estado español se había adherido al Código Iberoamericano de Ética Judicial mediante decisión del C.G.P.J.[46]. Además se felicitaba del establecimiento de un Grupo de Trabajo específicamente establecido para la elaboración del Código Ético y de su composición multidisciplinar, pues además de miembros de la carrera judicial se integraban en él también a expertos académicos en cuestiones de ética y de sociología[47]; algo que habría de dar lugar a un interesante proceso de reflexión interna y de toma de conciencia respecto de esta cuestión no solo por los integrantes del Poder Judicial sino también por la propia sociedad española. No obstante, el GRECO no se daba completamente por satisfecho pues, aunque sí se estaba en el buen camino, era preciso ver y comprobar cuál era el resultado final de tales trabajos. Por otra parte, también tomaba nota el GRECO de que los Servicios internos del CGPJ y, específicamente, su Sección del Departamento de Personal asesoraba a Jueces y Magistrados sobre los posibles conflictos de interés[48].

En su Informe de Situación de 2017 España daba cuenta al GRECO de la aprobación en diciembre de 2016 por unanimidad del CGPJ del Código deontológico, bajo la denominación de «Principios de Ética Judicial»[49], en los cuales se

45 Acuerdo IV - 1. De Constitución de un Grupo de Trabajo que impulse la elaboración de un Código Ético de la Carrera Judicial, adoptado por la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión de 9 de abril de 2014. Dicho grupo estaba presidido por el Presidente del CGPJ y del TS, C. Lesmes y coordinado por los Vocales R. Bach y F. Grande-Marlaska, formando parte del mismo: J.A. Xiol, Magistrado del TC, C. Gómez, Presidente de la AP de Baleares, P. Llarena, Presidente de la AP de Barcelona; J.J. Toharia, Catedrático de Sociología; A.Cortina, Catedrática de Ética, y M. Olmedo, Letrado del CGPJ.

46 Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de febrero de 2016 por que se acordó «*ratificar, en tanto en cuanto no se apruebe un código ético propio para la carrera judicial española, los principios que inspiran el Código Ético Iberoamericano de Ética Judicial, adoptado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2006 y modificado en 2014*». Puede consultarse un copia del mismo en la web de la Red Iberoamericana de escuelas judiciales: http://www.riaej.com/system/files_force/CIEJ_reformado_2014.pdf?download=1 (consulta 3.02.2018).

Se hacía especial mención en dicho acuerdo al hecho de que el código que «*cumplía con los principios esenciales en materia de deontología judicial proclamados por la Red Europea de Consejos de Justicia*». Puede consultarse en inglés las distintas Opiniones formuladas por esta Red en la siguiente página web: https://www.encj.eu/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=24&Itemid=98&lang=en En concreto *vid. in extenso* Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces (2010), promovida por la Red Europea de Consejos de Justicia. (consulta 3.02.2018).

47 Vid. supra nota 45.

48 Puntos 37 a 41 del Informe 2016.

49 Documento aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión del día 20 de diciembre de 2016, en bases al texto acordado que fuera aprobado en la sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016 por el grupo de trabajo sobre ética judicial. Puede consultarse en la siguiente página web: http://www.poderjudicial.es/stfls/

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contemplan no solo las reglas, principios y valores de independencia, imparcialidad, integridad, cortesía, diligencia y transparencia que han de observarse en el ejercicio de la actividad judicial; sino también el establecimiento de una específica Comisión de Ética Judicial que tiene por misiones: «*emitir dictámenes por escrito sobre las consultas relativas a casos concretos que le hagan las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces, las Asociaciones Judiciales o cualquier juez o jueza en servicio activo*»; así como «*promover la difusión y el conocimiento de los principios y proposiciones de ética judicial*», amén de «*contribuir al desarrollo de las funciones atribuidas al C.G.P.J. en la coordinación y la colaboración con otras comisiones judiciales de ética*»; y, finalmente y de manera excepcional, también corresponde a esta Comisión de Ética «*elaborar informes sobre asuntos o cuestiones que resulten de interés general y estén relacionados con el comportamiento ético que con arreglo a los principios recogidos en este texto se espera de los jueces y juezas, a instancia de hagan las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces o las Asociaciones Judiciales*». Esta comisión está compuesta por siete miembros: un juez, tres magistrados, dos magistrados del Tribunal Supremo y un Profesor de reconocido prestigio bien de Ética, bien de Filosofía del Derecho o bien de Filosofía Moral[50].

Finalmente, el GRECO en su Informe provisional de Resultados de 2017 daba la bienvenida a la aprobación del Código deontológico especialmente referido a jueces y fiscales. Sin embargo, indicaba que la recomendación dada originalmente a este respecto solo se había cumplido parcialmente, pues se hace necesario esperar a conocer cómo se aplicaba en la práctica dicho Código, así como verificar la efectiva puesta en marcha de la Comisión de Ética y la elección de sus miembros; para lo cual recordaba que es imprescindible la colaboración del CGPJ y la correspondiente dotación de los medios necesarios[51].

4. Ampliación de los plazos de instrucción referidos a los procedimientos disciplinarios contra Jueces y Magistrados

La cuarta y última recomendación significativa que el GRECO dirigió a España en su Informe de Evaluación de 2014 fue la revisión de los plazos máximos de instrucción de los procedimientos disciplinarios seguidos contra Jueces y Magistrados, pues su fijación en seis meses era manifiestamente disfuncional para su efectiva conclusión.

España contestó en su Informe de Situación de 2015 que la fijación de dicho plazo máximo de seis meses obedecía a lo regulado la Ley Orgánica del Poder Judicial en donde se fijaba tal plazo con carácter general para todos los procedimientos

CGPJ/TRANSPARENCIA/FICHEROS/20161221%20Principios%20de%20Ética%20Judicial%20-%20Pleno%20CGPJ%2020.12.2016.pdf (consulta 3.02.2018).

50 Parte II «La Comisión de Ética Judicial» de los Principios de Ética Judicial.

51 Puntos 44 a 48 del Informe 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

disciplinarios, salvo que razones excepcionales se pudiera demandarse un mayor plazo[52].

Como no podía ser de otra manera ante tal contestación dada por España, el GRECO constató en su Informe de Resultados de 2016 que España no había cumplido con la recomendación dada sobre la ampliación del plazo y que, además, se había detectado un significativo aumento de las Sentencias del Tribunal Supremo en la que se revocaban las sanciones disciplinarias contra Jueces y Magistrados adoptadas por el CGPJ por no respetarse los plazos del procedimiento[53]. A mayor abundamiento el GRECO significaba que el plazo máximo de duración tanto para los procesos disciplinarios de los funcionarios judiciales y como para los Secretarios Judiciales («Letrados de la Administración de Justicia») se fija en doce meses, lo que supone una evidente y significativa diferencia[54].

En su Informe de Situación de 2017 España no hizo ninguna referencia a esta recomendación, salvedad hecha de que, tal y como luego señalaba el propio GRECO, la Subcomisión de estudios y definición de la Estrategia Nacional de Justicia, que se había constituido en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso, podría ocuparse de esta cuestión.

Finalmente, el GRECO en su Informe provisional de Resultados de 2017 se reafirmaba, por un lado, en su constatación de que España nada había hecho en referencia a esta recomendación y, por otro lado, en el hecho de que el mantenimiento del plazo máximo de seis meses para la instrucción de expedientes disciplinarios a Jueces y Magistrados no solo suponía un agravio comparativo con los doce meses fijados para los funcionarios y Secretarios Judiciales; sino que también seguían aumentado el número de anulaciones del Tribunal Supremo respecto de sanciones impuestas por el CGJP en base a que en el procedimiento sancionador se había superado el tiempo máximo de instrucción[55].

III. CONCLUSIONES

Cuatro años han pasado ya desde que el GRECO recomendara encarecidamente a España en 2014 una serie de medidas directamente orientadas tanto a garantizar la independencia del Poder Judicial como a mejorar su funcionamiento;

52 Apartado 5 del art. 425 LOPJ: «*La duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses. Cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la autoridad que hubiere mandado proceder*».

53 Puntos 43 a 45 del Informe 2016.

54 Vid. por ejemplo Art. 185 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Duración del procedimiento disciplinario: «*1) La duración del procedimiento disciplinario no excederá de doce meses. Vencido este plazo sin que se haya dictado y notificado la resolución que ponga fin al procedimiento, se producirá su caducidad (…)*».

55 Puntos 50 a 53 del Informe 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a ello se suman, como hemos visto, dos sucesivos Informe de Resultados de 2016 y 2017 en los que, evaluada la acción de Estado al respecto, se constata que ninguna de dichas recomendaciones ha sido efectivamente cumplida en su totalidad.

Por todo ello, la primera conclusión de este trabajo no puede ser otra que afirmar que una oscura sombra sigue cerniéndose nuestra Justicia; en tanto en cuanto su independencia, que, no olvidemos, es uno de los pilares fundamentales de su legitimación, continúa seriamente amenazada en un momento de nuestra historia en el que está llamada a resolver importantes asuntos de significativa trascendencia para el Estado, tales como los casos de corrupción política, que todos conocemos; así como, también, a adoptar importantes decisiones respecto de las responsabilidades penales que, en su caso, puedan derivarse de proceso independentista catalán.

En segundo lugar, cabe también llamar la atención sobre la conveniencia de que el propio Estado admita sin ambages que el grado de cumplimiento de las recomendaciones del GRECO es manifiestamente mejorable, pues en ocasiones las respuestas contenidas en los Informes de Situación que España eleva, tal y como hemos visto, son, cuanto menos, calificables como un vano intento por justificar aquello que no tiene justificación posible, esto es, que España sigue incumpliendo con dichas recomendaciones. Así sucede, por ejemplo, respecto de la duración de los procedimientos disciplinarios contra Jueces y Magistrados, donde los datos y evidencias dadas por el GRECO son ciertamente demoledoras, mientras que las justificaciones dadas por España rallan, por su parte, en lo esperpéntico. También, en aquello que tiene que ver con la despolitización de la elección de los miembros del CGPJ o en la elección de las Altas Magistraturas, queda constatada la falta de avances significativos que, por otra parte, aún habrán de hacerse esperar pues, como se sabe, el clima político actual no parece propicio para los grandes consensos que estas cuestiones de la Justicia necesitan y demandan.

Finalmente, es preciso decir que, al menos, una pequeña esperanza de cambio se otea en el horizonte con la aprobación por parte del CGPJ de sus «Principios Éticos», cuya correcta eficacia y efectiva aplicación, tal y como indica el GRECO, quedan pendientes ser verificadas en el futuro.

***

TITLE: *2016 and 2017 Compliance Reports on the recommendations proposed by GRECO for the prevention of judicial corruption in Spain: Chronicle of non-compliances*

ABSTRACT: *This paper analyses the 2016 and 2017 Compliance Reports of Group of States against Corruption of Council of Europe (GRECO) about corruption prevention in Spain and it is focused on the study of its judiciary aspects. These Reports warn about the dangers of corruption in the Organs of Judiciary Government and in the election of Judges for High Courts caused by the political interference and also indicate that in Spain is not accomplished at all with the recommendations that GRECO addressed to the State in 2014.*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RESUMEN: *Este trabajo analiza los Informes de Cumplimiento de 2016 y 2017 del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) sobre prevención de la corrupción en España y se centra en el estudio de sus aspectos judiciales. Estos informes alertan sobre los serios peligros, provocados por la injerencia política, que acechan a los Órganos del Poder Judicial y se proyectan en la elección de los Jueces de los Altos Tribunales. Finalmente, estos informes también indican que en España no se cumplen con las recomendaciones que GRECO dirigió al Estado en 2014 a este respecto.*

KEY WORDS: *Group of States against Corruption of Council of Europe, GRECO, Compliance Report, corruption, division of powers, Judiciary Power, Spain.*

PALABRAS CLAVE: *Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa, GRECO, Informe de Resultado, corrupción, división de poderes, Poder Judicial, España.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *10.10.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA CRISIS CONSTITUCIONAL EN POLONIA (2015-2017): COMO CUESTIONAR EL SISTEMA DEL EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL EN DOS AÑOS

ADAM KRZYWOŃ
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Varsovia

SUMARIO

I. Introducción. II. Asalto a la independencia del poder judicial. III. Cuestionamiento de la independencia del Tribunal Constitucional. IV. Asalto a la independencia de otros órganos del poder judicial. V. Toma de control político de los medios de comunicación públicos. VI. Subordinación política de la Función Pública. VII. Riesgo para los derechos y libertades. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los años 2015-2017 Polonia ha experimentado una transformación política profunda. Lo que dio impulso para estos cambios fueron las elecciones parlamentarias celebradas en otoño de 2015. El partido conservador de derecha, Prawo i Sprawiedliwość *(Ley y Justicia)* ganó mayoría absoluta en la cámara baja del parlamento polaco (Sejm). El resultado permitió iniciar unos cambios legales múltiples que —sin una modificación formal de la Constitución de 1997 vigente— constituyen una alteración vital de los estándares de funcionamiento del Estado, poniendo en peligro varias normas y principios constitucionales[1]. Por consiguiente, tanto en el lenguaje coloquial, como periodístico y académico empezó a usarse el término de «crisis constitucional», lo que refleja la gravedad de los problemas actuales de Polonia.

Varias instituciones internacionales observan atentamente lo que sucede en Polonia. La Comisión de Venecia desempeña un papel importante en la vigilancia

1 J. GARCÍA ROCA: *De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas*, Teoría y Realidad Constitucional, 2017, nº 40, p. 200. Modificar las leyes y mantener inalterada la constitución es una tentación muy frecuente. Seguir este modelo, como destaca el Autor, dilata y merma el respeto a cultura del Estado de Derecho.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los riesgos que corre el imperio de la ley[2]. Los cambios que se implementan en Polonia provocan también una reacción de parte de la Unión Europea. El día 21 de diciembre 2017 la Comisión Europea, por la primera vez en su historia, ha iniciado el procedimiento del articulo 7(1) del Tratado de la UE para garantizar que Polonia respete los valores de la UE, entre ellos, el Estado de derecho[3]. Es así, porque no cabe duda que la violación del principio de legalidad por parte de un Estado miembro no tiene solo un impacto de carácter interno, sino también externo. Cada Estado miembro de la UE se encuentra dentro de un sistema de relaciones y vinculaciones mutuas que hacen que una transgresión de los valores constitucionales comunes afecte de hecho a todos los ciudadanos de la Unión. Adicionalmente, el Estado transgresor de las reglas principales participa también en el ejercicio del poder dentro de las instituciones comunitarias, afectando de este modo a la calidad del proceso decisorio de toda la UE[4]. La problemática de la observancia del principio de legalidad y de la responsabilidad del Estado miembro exigida por la UE de acuerdo con los tratados es extremadamente compleja y es objeto de pormenorizados estudios del derecho europeo. Por tanto, estas cuestiones, en particular las actuaciones de la UE y la reacción del gobierno polaco, no formarán parte del objeto del presente análisis[5].

Por consiguiente, en el artículo se presentarán los principales problemas constitucionales que aparecieron en Polonia en los años 2015-2017. El análisis se centrará sobre todo en el aspecto constitucional y procedimental de la crisis, dedicándose la mayor atención a la materia de la injerencia en la independencia del poder judicial y de otras instituciones provistas de autonomía constitucional. Serán también objeto de interés las vulneraciones de los procedimientos constitucionales relativos al proceso legislativo, la calidad del mismo y el establecimiento de los mecanismos transitorios pertinentes.

II. ASALTO A LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Los síntomas más graves de la crisis constitucional se observan en el ámbito del poder judicial. Esto se refiere tanto al cuestionamiento de la independencia de

2 J. NERGELIUS: «The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania» en A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND: *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Oxford 2015, p. 304.

3 Cfr. D. KOCHENOV, L. PECH, K. L. SCHEPPELE: *The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?, VerfassungsBlog*, http://verfassungsblog.de/the-european-commissions-activation-of-article-7-better-late-than-never/ (fecha de acceso 23 de diciembre de 2017) y A. SOJKA: El «regalo» de Navidad de la Comisión Europea para Polonia, http://agendapublica.elperiodico.com/regalo-navidad-la-comision-europea-polonia/ (fecha de acceso: 23 de diciembre de 2017).

4 C. CLOSA: «Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations» en C. CLOSA, D. KOCHENOV: *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press 2016, p. 18.

5 Cfr. C. PEREZ BERNARDEZ: *La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas juridico-politicas al caso polaco*, Revista General de Derecho Europeo, 2016, nº 40, p. 48-95.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la jurisdicción constitucional como al asalto a todo el segmento de la jurisdicción ordinaria, especialmente el Tribunal Supremo (en adelante: TS) y el Consejo Nacional de Judicatura (en adelante: CNJ) que vigila la independencia de los jueces. Actitudes de este tipo no son infrecuentes en sistemas poco estables, donde existe la tendencia al abuso del poder y el riesgo de un gobierno de régimen autoritario. Hoy en día esta situación se da en varios países de la Europa Central y del Este donde llegan a implementarse numerosas medidas que cuestionan el carácter separado del poder judicial[6].

En consecuencia, los jueces se enfrentan al dificultoso dilema de elección entre el cumplimiento «ciego» de las leyes dictadas por el parlamento o el respeto del imperio de la ley y de las normas constitucionales. La oportunidad de controlar el poder judicial se crea, pues, con el fin de aprovecharse de los juzgados y tribunales para legitimar las actuaciones controvertidas del legislativo y del ejecutivo[7]. El Gobierno y la mayoría parlamentaria se esmeran al mismo tiempo en guardar las apariencias de legalidad, y los cambios de dudosa constitucionalidad van acompañados de tales argumentos populistas como la necesidad de «enmendar» al Tribunal Constitucional, «reformar» y «despolitizar» a los tribunales. Seguramente se trata, entre otras cosas, de crear también una imagen presentable en el entorno internacional, ya que los cambios del ámbito del poder judicial han despertado preocupación y críticas de parte de numerosas organizaciones internacionales, incluida la Unión Europea y el Consejo de Europa.

III. CUESTIONAMIENTO DE LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución polaca de 1997 adopta el modelo concentrado del control de la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional (en adelante: TC), que verifica la compatibilidad jerárquica de las normas, está provisto de independencia constitucional. El Tribunal se compone de 15 magistrados elegidos por el Sejm y designados individualmente para un mandato de 9 años, de entre las personas de reconocida competencia en el ámbito del derecho (art. 194 aptdo. 1 de la Constitución). En el ejercicio de su mandato, los magistrados son independientes y se someten únicamente a la Constitución (art. 195 aptdo. 1 de la

6 P. BLOKKER: *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia,* Routledge 2014, p. 6 y sig.; B. **BUGNARIČ**: *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: 'Lands in-between' democracy and authoritarianism*, International Journal of Constitutional Law, 2015, nº 1(13), p. 221; B. **BUGNARIČ**, T. GINSBURG: *The Assault on Postcommunist Courts*, Journal of Democracy, 2016, nº 3(27), p. 69 y sig.; S. GADRBAUM: *Revolutionary Constitutionalism*, International Journal of Constitutional Law, 2017, nº 1(15) p. 174 y sig.

7 H. P. GRAVER: *Judges Against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Springer 2015, p. 35.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Constitución) y deben ser apolíticos (art. 195 aptdo. 3). A estas garantías se unen las siguientes: la prohibición de ser reelegidos (art. 194 aptdo. 1 de la Constitución), la inmunidad e integridad judicial (art. 196 de la Constitución), así como la garantía de unas condiciones de trabajo apropiadas y una remuneración digna (art. 195 aptdo. 2). El Presidente y Vicepresidente del TC son designados por el Presidente de la República de entre los candidatos presentados por la asamblea de todos los magistrados del TC (art. 194 aptdo. 2 de la Constitución). La Constitución establece que las sentencias del TC tienen fuerza de normas de aplicación general, son vinculantes y deben ser publicadas inmediatamente en el diario oficial (art. 190). Al mismo tiempo, la Constitución dispone que la organización detallada del TC y su régimen de procedimiento se regulan en una ley (art. 197 de la Constitución)[8].

Al analizar el conjunto de los cambios que en los años 2015-2017 afectaron la jurisdicción constitucional de Polonia es posible discernir tres aspectos de la crisis del TC. El primero de ellos se refiere a los asuntos personales, relacionados con el modo de elegir a los magistrados y su independencia del legislativo y ejecutivo. El segundo es de carácter institucional, lo que se manifestó ante todo en el cuestionamiento por parte del ejecutivo de las sentencias del TC y en la infracción de las reglas constitucionales de elección del Presidente del TC. Finalmente, el tercer aspecto, procedimental, se expresa en la aprobación por el Parlamento de tales medidas relativas al procedimiento ante el TC que de hecho despojan al Tribunal de su capacidad de actuar.

Hay que observar que el asalto a la independencia del TC estuvo relacionado con una considerable intensificación de la actividad legislativa. Entre noviembre de 2015 y diciembre de 2016 se promulgaron nada menos que 5 leyes reguladoras de la condición del TC y del régimen de procedimiento ante el mismo. Los proyectos de dichas leyes fueron presentados por grupos de diputados, por lo que no estaban sujetos a ningún tipo de consulta pública o procedimiento de evaluación. Fue así porque en el sistema legal polaco únicamente la iniciativa legislativa del gobierno conlleva la obligación de recabar la opinión de las instituciones de la sociedad civil. Ya en 2015 se llevaron a cabo de este modo dos modificaciones de los fundamentos legales de funcionamiento del TC. En ambos casos el procedimiento legislativo en el Parlamento duró pocos días y el Presidente de la República firmó las leyes el mismo día en el que éstas le fueron remitidas. Este modo de proceder, tratándose de un asunto vital para el régimen de una de las instituciones públicas fundamentales, fue considerado como una vulneración de los estándares vigentes en un Estado democrático[9]. El mismo TC constató que la enorme acumulación de transgresiones durante el procedimiento legislativo

8 M. VALVIDARES SUAREZ: *El constitucionalismo polaco: pasado y presente*, REDC, 2002, nº 65, p. 192-193.

9 *Opinion on amendements to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)*, § 132.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contravenía las reglas de legislación y constituía una violación del principio de legalidad[10].

Con el modo de implementar cambios en las leyes relativas al régimen del TC está relacionado también el problema del período adecuado de adaptación (*vacatio legis*). Algunas de las referidas enmiendas fueron implementadas en la fecha de su promulgación, sin ofrecer al TC la posibilidad de adaptar su organización a la aplicación de la nueva ley. La intención del legislador se hizo patente en este caso: la inexistencia del *vacatio legis* tenía por objetivo impedir al TC el control de la constitucionalidad de las enmiendas antes de su entrada en vigor[11]. La Comisión de Venecia también expresó sus objeciones a este respecto, subrayando que el TC debía tener la posibilidad de realizar un control preventivo de la ley que regulaba la actividad del Tribunal. Tal necesidad se desprende del principio de supremacía de la Constitución[12].

Los fundamentos actuales del funcionamiento del TC están definidos en dos leyes de 30 de noviembre de 2016: la ley de organización y régimen de procedimiento ante el TC y la ley de la condición de magistrados del TC. Junto con la ley de 13 de diciembre de 2016 que contiene las disposiciones introductorias a aquellas dos leyes, estas normas establecieron el aspecto general de las regulaciones vigentes en la actualidad y petrificaron las transgresiones cometidas desde finales de 2015 en el ámbito personal, institucional y procedimental.

III.1. **Aspecto personal de la crisis del TC**

Los primeros síntomas de la crisis personal aparecieron durante la promulgación de la nueva ley del TC (de 25 de junio de 2015). Los trabajos fueron iniciados en el propio TC. A base de las experiencias relacionadas con la aplicación de la ley anterior[13] se formularon propuestas legislativas, aceptadas posteriormente por el Presidente de la República que en 2013 había planteado una iniciativa legislativa. El procedimiento legislativo se prolongó considerablemente y la aprobación de la ley coincidió con el período de campaña electoral. En la última etapa de los trabajos en el Parlamento se introdujo en la ley una disposición transitoria que permitía al Sejm de la VII legislatura (años 2011-2015) la elección de los magistrados del TC cuyo mandato terminaba en el año 2015. El Sejm hizo uso de dicha competencia y en octubre de 2015 eligió a 5 magistrados del TC. El mandato de 3 de ellos terminaba durante la VII legislatura, mientras que el mandato de 2 otros no se extinguiría hasta diciembre de 2015, es decir, después de

10 Sentencias de 9 de diciembre de 2015, K 35/15 y 9 de marzo de 2016 r., K 47/15.

11 Sentencia de 9 de marzo de 2016, K 47/15.

12 *Opinion on amendements to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)*, § 36 y 41.

13 La ley del TC de 1 de agosto de 1997.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las elecciones parlamentarias (noviembre de 2015) y el inicio de la VIII legislatura (años 2015-2019).

Un elemento del procedimiento de elección de los magistrados del TC, regulado solamente por la ley, es la toma, por parte del Presidente de la República, del juramento del magistrado elegido por el Sejm. El objetivo de tal regulación radica en subrayar el rango de la posición del magistrado, y no en ofrecer al Presidente la posibilidad de influir en la elección realizada —de acuerdo con la Constitución— exclusivamente por el Sejm. Si el Presidente hubiera de desempeñar en este procedimiento un papel activo, entonces, debido a la independencia del TC, tendría que haberse previsto una disposición expresa al respecto en la propia Constitución. A pesar de ello, el Presidente renunció tomar el juramento de todos los 5 magistrados elegidos en octubre de 2015, alegando dudas constitucionales relativas al fundamento legal de la elección de los nuevos miembros del TC. Esta incertidumbre fue expresada también por un grupo de diputados quienes, en noviembre de 2015, dirigieron al TC una solicitud de control de la constitucionalidad de la regulación transitoria que había permitido al Sejm de la VII legislatura elegir a todos los 5 magistrados.

Sin esperar la resolución de esa cuestión por parte del TC, el Sejm de la VIII legislatura, a finales de noviembre y a principios de diciembre de 2015, adoptó unos acuerdos que anulaban la decisión del Sejm de la VII legislatura, de octubre de 2015, de elección de los magistrados y, después, designó a 5 nuevas personas de su propia elección para los cargos de magistrado. El Presidente, de inmediato (en una sesión nocturna), tomó el juramento de aquellas personas.

El día 3 de diciembre de 2015, el TC emitió una sentencia muy clara y de suma importancia, relativa a las reglas constitucionales de elección de los magistrados del TC por el Sejm[14]. El Tribunal observó que entre los principios fundamentales del sistema se encontraba la continuidad del funcionamiento del TC y el cumplimiento de la regla de mandato escalonado, por lo que la competencia del Sejm en el ámbito de elección de los magistrados debía realizarse exclusivamente dentro del marco temporal de su legislatura. De la Constitución se desprende la obligación de elegir al magistrado por el Sejm de determinada legislatura durante la cual se produce la vacante. No se trata aquí de cualquier Sejm, sino de aquél cuyo ámbito temporal de actividad coincide con la fecha de extinción del mandato del magistrado del TC. Por tanto, el TC hizo constar que la terminación del mandato de 2 de entre los 5 magistrados elegidos por el Sejm de la VII legislatura sucedió durante la VIII legislatura. En consecuencia, se consideró que las disposiciones legales transitorias que permitían realizar tal elección eran en este ámbito inconstitucionales. El TC observó, sin embargo, que la elección de las otras 3 personas durante la VII legislatura (en octubre de 2015) era válida y compatible con la Constitución. El Tribunal subrayó al mismo tiempo

14 Sentencia de 3 de diciembre de 2015, K 34/15.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que la elección, por el Sejm de la VII legislatura, de 2 magistrados «por anticipado», constituía un precedente peligroso, ya que tal solución podría ser usada por cada Sejm para cubrir de forma anticipada las vacantes que se producirían en los cargos de magistrados en los años siguientes. La Comisión de Venecia apoyó esta opinión subrayando que en un Estado democrático que respeta las reglas del imperio de la ley, las vacantes en los puestos de los magistrados deben cubrirse por el parlamento de la legislatura durante la que se producen[15].

El Tribunal aclaró también el significado de la regulación legal relativa al juramento del magistrado ante el Presidente de la República. En la referida sentencia se dice que la condición de magistrado nace ya en el momento de finalizar el procedimiento de elección del candidato por parte del Sejm como el único ente que, en virtud del art. 194 aptdo. 1 de la Constitución, elige a los magistrados. La competencia del Presidente de tomar el juramento pertenece, en cambio, a un ámbito meramente ceremonial y no tiene carácter autoritativo. Dada esta clara distribución de competencias, el TC subraya que las disposiciones de la ley acerca de la toma del juramento por parte del jefe del Estado deben entenderse como la obligación del Presidente de recibir el juramento sin demora. Formular una opinión distinta, según la cual el jefe del Estado tuviera la libertad de decidir sobre la aceptación o rechazo del juramento del magistrado elegido por el Sejm, equivaldría a crear una nueva norma constitucional +678que convertiría al Presidente en un ente adicional, aparte del Sejm, autorizado para decidir sobre la composición del TC. El Presidente no tiene, por tanto, posibilidad de evaluar por su propia cuenta ni el fundamento legal, ni la legalidad del procedimiento de elección de un magistrado del TC.

El Tribunal analizó también la eventual capacidad del Sejm de revocar la elección de los magistrados del TC realizada por el Sejm de la legislatura anterior y opinó que un acuerdo del Sejm sobre la elección de los magistrados tenía el carácter definitivo y no podía ser enervado. Esto significa que el Sejm de la misma o de las siguientes legislaturas no puede revocar la elección, declarar su nulidad o ineficacia. En consecuencia, los acuerdos del Sejm de la VIII legislatura que anulaban la elección de los magistrados realizada por el Sejm de la VII legislatura fueron considerados por el TC como actos internos del parlamento con carácter de declaración. En el dictamen del TC, estos acuerdos presentan la opinión del Sejm y no surten efecto creativo. En un momento posterior, el TC dictaminó también que dichos acuerdos no tenían carácter abstracto y general, no eran actos normativos, por lo que no era posible resolver sobre su constitucionalidad[16].

A pesar de esta resolución tan unívoca acerca del reparto constitucional de competencias en el ámbito de elección de los magistrados del TC, el Presidente

15 *Opinion on amendements to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)*, § 114.

16 Auto de 7 de enero de 2016, U 8/15.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no tomó el juramento de 3 magistrados elegidos legalmente durante la VII legislatura. Por esta razón, aquellos magistrados nunca fueron admitidos para juzgar y dictar sentencias. Inicialmente, debido al contenido de las referidas sentencias, el Presidente del TC tampoco permitió dictar sentencias a 3 personas elegidas para aquellas plazas de forma ilícita por el Sejm de la VIII legislatura (de esas personas, el Presidente de la República sí que tomó juramento, a pesar de que habían sido elegidas de forma defectuosa). Sin embargo, tras el cambio en el cargo de Presidente del TC en diciembre de 2016, aquellas personas quedaron incluidas en el grupo de magistrados encargados de conocer y decidir las causas. Esas personas, a las que se les llama «dobles de magistrados», participan entonces en la emisión de sentencias, lo que puede despertar serias incertidumbres acerca de la validez de tales resoluciones. Esta situación conlleva la necesidad de encontrar respuesta a la pregunta sobre la eficacia de las sentencias dictadas con participación de las personas que, a la luz de la Constitución, no ostentan la condición de magistrados.

La condición de magistrados del TC fue también objeto de otras soluciones legislativas adoptadas entre diciembre de 2015 y diciembre de 2016. Las leyes promulgadas en aquel período injerían en la independencia de los magistrados del TC regulando de un modo inconstitucional las cuestiones de la inmunidad formal, las reglas del procedimiento disciplinario o la posibilidad de destituir a un magistrado[17]. Son unas cuestiones de suma importancia que afectan directamente la independencia de todo el TC. Sin embargo, un análisis pormenorizado de las mismas va más allá del marco de este artículo[18].

III.2. **Aspecto institucional de la crisis del TC**

La crisis, en su aspecto institucional, se manifestó cuando el ejecutivo y el legislativo ignoraron el contenido de las sentencias del TC. De acuerdo con la Constitución, las resoluciones del TC deben ser publicadas inmediatamente en el diario oficial pertinente (art. 190 aptdo. 2). Conforme a la ley, el responsable de la publicación de los diarios es el Primer Ministro, y los actos normativos, sentencias del TC y otros documentos (relativos p.ej. a las elecciones) se publican en su versión electrónica en la página web pertinente. La competencia del Primer Ministro es de carácter técnico y en ningún caso admite la verificación de la validez o constitucionalidad de los actos publicados en el diario oficial. A pesar de estas reglas tan unívocas, el gobierno, en algunos casos, retrasó la publicación de las sentencias alegando que las resoluciones del TC habían sido

17 Sentencia de 9 de marzo de 2016, K 47/15.

18 *Opinion on amendements to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)*, § 92-94.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dictadas por un grupo inadecuado de magistrados[19]. Finalmente, no fueron publicadas en el diario oficial tres sentencias del TC[20]. Sabiendo probablemente que la falta de publicación de las sentencias del TC constituye una grave violación de las reglas del Estado de derecho que conlleva la posibilidad de ejercerse la acción de responsabilidad constitucional, el legislador decidió «rescatar» en cierto modo al gobierno. En la última enmienda de la ley del TC está prevista una regulación transitoria según la cual las sentencias no publicadas hasta el momento no necesitan publicarse si se refieren a actos normativos que ya no son vigentes. Por tanto, se corroboró por ley el carácter histórico de las sentencias que declaraban inconstitucionales las anteriores enmiendas de la ley del TC, eximiéndole al gobierno de la obligación de publicarlas. Este fenómeno constituye un precedente muy peligroso, difícil de aceptar, a la luz de las reglas del Estado de derecho. Del mismo modo, pues, el gobierno podría renunciar la publicación de cualquier ley, alegando las supuestas irregularidades relacionadas con la promulgación de la misma, o evitar la publicación en el diario oficial del resultado de las elecciones, alegando un presunto carácter deshonesto de las mismas.

Según ya se ha observado, hasta diciembre de 2016 el Presidente del TC no permitió el acceso a sus funciones a los 3 magistrados elegidos por el Sejm de VIII legislatura en un procedimiento ilícito. Esa actitud le expuso a ataques de parte del gobierno y mayoría parlamentaria. Inicialmente, por medio de una enmienda de la ley del TC, se intentó introducir el principio de periodicidad del mandato de Presidente del TC [21]. Por consiguiente, se previó una regulación transitoria, de acuerdo con la cual, en el momento de entrar la enmienda en vigor iba a extinguirse el mandato del Presidente actual. La constitucionalidad de estas enmiendas fue verificada por el TC que opinó que tales regulaciones constituían una injerencia injustificada en el ámbito de la independencia del poder judicial[22]. El TC en su resolución admitió la posibilidad de introducir el principio de periodicidad del mandato del Presidente del TC únicamente con efecto *pro futuro*. El legislador no puede reducir de forma arbitraria la duración del desempeño de la función directiva de un órgano del poder judicial. Puesto que el Presidente del TC fue designado antes de realizarse la enmienda de la ley que introducía el principio de periodicidad, la persona que

19 Las sentencias de 3 de diciembre de 2015, K 34/15 y 9 de diciembre de 2015, K 35/15 han sido finalmente publicadas después de unas semanas.

20 Son sentencias de 9 de marzo de 2016, K 47/15; de 11 de agosto de 2016, K 39/16 y de 7 de noviembre de 2016, K 44/16. Cfr. los argumentos recogidos en *Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016)*, § 74 – 101. Las omisiones en la publicación de las sentencias han sido criticadas también por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *Concluding observations on the seventh periodic report of Poland (26 November 2016)*, § 7.

21 La Constitución no establece la periodicidad del mandato de Presidente del TC por lo cual las personas nombradas para este cargo ejercían sus funciones hasta la extinción del mandato del magistrado de TC.

22 Sentencia de 9 de diciembre de 2015, K 35/15.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desempeñaba dicho cargo estaba sujeta a protección por medio de la garantía de estabilidad del desempeño de sus funciones. El Tribunal se pronunció también en contra de incluirse en la ley la posibilidad de reelección de la misma persona para el cargo de Presidente del TC en la situación cuando sobre la designación iba a decidir de forma discrecional un órgano del poder ejecutivo (el Presidente de la República), argumentando que tal medida atentaba contra el equilibrio de los poderes, contra la independencia del TC y creaba oportunidades para ejercer presión externa sobre el Presidente del TC.

En diciembre de 2016, la mayoría parlamentaria, después del retiro del que fue entonces el Presidente del TC, consiguió que se designara para dicho cargo a una persona apoyada por ellos. A tal efecto, en las disposiciones transitorias de las nuevas leyes reguladoras del estatus y actividad del TC se creó el cargo del «magistrado Presidente en funciones», responsable de convocar la asamblea general de magistrados y elegir a los candidatos para el cargo de Presidente que —de acuerdo con el art. 194 aptdo. 2 de la Constitución— fue finalmente designado por el Presidente de la República. Se empleó aquí el método de crear por medio de la ley un órgano cuya existencia no estaba prevista por las normas constitucionales, y encargarle el ejercicio de las competencias adjudicadas por la Constitución a otro ente. A mayor abundamiento, existen dudas acerca del modo de convocarse la asamblea de magistrados por la persona que desempeñaba las funciones de Presidente del TC. La asamblea se convocó de un día a otro, no todos los magistrados pudieron participar y se permitió la participación de 3 personas que habían sido elegidas de forma ilícita (los llamados «dobles de magistrados»).

III.3. **Aspecto procedimental de la crisis del TC**

Entre noviembre de 2015 y diciembre de 2016 se acometió también el intento de paralizar al TC en su aspecto procedimental. La mayoría parlamentaria, en las sucesivas enmiendas de la ley del TC, introdujo tales mecanismos de procedimiento ante el Tribunal que de un modo evidente impedían el funcionamiento diligente y eficaz del mismo. Se optó por unos cambios profundos de las reglas de funcionamiento de la asamblea general de magistrados, asignación de casos a los magistrados, fechas de las audiencias y la mayoría necesaria para dictar la sentencia[23]. El requisito de mayor envergadura fue la introducción de la regla que decía que el TC estaba obligado a tramitar los casos según el orden de entrada de los mismos, causando un total estancamiento del TC que no podía tratar ningún caso como prioritario, debido su importancia social, para tramitarlo con mayor

23 Cfr. J. F. LÓPEZ AGUILAR, *El caso de Polonia en la UE: Retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y dilema de Copenhague,* Teoría y Realidad Constitucional, 2016, nº 38, p. 124 y 130.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

brevedad. Tal acumulación de cambios procedimentales fue considerada por el TC como una injerencia inadmisible en la independencia del Tribunal Constitucional y su separación de los otros poderes. Sin embargo, las resoluciones del TC relativas a estos problemas no fueron publicadas[24]. También la Comisión de Venecia observó que la introducción conjunta de las referidas modificaciones procedimentales dificultaba considerablemente el proceso del control de constitucionalidad, haciendo que el TC dejara de ser el garante del cumplimiento de la Constitución[25].

IV. ASALTO A LA INDEPENDENCIA DE OTROS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL

Unos cambios profundos afectaron también a otros órganos del poder judicial. En verano de 2017 se iniciaron los procedimientos legislativos de las leyes del sistema organizativo de los tribunales ordinarios, del CNJ y del TS. Los proyectos no se habían sometido previamente a consultas y la intención de la mayoría parlamentaria era tramitar todo el proceso legislativo en apenas unos días. El único procedimiento que se consiguió terminar fue el relativo a la primera de estas leyes, mientras que las otras dos —las que regulaban el sistema organizativo del SJN y del TS— encontraron una respuesta negativa del Presidente de la República quien, argumentando que dichas leyes constituían un instrumento de politización de la judicatura, las vetó en agosto de 2017. En otoño de 2017, el Presidente hizo uso de su iniciativa legislativa presentando sus propios proyectos de leyes sobre el TS y el CNJ. Dichas leyes, promulgadas en diciembre de 2017, repiten, desgraciadamente, las regulaciones inconstitucionales que se habían propuesto anteriormente en las leyes vetadas[26]. Su firma por la parte del Presidente de la República el 21 de diciembre 2017 coincidió con la activación por la Comisión Europea el procedimiento preventivo previsto por el articulo 7(1) Tratado de la UE[27]. El marco de este artículo impide que se analicen detalladamente todos los cambios, por lo que será necesario limitarse a aquéllos que de forma más ostensible injieren en la separación de poderes y en la independencia del poder judicial.

24 Sentencias de 9 de marzo 2016, K 47/15; de 11 de agosto 2016, K 39/16 y de 7 de noviembre 2016, K 44/16.

25 *Opinion on amendements to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)*, § 54-91 y *Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016)*, § 43-64.

26 W. SADURSKI: *Judicial «Reform» in Poland: The President's Bills are as Unconstitutional as the Ones he Vetoed, VerfassungsBlog,* http://verfassungsblog.de/judicial-reform-in-poland-the-presidents-bills-are-as-unconstitutional-as-the-ones-he-vetoed/ (fecha de acceso: 23 de diciembre de 2017).

27 C. CLOSA MONTERO: *Polonia y las limitaciones de cumplimiento del artículo 7*, http://agendapublica.elperiodico.com/polonia-las-limitaciones-cumplimiento-del-articulo-7/ (fecha de acceso: 23 de diciembre de 2017).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV.1. **Estatus constitucional del Consejo Nacional de Judicatura**

De acuerdo con la Constitución, el CNJ vigila por la independencia de los tribunales y la autonomía de los jueces (186 aptdo. 1). El Consejo puede solicitar al Tribunal Constitucional el control jerárquico de las normas y desempeña un papel importante en el proceso de designación de los jueces y magistrados, teniendo la competencia exclusiva de solicitar al Presidente de la República el nombramiento del juez (art. 179 de la Constitución). La composición del Consejo es mixta: la Constitución prevé que el Consejo está compuesto por representantes del poder judicial (el Presidente Primero del TS, el Presidente del Tribunal Superior Administrativo y quince magistrados), poder legislativo (cuatro diputados elegidos por el Sejm y dos senadores elegidos por el Senado) y del poder ejecutivo (el Ministro de Justicia y un representante del Presidente de la República). Al mismo tiempo, no cabe duda que en la composición del CNJ predomina el factor judicial (17 magistrados de entre 25 personas). Los autores de la Constitución, tomando en cuenta la función del CNJ de vigilar por la independencia del poder judicial, implementaron deliberadamente este reparto de fuerzas. Un elemento de garantía adicional es la definición constitucional de la duración del mandato de los miembros del CNJ que es de 4 años.

El primer problema fundamental relacionado con las modificaciones del régimen del CNJ aprobadas por el Parlamento en diciembre de 2017 se refiere al modo de elección de los magistrados para el Consejo. La Constitución prevé únicamente que el CNJ se compone de «15 magistrados elegidos de entre los magistrados del TS, jueces de tribunales ordinarios, tribunales administrativos y tribunales militares» (art. 187 aptdo. 1 numeral 3). No se indica expresamente quién elige a los magistrados, pero hasta ahora, debido al requisito de independencia de la judicatura, se asumía que lo hacían los propios jueces. La regulación anterior preveía unas elecciones directas a todos los niveles de la judicatura (los jueces de los tribunales de instancias inferiores elegían a sus representantes que, después, junto con los jueces de los tribunales de instancias superiores, elegían a los 15 magistrados, miembros del CNJ).

Las modificaciones introducidas en diciembre de 2017 consisten en quitar a los jueces la posibilidad de elegir a sus representantes y autorizar al Sejm a elegir los 15 magistrados, miembros del CNJ. Los partidarios de esta idea (el Presidente de la República, el Gobierno y la mayoría parlamentaria) alegan el principio de soberanía de la Nación (art. 4 de la Constitución) argumentando que los diputados que van a elegir a los magistrados disponen de legitimación democrática. Tal opinión no refleja, sin embargo, la interpretación funcional ni sistémica de las disposiciones pertinentes de la Constitución. Debido a la separación y equilibrio de los poderes (art. 10 de la Constitución) y los requisitos de independencia y autonomía del poder judicial (art. 173 de la Constitución) es difícil suponer que sea constitucional una regulación que encarga al Sejm de elegir una mayoría decisiva de los miembros del CNJ. Tampoco las normas internacionales permiten

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

adoptar unas soluciones que marginalicen la voz de la judicatura asegurando a los poderes ejecutivo y legislativo una influencia decisiva en el proceso de designación de jueces y magistrados[28]. En consecuencia, hay que observar que las medidas adoptadas en la ley del CNJ son una manifestación de la instrumentalización de ciertas ambigüedades lingüísticas que aparecen en el texto de la Constitución. La elección por parte del Sejm de 15 magistrados miembros del CNJ, junto con el mecanismo constitucional de nombramiento de los jueces por el Presidente de la República, son unos instrumentos que conllevan un aumento de la injerencia política en el funcionamiento de la administración de justicia.

Otro problema relacionado con el estatus constitucional del CNJ se refiere a la reducción, por ley, de la duración del mandato de los miembros actuales de dicho órgano. Según ya se ha dicho, la Constitución prevé que el mandato de los magistrados elegidos para el CNJ dura 4 años, lo que significa que en dicho período se estabiliza la composición personal de la entidad. Los miembros del CNJ se acogen en este ámbito a la protección constitucional que no se puede suprimir de forma arbitraria por el legislador. A pesar de que en los Estados democráticos existe de forma generalizada este estándar unívoco relativo a la garantía de la periodicidad del mandato, la enmienda de la ley del CNJ prevé que la promulgación de la misma conllevará la extinción del mandato de los magistrados miembros del CNJ actuales.

IV.2. **Estatus constitucional del Tribunal Supremo**

En diciembre de 2017 se promulgó también una nueva ley del TS. Entre los cambios que despiertan la mayor incertidumbre se encuentra, en primer lugar, la definición de las reglas de retiro de los jueces y magistrados. El legislador decidió reducir la edad de jubilación de los jueces de 70 a 65 años. La ley admite, sin embargo, que un juez o magistrado pueda solicitar al Presidente de la República la autorización para seguir desempeñando sus funciones. El Presidente puede tomar esta decisión dos veces, cada vez prolongando el mandato del juez por 3 años (hasta los 71 años como máximo). La prerrogativa es de carácter discrecional, y antes de tomar la decisión el Presidente puede consultarla con el CNJ. Estas reglas afectan también a aquellos jueces y magistrados que en el momento de la entrada en vigor de la ley han cumplido los 65 años. Será un órgano del poder ejecutivo el que decidirá sobre la posibilidad de esos jueces de continuar desempeñando sus funciones. Esto de refiere también al Presidente Primero del TS cuyo

28 Cfr. *Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017),* § 19-27 y Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa: *Final Opinion on Draft Amendements to the Act on the National Council of the Judiciary and Certain Other Acts of Poland (5 May 2017)*, § 33-47.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mandato según la Constitución es de 6 años (art. 183 aptdo. 3). La persona nombrada a este cargo en 2014 (hasta 2020), en noviembre de 2017 cumplió 65 años, por lo cual fue destituida de este cargo constitucional a través de una ley ordinaria.

La nueva ley prevé también numerosos cambios de la estructura del TS, creando una nueva división entre las Cámaras e instaurando, entre otros, la Cámara Disciplinaria. Lo que despierta dudas es el estatus legal de dicha Cámara y el hecho de atribuirle una autonomía considerable frente al Presidente Primero del TS[29]. La creación de esta Cámara —que conllevará la necesidad de designar a todos los jueces y magistrados que la compongan— debe también analizarse de forma contrastada con los referidos cambios del modo de elegir a los miembros del CNJ. Con respecto a las medidas procedimentales, hay que recalcar la introducción de la institución del recurso extraordinario ante el TS. Es un instrumento que permite cuestionar cualquier sentencia que se hizo firme después del año 1997 (después de la entrada en vigor de la Constitución vigente). Los motivos legales para que se pueda conocer del recurso consisten en demostrar que la sentencia infringe el principio de legalidad y la justicia social, incluidos los derechos y libertades constitucionales. Estas medidas despiertan numerosas objeciones constitucionales. La definición tan general de los motivos del recurso, así como el ámbito temporal de la retroacción posible, afectan el principio de estabilidad de las sentencias judiciales que constituye un elemento permanente del derecho al juicio. Esto socava también el principio constitucional de seguridad jurídica que a cada una de las partes de una sentencia judicial definitiva y firme le garantiza que dicha sentencia no será objeto de una modificación arbitraria en el futuro.

V. TOMA DE CONTROL POLÍTICO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICOS

Otro entorno afectado en los años 2015-2017 por unas modificaciones profundas y de dudosa constitucionalidad son la radio y televisión públicas. La regulación constitucional en este ámbito prevé, por un lado, unas normas materiales, en particular, en forma de la garantía de libertad de la prensa y otros medios de comunicación masiva (art. 14) y, por otro, establece unas soluciones institucionales. Estas últimas se refieren al nombramiento del Consejo Nacional de Radio y Televisión (en adelante: CNRT) y la definición de sus tareas tales como la vigilancia por la libertad de palabra, derecho a la información y el interés público en la radio y televisión (art. 213 aptdo. 2). Está definida también la composición del

29 Cfr. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa: *Opinion on Certain Provisions of the Act on the Supreme Court of Poland (13 November 2017)*, § 2.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CNRT cuyos miembros son designados por el Sejm, el Senado y el Presidente de la República (art. 214 aptdo. 1 de la Constitución).

El modo constitucional de regulación del estatus del CNRT permite suponer que éste es un órgano que se encuentra fuera del perímetro de la clásica separación de poderes. Se opina que no es posible incluir al CNRT de forma unívoca dentro del segmento del poder ejecutivo, legislativo o judicial y que es un ente autónomo e independiente del Gobierno. El Consejo queda constitucionalmente separado del ámbito de la administración gubernamental, lo que significa que se suprime la posibilidad de que el Gobierno ejerza de forma institucional una influencia en la actividad del mismo[30]. El Gobierno no participa en el nombramiento del CNRT y las competencias creadoras se encuentran conferidas a otros entes constitucionales (el Sejm, el Senado y el Presidente de la República), decidiendo así del carácter pluralista del Consejo. Los medios públicos, en el alcance en el que realizan su misión, se perciben como un tipo de bien común[31]. Su misión primordial consiste en proporcionar información independiente, de interés de la opinión pública. Esto se relaciona también con el principio del Estado democrático de derecho (art. 2 de la Constitución), cuya realización definitiva requiere que exista un pluralismo de opiniones y una posibilidad de presentarlas libremente en el entorno público.

El modo de funcionar los medios quedó detallado en la ley de la radio y televisión, de 29 de diciembre de 1992. La radio y la televisión públicas quedaron organizadas en forma de sociedades anónimas de la Hacienda Pública (Telewizja Polska SA y Polskie Radio SA), y al CNRT, desde el momento de su instauración en 1993, le correspondía el derecho de designar las autoridades (consejos de supervisión y consejos de administración) de dichas compañías. La intención de los creadores del referido sistema fue independizar a los directivos de las compañías de la radio y televisión públicas de la influencia del Gobierno y la mayoría parlamentaria. Primero, en vía de un concurso abierto y público, se designaron los consejos de supervisión y, después, a la solicitud de éstos, se nombraron los consejos de administración de las diferentes compañías. La ley aseguró una estabilización personal de dichas autoridades al prever una duración concreta del desempeño de los cargos, lo que, si bien no eliminó del todo las influencias políticas, las limitó considerablemente alejando en el tiempo un posible cambio.

Este mecanismo de administración de la radio y televisión públicas fue modificado dos veces. La primera modificación se realizó en diciembre de 2015, mediante un procedimiento legislativo breve, en el que, a pesar de la importancia de la cuestión, la ley quedó promulgada en apenas 3 días. Las dudas acerca de su constitucionalidad se refieren también a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley que quedó definida como el día siguiente después de la publicación. La ley

30 Sentencia del TC de 23 de marzo de 2006, K 4/06.
31 Sentencia del TC de 9 de septiembre de 2004, K 2/03.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

suprimió el derecho del CNRT de designar las autoridades de la radio y televisión públicas mediante concurso. Las competencias creadoras fueron transmitidas al Ministro de Hacienda, autorizándolo a nombrar discrecionalmente los consejos de supervisión y de administración de las compañías de la radio y televisión públicas. Al mismo tiempo se rompieron los mandatos de los que ejercían entonces los cargos en las compañías, suprimiéndose por ley para siempre el principio de periodicidad de mandatos en el funcionamiento de las sociedades.

El TC evaluó estas enmiendas calificando de inadmisible el hecho de eliminar los fundamentos legales a base de los cuales el CNRT ejercía sus funciones constitucionales[32]. Declaró también inconstitucional la disposición que suprimía completamente la influencia del CNRT en la designación de personas para los cargos en las compañías de la radio y televisión públicas. El TC observa que el legislador no puede crear un modelo en el que la resolución de las cuestiones fundamentales relativas a la radio y televisión se transfiera a otros órganos del Estado, ya que tal medida cuestiona la posición del CNRT en el sistema. Los referidos cambios —que poco después conllevaron despidos masivos de los periodistas, la pérdida del objetivismo de los medios públicos y la eliminación del pluralismo de los mismos— fueron también criticados por numerosas organizaciones internacionales[33].

El legislador polaco permaneció inmune ante la ola de la crítica y procedió a una segunda fase de la transformación de los medios públicos, cuyo efecto fue la promulgación de la ley de 22 de junio de 2016, del Consejo de Medios de Comunicación Nacionales. Dicha ley causó una limitación ulterior y permanente del papel del CNRT, favoreciendo al ente de nueva creación: el Consejo de Medios Nacionales, como consecuencia de la separación de las funciones del regulador del mercado de medios electrónicos y del ejercicio de la supervisión sobre la actividad de la radio y televisión públicas. De acuerdo con la regulación vigente, por tanto, al CNRT le corresponde únicamente el derecho de determinar las reglas de funcionamiento de las emisoras privadas (asignación de concesiones para la emisión de programas de radio y televisión). Las facultades directivas respecto a la radio y televisión públicas fueron concedidas, en cambio (después del período transitorio que duró desde diciembre de 2016 hasta junio de 2016, en el que las ejerció el Ministro de Hacienda), al Consejo de Medios Nacionales que dispone de competencias del ámbito de determinar la organización y composición personal de los órganos que gestionan la actividad de las emisoras públicas. Las circunstancias legales de la situación actual tienden a incrementar las dudas relativas a la constitucionalidad de la politización directa de los directivos de las emisoras públicas,

32 Sentencia de 13 de diciembre de 2016, K 13/16.

33 Human Rights Watch: *Eroding Checks and Balances. Rule of Law and Human Rights Under Attack in Poland*, October 2017, https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/poland1017_web.pdf, p. 17-19; Representante de OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación: http://www.osce.org/fom/213391 (fecha de acceso: 22 de diciembre de 2017).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la eliminación de la información pluralista y la marginalización de la función sistémica del CNRT.

VI. SUBORDINACIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Otra manifestación de los cambios institucionales profundos en Polonia fue la apropiación política de la Función Pública. De acuerdo con la Constitución, en la administración gubernamental se crea un cuerpo de funcionarios públicos cuyo objetivo es asegurar un cumplimiento profesional, diligente, imparcial y políticamente neutro de las funciones del Estado (art. 153). A la luz de esta disposición, es oportuno considerar que la Constitución polaca crea un fundamento estable para la actividad de la Función Pública, y el principio que limita la posibilidad de injerencia en el estatus de los funcionarios públicos es, ante todo, el requisito de neutralidad política y profesionalismo. Este fundamento fue, sin embargo, cuestionado, debido a las modificaciones, realizadas en diciembre de 2015, de la ley que regula detalladamente el cuerpo de la Función Pública. La modificación principal afectó a la categoría de los altos cargos, es decir, funcionarios que de hecho constituyen un enlace entre los políticos y la estructura funcionaria subordinada. El requisito vigente hasta aquel momento, de adjudicar estos cargos por vía de concurso abierto y público, fue sustituido por un procedimiento de designación poco transparente e informal. Esto significa que el nombramiento se lleva a cabo mediante una decisión unilateral del órgano político que, adicionalmente, puede destituir al alto cargo en cada momento.

El radicalismo de los cambios llevados a cabo se refleja también en las disposiciones transitorias, de acuerdo con las cuales todos los vínculos laborales de los altos cargos se extinguieron en el plazo de 30 días desde la entrada en vigor de la enmienda en cuestión, a no ser que se les propusieran unas nuevas condiciones de empleo. El legislador supeditó de este modo el futuro de los funcionarios profesionales a la voluntad actual de los políticos. Una extinción análoga del vínculo laboral por medio de la ley, en forma de una injerencia *ex lege* en las relaciones laborales individuales, se utilizó también en el caso de los empleados de la administración del TC y de otras instituciones públicas. También en este caso el legislador anuló todos los vínculos laborales existentes en el momento de la entrada en vigor de la ley.

VII. RIESGO PARA LOS DERECHOS Y LIBERTADES

En los años 2015-2017 se aprobaron también numerosas regulaciones relativas a los derechos y libertades constitucionales. Un estudio exhaustivo de esta materia excede el marco del presente análisis, de aquí que sea necesario limitar las observaciones a los problemas más importantes de los siguientes ámbitos:

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En primer lugar, con relación a los derechos personales la nueva ley pone en peligro el derecho constitucional a la privacidad. El riesgo está relacionado con la promulgación, en enero de 2016, de las normas que regulan el régimen de control operativo y vigilancia por parte de la policía y los servicios de inteligencia. Con respecto a estas regulaciones, surgen dudas acerca de la duración del control operativo secreto y la posibilidad de prolongarla, una determinación demasiado general de los motivos que, de acuerdo con la ley, pueden conllevar la injerencia en la privacidad, vulneración del secreto profesional, amplio acceso a todos los datos relativos a telecomunicaciones y toda correspondencia. Ya un análisis general de estas cuestiones lleva a la conclusión de que se ha infringido el estándar europeo de protección de privacidad[34]. Las organizaciones internacionales han formulado objeciones al respecto[35]. La Comisión de Venecia ha observado, sin embargo, que varios Estados democráticos se enfrentan al problema de una regulación legal adecuada de las cuestiones de vigilancia, dada la necesidad de encontrar un equilibrio apropiado entre el objetivo de la injerencia en la privacidad y el alcance de la misma[36].

En segundo lugar, con relación a los derechos políticos, en diciembre de 2016 se modificó la ley reguladora del derecho de reunión, introduciendo una nueva categoría de reuniones: las que se organizan de forma cíclica. Las objeciones constitucionales a estas medidas se centran alrededor del carácter privilegiado de las reuniones cíclicas. Una reunión de este tipo, a la luz de la ley, permite reservar por anticipado el lugar y momento de la reunión. Esto significa que si la reunión se celebra de forma recurrente, el legislador le concede un tratamiento prioritario y preferencial sobre otras reuniones. Tal circunstancia despierta graves objeciones desde el punto de vista del principio constitucional de igualdad.

En último lugar con relación a los derechos económicos en abril de 2016 se modificaron sustancialmente las reglas del tráfico inmobiliario en el ámbito de suelos rústicos. La nueva norma del sistema agrario introduce numerosas limitaciones relativas a inmuebles rústicos privados. Éstos pueden ser objeto de transmisión exclusivamente entre agricultores, es decir, personas que desarrollan personalmente una explotación agraria de determinado tamaño, disponen de competencias profesionales del ámbito de agricultura y tienen residencia permanente en el mismo municipio donde se encuentra su inmueble. Esta medida, que restringe los derechos de otras personas (polacos y extranjeros) en cuanto a la sucesión y adquisición de suelos rústicos, despierta dudas desde el punto de vista

34 Cfr. las sentencias del TEDH de 4 de mayo de 2000 Rotaru contra Rumania (nº 28341/95); de 29 de junio de 2006 Weber y Saravia contra Alemania (nº 54934/00), de 4 de diciembre de 2015 Zakharov contra Rusia (nº 47143/06) y de 12 de enero de 2016 Szabó y Vissy contra Hungría (nº 37138/14).

35 Human Rights Watch: *Eroding Checks and Balances. Rule of Law and Human Rights Under Attack in Poland*, October 2017, https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/poland1017_web.pdf, p. 20-22 y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *Concluding observations on the seventh periodic report of Poland (26 November 2016)*, § 9-12.

36 *Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016)*.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de las reglas constitucionales de protección de la propiedad privada, así como provoca objeciones desde la perspectiva del derecho europeo.

VIII. CONCLUSIONES

Este análisis general de los problemas constitucionales que surgieron en Polonia en los años 2015-2017 lleva a la conclusión de que la mayoría de las transgresiones se basan en un esquema similar que consiste en que los órganos del poder ejecutivo y legislativo utilizan las mismas técnicas:

Realizar unas modificaciones legislativas rápidas, sin hacerlas públicas previamente o someterlas al procedimiento de consulta u opinión. La implementación de las nuevas regulaciones relativas al régimen de los órganos constitucionales se realiza sin un período de adaptación adecuado (*vacatio legis*), y durante el procedimiento legislativo se restringe el debate parlamentario.

Las enmiendas legislativas no respetan el requisito de periodicidad de los mandatos. El legislador recorta arbitrariamente incluso aquellos mandatos cuya duración dimana directamente de las normas constitucionales. Como consecuencia de ello, los miembros de los órganos constitucionales independientes se ven despojados de estabilidad en el desempeño de sus funciones. Esto afecta también a los vínculos laborales, habiéndose convertido en práctica legislativa generalizada la extinción *ex lege* de los mismos.

La puesta en práctica del eslogan populista según el cual la mayoría parlamentaria es el representante exclusivo de la voluntad del Pueblo. Por lo tanto, sin tener en cuenta el principio de separación y equilibrio de poderes, a los diputados se les concede el derecho de establecer la composición de los órganos estatales. A la luz de esta idea, es el Sejm el que representa los verdaderos intereses del Pueblo, lo que, en consecuencia, lleva a una violación del principio de separación y equilibrio de poderes y la toma de control político sobre los órganos constitucionales independientes.

La creación, por medio de leyes, de nuevos órganos que asumen las competencias adjudicadas originalmente a los entes constitucionales, hasta entonces independientes. De este modo se mantiene formalmente cierta estructura constitucional, aunque ya desprovista, por medio de ley, de sus competencias esenciales.

Es difícil en este momento determinar de forma unívoca en qué etapa de la transición del constitucionalismo liberal hacia un régimen autoritario se encuentra Polonia. Por un lado, en Polonia siguen funcionando correctamente los principales mecanismos de la democracia representativa y están garantizados los derechos políticos y personales, pero, por otro, aparecen numerosos problemas relativos al respeto del principio del imperio de la ley[37]. Adicionalmente, las

37 J. MØLLER, S. SKAANING: *Beyond the radial delusion: conceptualizing and measuring democracy and non-democracy*, International Political Science Review, 2010, nº 31(3), p. 261-283.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciencias sociales todavía no han encontrado una respuesta circunstanciada acerca de las fuentes de esta crisis que, por cierto, no afecta exclusivamente a Polonia[38]. No obstante, hay quienes dicen que por medio de los referidos cambios se ha llegado a plasmar en Polonia el concepto de *autocratic legalism*. Es una situación en la que la mayoría gobernante, bajo pretexto de llevar a cabo unas reformas socialmente deseables y utilizando formalmente el lenguaje de la democracia y las instituciones constitucionales, reduce el equilibrio y separación de poderes. Este proceso se manifiesta en la disminución del control sobre el poder ejecutivo, en el cuestionamiento del pluralismo de los medios de comunicación y en el asalto a la independencia de otros órganos constitucionales, en particular, del poder judicial[39]. Otro concepto que se adecua a la situación actual de Polonia es el constitucionalismo populista que proclama la primacía de la voluntad del Pueblo sobre la Constitución, cuestionando la fuerza legal suprema de la Ley Fundamental. Como consecuencia de ello, los entes que se consideran a sí mismos como los únicos representantes de la voluntad del Pueblo, se atribuyen el derecho de modificar libremente la Constitución, muchas veces haciendo caso omiso de los requisitos formales necesarios para hacerlo.

***

TITLE: *The Constitutional Crisis in Poland (2015-2017): How to Question the Constitutional Balance in Two Years*

ABSTRACT: *The article contains an analysis of the profound political transformation experienced in Poland in the years 2015 – 2017. The Author analyzes the legal changes that imply a transition from liberal constitutionalism towards an authoritarian system and that provoked a reaction of the international community. Several examples of the violation of the principle of the rule of law have caused in December 2017 the beginning of the procedure of Article 7 of the EU Treaty so that Poland respects the common values of the EU. The main problems that caused this constitutional crisis are presented in the article. The author focuses on institutional and procedural aspects, devoting the greatest attention to the matter of interference in the independence of the judiciary and other institutions provided with constitutional autonomy (including Constitutional Tribunal and Supreme Court). In the conclusion, the author presents a scheme used by the parliamentary majority to question the constitutional balance. First element are the rapid legislative amendments that come into force without adequate adaptation period. The second mechanism used are the amendments that do not respect the requirement of periodicity of mandates - the legislator arbitrarily cuts even those terms whose duration derives directly from the constitutional norms. The third element of the scheme is the practice of implementing the populist slogan according to which the parliamentary majority is the exclusive representative of the will of the Nation. The last element is the creation, by means of ordinary laws, of new public bodies that assume the competences originally awarded to the constitutional entities.*

38 I. KRASTEV: *What's Wrong with East-Central Europe? Liberalism's Failure to Deliver*, Journal of Democracy, 2016, nº 1(27), p. 35.

39 K. L. SCHEPPELE: *Autocratic Legalism*, https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/populist-constitutionalism-6-kim-lane-scheppele-autocratic-legalism/ (fecha de acceso: 22 de diciembre de 2017).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RESUMEN: *El articulo contiene una análisis de la profunda transformación política experimentada en Polonia en los años 2015 – 2017. El Autor analiza los cambios legales que suponen una transición del constitucionalismo liberal hacia un régimen autoritario y que provocaron una reacción de la comunidad internacional. Varios ejemplos de la violación del principio de legalidad han ocasionado en diciembre 2017 el comienzo del procedimiento del articulo 7 del Tratado de la UE para que Polonia respete los valores comunes de la UE. En el articulo están presentados los principales problemas que causaron esta crisis constitucional. El Autor se enfoca en aspectos institucionales y procedimentales, dedicando la mayor atención a la materia de la injerencia en la independencia del poder judicial y de otras instituciones provistas de autonomía constitucional (entre ellos Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo). En la conclusión el Autor presenta un esquema utilizado por la mayoría parlamentaria para cuestionar el equilibrio constitucional. Primer elemento son las modificaciones legislativas rápidas que entran en vigor sin periodo de adaptación adecuado. El segundo mecanismo utilizado son las enmiendas que no respetan el requisito de la periodicidad de mandatos – el legislador recorta de una manera arbitraria incluso aquellos mandatos cuya duración dimana directamente de las normas constitucionales. Tercer elemento del esquema es la practica de implementar el eslogan populista según el cual la mayoría parlamentaria es el representante exclusivo de la voluntad del Pueblo. El ultimo elemento es la creación, por medio de leyes, de nuevos órganos públicos que asumen las competencias adjudicadas originalmente a los entes constitucionales.*

KEY WORDS: *Poland, European Union, constitutional crisis, Article 7 of the EU Treaty, populism, constitutional balance, Constitutional Tribunal, independence of the judiciary.*

PALABRAS CLAVE: *Polonia, Unión Europea, crisis constitucional, articulo 7 del Tratado de la UE, populismo, equilibrio constitucional, Tribunal Constitucional, independencia del poder judicial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *05.11.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DINAMARCA Y EL *CASO AJOS*: LO QUE SE PERDIÓ EN MAASTRICHT Y LISBOA[1]

HELLE KRUNKE
Catedrática de Derecho Constitucional
Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Legales
Universidad de Copenhague

SUNE KLINGE
Investigador en Derecho Constitucional
Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Legales
Universidad de Copenhague

SUMARIO

I. Introducción y estructura. II. Breve explicación del caso. III. Ajos a la luz de la práctica del TSD sobre el acceso a la UE. IV. Análisis comparado del caso Ajos. V. Observaciones finales.

I. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA

La sentencia *Ajos* del TJUE abordó el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 (la directiva sobre el empleo en la UE), así como el principio general de no discriminación por razón de la edad[2], sumando una nueva decisión a la línea jurisprudencial del TJUE en el caso *Mangold* y *Küküdeveci*. La importancia del caso desde la perspectiva del Derecho constitucional y de la integración europea no puede infravalorarse.

Los interrogantes en la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo danés (en adelante TSD) al TJUE se referían al requisito de que los tribunales nacionales suspendieran el derecho nacional y descartaran la norma que infringiera

1 Traducción realizada por S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Profesor Titular de la UNED), e I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid).

2 *Dansk Industri en nombre de Ajos A/S v. Estate of Karstern Eigil Rasmussen* (C-441/14) EU:C:2016:278 [2016].

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el principio del Derecho europeo de no discriminación por razón de la edad, lo cual planteaba importantes cuestiones sobre la relación entre los derechos nacional y europeo. Al TSD le preocupaba la posible vulneración del principio de seguridad jurídica derivada de tener que inaplicar el Derecho nacional.

El proceso principal se inició ante el Tribunal Superior Marítimo y Comercial danés[3], especializado en asuntos de Derecho laboral. El Tribunal Superior adoptó una perspectiva basada en tal Derecho, sirviéndose del principio de trato igual del derecho de la Unión y de una interpretación coherente del derecho nacional, fallando a favor del empleado, y disponiendo que la empresa tenía que pagar la indemnización por despido. El Tribunal Superior se remitió a ambos, al caso *Mangold* y al caso *Kükükdeveci*, así como al caso *Ole Andersen*, también planteados en forma de cuestión prejudicial[4], en las que el TJUE entendió que la Directiva excluía las mismas normas nacionales que las cuestionadas en *Ajos*, solo que en una relación vertical; es decir, en un pleito contra un Estado miembro.

Ajos apeló al TSD, y este decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, aunque ninguna de las partes lo había solicitado. Por lo tanto, *Ajos* se convirtió en un asunto de interés público que implicaba cuestiones tan importantes como la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del Derecho, y el diálogo entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales.

Este artículo se estructura de la siguiente forma. En primer lugar, se realiza una breve exposición del asunto *Ajos*. A continuación, se hace lo propio con la interpretación del fallo a la luz de la jurisprudencia del TSD previa al caso *Ajos* en lo que respecta al acceso a la UE y a la integración en la misma. Finalmente, la contextualización del fallo en el ámbito del Derecho comparado, sirviéndonos de la reciente jurisprudencia dictada por los tribunales italianos en el *caso Taricco II*, resuelto el 5 de diciembre del 2007. Este caso guarda muchas similitudes con *Ajos*, pero el TJUE escogió aquí otra vía en el diálogo con los tribunales constitucionales nacionales.

II. BREVE EXPLICACIÓN DEL CASO

1. **La cuestión prejudicial ante el TJUE**

El TSD planteó dos interrogantes al TJUE en *Ajos*. El primero, sobre la conformidad de las normas nacionales de ejecución de la Directiva y la aplicación del principio de no discriminación por razón de la edad. El segundo, sobre la ponderación de los principios. El TSD solicitó aclaración sobre si era posible ponderar el principio de igual trato (y la cuestión de su efecto directo) y el principio de

3 Véase el Case nº. F-0019-12 después de la remisión de acuerdo respecto al art. 227 de la Administration of Justice Act, a jueces expertos.

4 *Ingeniorforeningen i Danmark v. Región Syddanmark* (C-499/08) EU:C:2010:600 [2010].

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

seguridad jurídica, y llegar a la conclusión de que dicho principio debía prevalecer sobre el principio de la prohibición de la discriminación por razón de edad —y de ese modo no descartar la legislación nacional. El planteamiento de la cuestión por el TSD puede considerarse algo retórico, dado que pretendía resolver el caso refiriéndose al derecho de la Unión y eximir al empresario, de acuerdo con el derecho nacional, de la obligación de pagar la indemnización por despido. El TJUE desestimó claramente la solución dada por el TSD en su sentencia, y rechazó permitir que los tribunales nacionales ponderasen los principios y, en su lugar, proporcionó directrices claras sobre cómo resolver el caso. El TJUE dejó al TSD dos opciones. O bien aplicar el derecho nacional de manera coherente con la Directiva, o bien no aplicar disposición alguna del Derecho nacional contraria al Derecho de la Unión.

El TSD había propuesto también la opción de que el empleado pudiera demandar por daños y perjuicios al Estado miembro, con el fin de atenuar el resultado de no percibir la indemnización por despido, para lo que estaba legitimado a tenor con el derecho de la Unión. El TJUE descartó esta opción sin ulteriores argumentos, junto con la cuestión sobre la ponderación de los principios en conflicto respecto a la certeza del derecho. El TJUE manifestó tajantemente que: «Ni los principios de la certeza del derecho y de la protección de expectativas legítimas, ni el hecho de que sea posible para un particular, que considera que se le ha perjudicado por la aplicación del derecho nacional en desacuerdo con el derecho de la UE, iniciar procedimientos para determinar la responsabilidad del Estado miembro concernido por la infracción del derecho de la UE, pueden modificar esa obligación.»

2. **El razonamiento del Tribunal Supremo**

Después de que la decisión del TJUE se enviara al órgano jurisdiccional nacional, la argumentación del TSD se dividió en dos partes en su decisión final. La primera, relacionada con la cuestión de si era posible interpretar el derecho nacional de conformidad con la directiva. La segunda parte era si el principio de la UE de la prohibición de la discriminación por razón de la edad, un principio no escrito, podría primar sobre el derecho nacional.

2.1. *La interpretación de forma acorde con la Directiva*

El TSD mantuvo que la situación legal según el derecho danés era clara, y que no era posible llegar a una interpretación del derecho nacional que fuera conforme con la Directiva (tal y como se interpretó en *Ole Andersen* empleando los métodos de interpretación admitidos en Derecho danés). El TSD explicó en su fallo detalladamente que la situación según el Derecho danés era clara y no solo basada en una

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jurisprudencia *consagrada* y en la propia interpretación del derecho nacional realizada por el mismo TSD. Este era el eje central en las respuestas suministradas en la cuestión prejudicial del TJUE, donde este dijo que[5]: «(…) el requisito de que el Derecho nacional se interprete de conformidad con el Derecho de la UE implica la obligación de los tribunales nacionales de cambiar su jurisprudencia reiterada.»

La postura nacional discutida era que un empleado no estaba legitimado para recibir una indemnización por despido cuando en el momento en que se produjo el despido, el empleado tenía derecho a una pensión de jubilación de una empresa, independientemente de si el empleado optaba por aprovecharse del derecho a tal pensión. El TSD subrayó que la postura había sido corroborada a lo largo de años desde que el Parlamento aprobó la norma en 1971, y había mantenido la misma literalidad en una modificación posterior en 1996. En consecuencia, no era solamente jurisprudencia consagrada, sino también la voluntad del Parlamento que se había pronunciado sobre la postura nacional respecto a la indemnización por despido.

El empleado esgrimía otro argumento en base a la *Ley de Prohibición de la Discriminación en el Mercado Laboral*, así como la aplicación de las reglas de la Directiva del Empleo sobre discriminación por razón de la edad en la Ley de 2004[6]. El argumento era que esta ley debía primar sobre la Ley de Empleados Asalariados debido a los principios «*lex posterior y lex specialis*»[7].

El TSD rechazó ese argumento y estimó que durante los trabajos preparatorios[8] se había asumido que las reglas de la Directiva no implicaba modificaciones en el artículo 2 de la Ley de los Empleados Asalariados. En consecuencia, el TSD consideró que la Ley no debía primar sobre la Ley más antigua sobre Empleados Asalariados, y concluyó que no podía aceptar la directriz del TJUE utilizando los métodos de interpretación admitidos en base a su Derecho nacional.

El TSD consideró que sería «*contra legem*» interpretar el artículo 2(3) de la Ley sobre Empleados Asalariados de conformidad con la Directiva, dado que la postura legal nacional era clara. En esta primera parte de la fundamentación, el TSD actuó unánimemente.

2.2. *¿Podría el principio de la prohibición de discriminación por razón de edad primar sobre el derecho nacional?*

En la segunda parte de la fundamentación, una mayoría de ocho de un total de nueve jueces estimó que el TSD no podía dejar a un lado el Derecho nacional.

5 *Dansk Industri (en nombre de Ajos A/S) v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen* (C-441/14) EU: C:2016:278; [2016], para 33.

6 Ley nº 1417 de 22 de diciembre de 2004.

7 Véase Ugeskrift for Retsvaesen [Weekly Law Report, en adelante UfR, 2015.3827H (Skibby Supermarked] relativa al acceso al empleo de personas con minusvalía.

8 Véase Folketingstidende 2005-5, colección 1, Anexo A, L 92, p.2701.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así que, el TSD juzgó que el Acta de Adhesión Danesa (AAD) no confería soberanía hasta el punto exigido por el principio no escrito de la UE, que prohíbe que la discriminación por razón de la edad prime sobre el derecho nacional. El TSD introdujo la distinción entre el papel del TJUE como intérprete del Derecho de la Unión de acuerdo con la cuestión prejudicial del art. 267 (ex 234 EC) del TFUE, y la función de los tribunales nacionales al interpretar si cabe atribuir efecto directo al Derecho de la Unión, basándose en la AAD. De ese modo el TSD manifestó que corresponde al TJUE decidir si el Derecho de la Unión tiene eficacia directa y prima sobre una disposición nacional que esté en conflicto con aquel, incluyendo las disputas entre individuos, pero que compete a los tribunales nacionales dictaminar el efecto de esa decisión[9]. El TSD resolvió que: «La cuestión de si una norma de la UE puede tener eficacia directa en derecho danés, como exige el Derecho de la UE, depende primero y ante todo del Acta de Adhesión de Dinamarca a la Unión Europea.»

El razonamiento se centra en la ausencia de base legal en la AAD, que fija los límites de la soberanía conferida a la Unión en línea con el artículo 20 de la Constitución danesa y el artículo 5 del TUE (ex TEC, modificado). El TSD continuó realizando un profundo análisis de los *travaux préparatoires* de la AAD y de las modificaciones sucesivas de la AAD[10]. En ese sentido, el TSD decidió que los principios desarrollados y establecidos partiendo del artículo 6 (3) (ex 6(2) modificado) del TUE no han llegado a ser directamente aplicables en Dinamarca.

Después de examinar la jurisprudencia dictada en *Mangold* y en *Küküdeveci,* el TSD dictaminó que una situación como la de *Ajos*, en la que un principio consagrado en un tratado según el derecho de la Unión debe tener eficacia directa, podría crear obligaciones. Por lo tanto, la cuestión era si se permitía que primara sobre el derecho nacional contradictorio en un conflicto entre individuos, sin que el principio se fundamentara en una disposición concreta del tratado. El TSD sostuvo que esto no estaba previsto en la AAD, y, en consecuencia el principio no era aplicable en Dinamarca.

Considerando más adelante la cuestión temporal y el hecho de que *Mangold* fue dictada en el 2005, el TSD observó que el caso *Mangold* no se mencionó en los trabajos preparatorios durante la última enmienda de la AAD después del Tratado de Lisboa y, por lo tanto, no podía cambiar la interpretación de esta[11]. Además, el TSD declaró que el TJUE en *Mangold* no ponderó la seguridad jurídica y la protección de las legítimas expectativas frente a la prohibición de la discriminación por razón de edad, lo que podría haber cambiado el resultado.

9 UfR 2017.824H Case 15/2014 6 diciembre de 2016.

10 Un análisis detallado del itinerario del acceso lo hizo LACHMANN, P., 'Grundlovens par. 20 og traktaer, der aenderer EU's institutioner', *Juristen*, nº 6, 2012, p. 259 antes de que se decidiera el caso de Lisboa sobre las reformas del Acta de Adhesión.

11 Que no confería soberanía, cf. Para. 20 de la Constitución de Dinamarca y el artículo 5 del TUE (ex 5 TEC, modificado).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Finalmente, comentar la alusión a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque fuera como *obiter dictum*. El TSD recordó que los hechos del caso (el despido del empleado) se produjo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. Por ello, el TSD destacó que la aplicación de la Carta no era legalmente vinculante, descartando de ese modo el argumento de que el empleado podía confiar en las disposiciones de la Carta. La Carta se mencionó '*en passant*' en la cuestión prejudicial del TJUE: «[el principio del trato igual], consagrado ahora en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe considerarse como un principio general de derecho de la UE».

El TSD observó que las disposiciones de la Carta no podían invocarse en las relaciones horizontales. Esto puede acotarse como *obiter dictum* en casos futuros en los que el despido de un empleado haya tenido lugar después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa[12].

2.3. *Conclusión*

Después de concluir que el Acta de Adhesión no proporcionaba fundamento legal en una relación horizontal para otorgar prioridad a un principio de derecho de la Unión no escrito, el TSD añadió: «*El Tribunal Supremo se extralimitaría en el uso de sus competencias como autoridad judicial si dejara de aplicar la disposición en esta situación*», por lo que el tribunal nacional no podía dejar de aplicar el párrafo 2ª(3) de la Ley de Empleados Asalariados vigente entonces. *Ajos* podía, por tanto, basarse en la disposición nacional. En cuanto al alcance de la competencia del TSD, volveremos más tarde. Por su parte, el voto disidente emitido por el juez discrepante consideraba que había que seguir la directriz del TJUE, según la cual el Derecho de la Unión debería primar sobre el derecho nacional y que de acuerdo con la argumentación en los fallos daneses de Maastricht[13] y Lisboa[14], no existía conflicto con el Acta de Adhesión.

III. *AJOS* A LA LUZ DE LA PRÁCTICA DEL TSD SOBRE EL ACCESO A LA UE

Para entender la sentencia Ajos y su alcance, tenemos que referirnos a la práctica del TSD anterior a Ajos. El TSD muestra tradicionalmente una actitud

12 Véase también KRISTIANSEN, J. en UfR 2017B.75, 'Graenser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret — Om Hojesterets dom i Ajos-sagen', p. 81-82, y Frölich, F en UfR 2017B.422/1 'Retssammenlignende perspektiver p Hojesterets kompetencekontrol I Ajossagen'.

13 UfR 1998.800.H

14 UfR 1999.841H (Tvind)

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

renuente y de contención vis-à-vis las instituciones políticas. Prueba de ello es que solo en una sentencia ha considerado inconstitucional una medida legislativa[15].

Auto-restricción mantenida también en el campo de la integración europea. Esto resulta claro de dos fallos importantes en ese ámbito: las sentencias Maastricht y Lisboa. Ambas relativas a la revisión constitucional de la legislación referente a la adhesión danesa a los respectivos tratados de Maastricht y Lisboa. En los dos casos, el Tribunal Supremo concluyó que no se había violado la Constitución. Empero, la cuestión es si va a producirse un cambio de pensamiento. A fin de verificarlo habrá que analizar el enfoque del Tribunal Supremo, comenzando con la sentencia Maastricht, siguiendo con la sentencia Lisboa hasta el reciente fallo en el caso Ajos.

La hipótesis es que durante el periodo 1998-2016 podemos constatar el tránsito hacia un activismo mayor del Tribunal Supremo, que adquiere un papel creciente de protector de la Constitución, de los principios legales y del Pueblo.

Para empezar, presentaremos el escenario del contexto danés de la revisión constitucional. A renglón seguido someteremos a prueba la hipótesis mediante el análisis de la relación entre el TSD y el legislador danés, a la luz de las tres sentencias más importantes sobre la participación danesa en la cooperación con la UE: la *Sentencia Maastricht* (UfR 1998.800H); la *Sentencia Lisboa* (UfR 2013.1451H); y la *Sentencia Ajos* (UfR 2017.824H). En tercer lugar debatiremos las posibles razones y el alcance de esta evolución.

1. El fondo del contexto constitucional danés en lo que respecta a la revisión de la constitucionalidad de la legislación

Una clave para entender las sentencias en los tres casos mencionados se encuentra en la interpretación predominante de la separación de poderes entre las autoridades legislativa y judicial en el marco constitucional danés. La tradición constitucional consiste en contar con un parlamento fuerte y unos tribunales no activistas. Dinamarca no tiene tribunal constitucional. Sin embargo, los tribunales ordinarios pueden llevar a cabo una revisión constitucional aunque dicha competencia no esté directamente contemplada en la Constitución. Los tribunales daneses solo inaplicarán la legislación si ésta infringe claramente la Constitución. Los tribunales no realizan un control abstracto. Lo cual significa que un demandante debe tener un interés legal concreto para acudir a los tribunales. Esta tradición de un Parlamento fuerte y unos tribunales con *self-restraint* es común a otros países nórdicos, pero estos reforman sus constituciones

15 UfR 1999.841H (Tvind)

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con mayor frecuencia, lo que deja un menor margen para la interpretación constitucional que en Dinamarca[16].

Otra observación importante es que la Constitución danesa tan solo se ha modificado cuatro veces. La última reforma sustancial fue en 1953, y algunas de sus disposiciones conservan el mismo texto de 1849. La reforma de la Constitución es muy difícil, ya que exige que se celebren elecciones y un referéndum mayoritario y en el que participe al menos un 40% del electorado favorable a la reforma. Dado el contexto constitucional moderno en el que la Constitución debe aplicarse, la interpretación de la Constitución es transcendental. En la práctica, los tribunales se esfuerzan en *no* adoptar decisiones políticas o interferir en el proceso legislativo, de manera que dejan un amplio margen de actuación al gobierno y al parlamento. Esta relación entre el legislativo y los tribunales se refleja en varios párrafos de las sentencias de los casos *Maastricht* y *Lisboa*.

2. Análisis de la jurisprudencia: las sentencias de los casos Maastricht, Lisboa y Ajos

En la sentencia *Maastricht*, el Tribunal Supremo amplió el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva al atribuirlo a ciudadanos sin un interés legal específico. El Tribunal Supremo estableció los siguientes criterios para la legitimación procesal en los casos[17] donde impliquen una transferencia de competencias legislativas en una serie de áreas generales e importantes de política pública; o supongan un impacto en las vidas de la gente y, por ende, en la población danesa en general.

Ello supuso un considerable desarrollo entonces. Inmediatamente después del acceso de Dinamarca a la Comunidad Europea en 1972 los ciudadanos quisieron cuestionar la constitucionalidad de la adhesión de Dinamarca a los Tratados de la Unión ante los tribunales[18]. Sin embargo, los tribunales decidieron que, puesto que los ciudadanos carecían de un interés específico, no podía abordar el fondo del asunto[19].

Entrando en el meollo del caso, el Tribunal Supremo manifestó que la cesión de competencias al amparo del artículo 20 no debió significar que Dinamarca perdiera su condición de Estado independiente[20], y que el Tratado de Maastricht no había alterado esa situación pre-constitucional. Sin embargo, no definió el significado de la expresión 'Estado independiente'. El Tribunal afirmó que las limi-

16 Véase KRUNKE, H., «The Danish Lisboa Judgement: Dansih Supreme Court», Case 199/2012, Judgement of 20 February 2013, *European Constitutional Law Review*, vol.10, issue 3, 2014, pp. 545-570.

17 UfR 1996.1300H.

18 Véase UfR 1973.694H

19 *Ibid*.

20 UfR 1998.800H

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

taciones a las transferencias según el artículo 20 deben basarse fundamentalmente en consideraciones de *carácter político*.

Los demandantes también sostenían la «excesiva» cesión de soberanía, hasta el punto de que la precondición constitucional para una forma democrática de gobierno había quedado reducida a nada. Según el Tribunal Supremo, cualquier transferencia de competencias legislativas implica cierta invasión en la forma de gobierno democrática danesa, pero eso se tuvo en cuenta cuando se redactó el artículo 20.

El Tribunal además declaró que: «corresponde al Parlamento danés decidir si la participación del Gobierno en la cooperación europea debe condicionarse a un mejor control democrático.»

Estas afirmaciones del Tribunal Supremo están en consonancia con el papel tradicional de los actores políticos al interpretar la Constitución danesa, en un marco constitucional en el que los tribunales tan solo consideran inconstitucional la legislación si viola de manera manifiesta la Constitución. Este entendimiento de la separación de poderes se basa en la idea de que la asamblea legislativa está legitimada por la elección popular, mientras que los tribunales carecen de dicha legitimidad democrática.

El caso *Lisboa*[21] de 2013 resulta innovador en la medida en que, si bien el Tribunal confirmó la relación tradicional entre el legislativo y el judicial, destacó que los amplios poderes de los actores políticos están estrechamente relacionados con la responsabilidad. Respecto a la transferencia indirecta de competencias, el Tribunal dijo que las autoridades danesas deben asegurar que no hay una cesión creciente de competencias y garantizar que se respete la presunción constitucional de que la aprobación del Tratado de Lisboa no precisaba del procedimiento exigido en el artículo 20.

El Tribunal Supremo también hizo hincapié en que el TJUE no puede ampliar las competencias de la UE mediante sus interpretaciones: «El Tribunal de Justicia de la UE está encargado de resolver las disputas sobre la interpretación del derecho de la UE, pero ello no debe traducirse en una ampliación de los poderes de la Unión. Como se dijo antes, la aplicación por Dinamarca del Tratado de Lisboa se basó en una evaluación constitucional que no conllevara una delegación de competencias que requiera la aplicación del procedimiento del artículo 20, y las autoridades danesas están obligadas a asegurar se cumpla»[22].

En otras palabras, los actores políticos están vinculados por las previas condiciones constitucionales para la evaluación y deben actuar como guardianes[23]. Si

21 UfR 2013.1451H.

22 `Sentencia del Tribunal supremo de 20 de febrero de 2013, Caso nº 199/2012, p.15, UfR 2013, 1451H, p.1520.

23 Por lo que hace a los artículos 352 del TFUE y 6 (1) del TUE, ambos en los casos *Maastricht* y *Lisboa*, el Tribunal Supremo subrayó que el Gobierno debe evitar decisiones que conducirían a una ulterior cesión de soberanía.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no desempeñan adecuadamente esa función, el Tribunal Supremo, puede revisar la constitucionalidad del Derecho derivado de la UE en casos concretos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo se refirió a su competencia para llevar a cabo el control jurisdiccional 'si una ley o una resolución judicial que produzca un impacto real y concreto en los ciudadanos daneses, etc., suscita dudas sobre si está basada en una aplicación de los Tratados que va más allá de la cesión de soberanía de acuerdo con el Acta de Adhesión". Lo mismo será de aplicación si se adoptan las normas de la UE o si el TJUE pronuncia resoluciones basadas en tales aplicaciones de los Tratados por referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales.

Finalmente, nos encontramos con la decisión del caso *Ajos*[24] de diciembre de 2016. Esta sentencia es muy interesante porque el Tribunal Supremo optó por apartarse del criterio del TJUE.

Las razones de la misma fueron básicamente dos. Por un lado, que no es posible en el marco del Acta de Adhesión otorgar la prioridad al principio no escrito de la UE sobre discriminación por la edad. Por otro, que el Tribunal Supremo actuaría sobrepasando los límites de su competencia como autoridad judicial, si dejara de aplicar la disposición nacional en esta situación.

Un juez disidente se refiere a la argumentación realizada en los casos de *Maastricht* y *Lisboa* y llega a la conclusión de que no existe conflicto alguno con la Directiva y de que el Derecho de la Unión debería primar sobre el derecho nacional[25]: «En las sentencias de 6 de abril de 1998 (UfR 1998.800) sobre el Tratado de Maastricht, y de 20 de febrero de 2013 (UfR 2013.1451) sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Supremo falló sobre esos dos tratados en relación, entre otros, con el artículo 20 de la Constitución acerca de las transferencias de soberanía mediante ley y dentro de límites específicos. En conexión con ello, se supone inter alia que no es en sí mismo incompatible con el requisito concreto del artículo 20 de la Constitución, o contrario a los presupuestos que forman la base de la Acta de Adhesión, que el TJUE, al interpretar el Tratado, atribuya también importancia a factores interpretativos, aparte de a la redacción de la disposición, como la finalidad del Tratado. Lo que a continuación se transcribe se dictaminó a propósito de la competencia del TJUE en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht en el apartado 9.6 (y reiterado en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa) en el apartado 9.7:'9.6. Los apelantes han argüido que la jurisdicción del TJUE según el Tratado, a la luz del principio de la primacía del derecho comunitario, impide que los tribunales daneses impongan límites a la transferencia de soberanía que se ha producido por el Acta de Adhesión, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar si se ha observado lo establecido en artículo 20 (1) de la Constitución. El Acta de Adhesión atribuye al Tribunal de Jus-

24 UfR 2017.824H.

25 Véase la opinión disidente del Juez del Tribunal Supremo, Jytte Scharling en UfR 2017.824H.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ticia de la Comunidad Europea la jurisdicción para decidir sobre la legalidad y la validez de un acto legal de la Comunidad Europea. Esto significa que los tribunales daneses no pueden considerar inaplicable en Dinamarca un acto legal de la Comunidad Europea sin someter a una decisión del TJUE la cuestión de su compatibilidad con el Tratado. También significa que los tribunales daneses pueden presumir en general que las decisiones del TJCE sobre ese punto están dentro del ámbito de la soberanía transferida. El Tribunal Supremo, en cambio, estima que de la exigencia específica del artículo 20 (1), unidA a la competencia de los tribunales daneses para decidir sobre la constitucionalidad de la ley, se deduce que los tribunales no pueden ser desposeídos de su jurisdicción para entender sobre la cuestión de su un acto legal de la CE traspasa los límites de la soberanía delegada mediante el Acta de Adhesión. Por lo tanto, si se diera la circunstancia extraordinaria de que un acto legal de la CE ratificado por el TJCE se basa en una aplicación del Tratado que queda fuera del alcance de la cesión de soberanía efectuada por el Acta de Adhesión, los tribunales daneses deben entender que el acto legal de la CE es inaplicable. Y lo mismo puede decirse de las normas y principios legales basados en la jurisprudencia del TJCE. (letra negrita, de los autores). 9.7. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Supremo estima que ni las competencias adicionales transferidas al Consejo en aplicación del artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea, ni la actividad creadora del derecho del Tribunal de Justicia de la Comunidad pueden considerarse incompatibles con la exigencia concreta del artículo 20 (1) de la Constitución. La actividad de creación e interpretación del Derecho por parte del TJUE eran conocidos cuando Dinamarca ingresó como miembro de la CE el 1 de enero de 1973. Estos sellos distintivos de la actividad del TJCE eran parte del debate antes de la decisión (y referéndum) sobre la entrada de Dinamarca a la CE. Así pues, la atención de la polémica se centró entre otros en el desarrollo del principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional: cfr. entre otros el caso 6/64 Costa v ENEL: EU:C:1964:66. Cuando el Tribunal desarrolló y sentó ese principio, la primacía del derecho comunitario no se mencionó en el Tratado. El Tribunal también ha desarrollado, en el periodo previo a las modificaciones más recientes del Derecho sobre la Accesión, ese tipo de interpretación, sosteniendo, por ejemplo, que las disposiciones del tratado también pueden tener un efecto directo sobre los individuos, imponiéndoles deberes: vid. la sentencia de 8 de abril de 1976, 43/75, Defrenne, ECLI:EU:C:1976:56, en la que el Tribunal dispuso que el artículo 119 [del Tratado de la CEE] entonces en vigor, imponía un deber a los Estados miembros de ejecutar y defender el principio de salario igual por trabajo igual para hombres y mujeres. A la vista de lo expuesto, estimo que no se da tal situación extraordinaria que pueda mantenerse con la certeza exigida de que la aplicación de un principio general de derecho de la UE que prohíbe la discriminación por razón de la edad en el ámbito laboral queda fuera de la competencia otorgada al TJUE por el Acta de Adhesión (letra negrita, de los autores). Y de acuerdo con ello estimo que el Acta de Adhesión suministra la base necesaria para no aplicar

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el artículo 2º(3) de la Ley de Empleados Asalariados en este caso, y, por lo tanto, los tribunales daneses no actúan por ello fuera de los límites de su jurisdicción».

Volviendo a la decisión mayoritaria en el pronunciamiento de Ajos, de un lado, el segundo argumento de la mayoría expresa el respeto del Tribunal hacia las instituciones políticas, entendiendo su papel más pasivo.

Además, sabemos, por la intervención del gobierno danés en la cuestión prejudicial, que solicitó que el TJUE le ofreciera la posibilidad de no otorgar efecto directo al principio no escrito de la UE sobre la discriminación por razón de la edad respecto a los principios del rule of law y de la seguridad jurídica[26]. De esta forma, la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo resultó conforme con la percepción del gobierno danés, aunque los argumentos difirieran ligeramente. Asimismo, de esta forma se puede decir que la sentencia mostró respeto por las instituciones políticas.

Por otro lado, al mismo tiempo vemos a un Tribunal Supremo mucho más activo y confiado, que se atreve a rechazar la cuestión prejudicial. Un Tribunal Supremo que pone límites a la integración en la UE y defiende la Constitución, el Acta de Adhesión y los principios generales legales (aunque no se refiera directamente al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica). El Tribunal asume el papel de protector de la Constitución, de los principios generales y del pueblo danés[27]. De esta manera el Tribunal Supremo adquiere una nueva identidad. No es ya un Tribunal pasivo que —contrariamente, p.ej., al Tribunal Constitucional alemán— no establece límites o señala unos pocos al progreso de la integración de la UE, basándose en la Constitución danesa y en el Acta de Adhesión. El Tribunal indica a las instituciones políticas que tendrán que enmendar el Acta de Adhesión a la UE, no pudiendo permitir pasivamente que la integración vaya más allá de lo que permitía el Acta de Adhesión.

Esto parece conducir a una ligera paradoja ya que, de un lado, tenemos un tribunal que mediante sus resoluciones muestra respeto a la tradicional relación entre los órganos judiciales y el legislador según la separación de poderes danesa, pero, por el otro, parece inspirado por otros tribunales europeos más dinámicos y activos en la defensa de la Constitución de los principios legales y del Pueblo. La sentencia parece otorgar al Tribunal Supremo una legitimidad mayor en el ámbito nacional.

En otras palabras, formalmente el Tribunal respeta a las instituciones políticas, pero, al mismo tiempo, se convierte en un actor mucho más importante en la integración de la UE con la sentencia del caso Ajos, emitiendo señales claras

26 Escrito dirigido por el Ministerio danés de Asuntos Exteriores de 19 de diciembre de 2014 al TJUE. Traducción de los autores.

27 Vid. Krunke, H. 'Courts as protectors of the people: constitutional identity, popular legitimacy and human rights', en Scheinin, M., Krinke, H. and Aksenova, M. (eds.), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 71-96.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tanto a los políticos daneses como a las instituciones de la unión europea, incluyendo al propio TJUE.

Las observaciones del juez disidente son muy interesantes. Reflejan que, a su juicio, el Tribunal Supremo no sigue la pauta marcada por él mismo en su trayectoria al decidir apartarse de la decisión prejudicial del TJUE en el caso de Ajos. Si seguimos esa línea de pensamiento, el fallo Ajos significa una ruptura con la práctica existente y, (quizás) por ello, una violación del mismo principio de seguridad jurídica que inicialmente pretendía proteger.

Es posible, sin embargo, apuntar a un vínculo entre la sentencia del caso Lisboa y la de Ajos, fijándose en las declaraciones del Tribunal Supremo en el fallo de Lisboa sobre los límites de la integración europea y la advertencia a los políticos daneses como *perros guardianes*, y al TJUE en relación con las interpretaciones dinámicas. Uno podría decir que el fallo alcanzado en *Ajos* es una continuación de esas declaraciones.

En conclusión, parece que el Tribunal Supremo ha dejado de ser un tribunal pasivo para: 1) ampliar el acceso a la tutela judicial en el caso Maastricht, 2) advertir a las instituciones políticas y al TJUE de sus responsabilidades y de los límites constitucionales a la integración europea en el caso Lisboa; y, finalmente, 3) convertirse en un Tribunal fortalecido, que ha trazado una línea respecto a los límites de la integración europea en el caso Ajos. Mientras que el Tribunal Supremo amplió por primera vez en los años 1990 la tutela judicial en materia de constitucionalidad de los tratados, fortaleciendo indirectamente el control jurisdiccional de la integración europea, en el caso Ajos en el 2016 estableció límites importantes a dicha integración.

III. POSIBLES RAZONES Y ALCANCE DEL DESARROLLO

1. **La tradición legal danesa**

A fin de comprender la sentencia es útil revisar la tradición legal danesa en lo que se refiere a las fuentes legales, al razonamiento legal en la jurisprudencia y al contenido de la Constitución. No es probablemente una coincidencia que sea un principio constitucional no escrito de la UE, lo que haya impulsado al Tribunal Supremo a apartarse de una decisión prejudicial. La Constitución danesa no establece directamente principios generales y valores. Aunque se recurre a algunos principios legales como fuentes, principalmente en Derecho privado, lo normal es que no se utilicen directamente como fuentes legales. Por lo que hace a los principios constitucionales, son pocos y considerados en general como indicaciones más amplias subyacentes en el texto constitucional, reflejadas en el texto escrito. Los tribunales no se muestran activos a la hora de definir principios constitucionales nuevos. En el ordenamiento jurídico danés el derecho escrito interpretado a la luz de sus *trabajos preparatorios*, ocupa un lugar prominente. Además,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como ya se dijo, los tribunales daneses suelen mostrarse reacios a emplear un estilo dinámico de interpretación. Por lo tanto, la idea de que principio constitucional no escrito creado por el TJUE pudiera dejar de lado a la ley escrita resulta en sí misma extraña para los jueces daneses. Más aún, el caso Ajos abordaba una relación horizontal ya que concernía a dos sujetos privados. En suma, esa interpretación dinámica del TJUE y su opinión sobre la naturaleza legal de fuente de los principios no escritos, son ajenos a la tradición legal danesa.

2. **La identidad constitucional**

En el procedimiento ante el TJUE en el caso *Ajos*, el gobierno danés envió las observaciones previas a la audiencia. En relación con el tema de la ponderación de principios, el gobierno se refirió al artículo 4(2) TUE y a la identidad constitucional nacional. Por otra parte, como veremos, otros tribunales supremos/constitucionales se han referido a la identidad constitucional nacional en casos sobre la relación entre el derecho de la UE y el derecho nacional, incluyendo casos relativos al efecto horizontal.

Así, el Gobierno danés encuentra relevante la identidad constitucional nacional, de igual modo que diversos tribunales nacionales a lo largo y ancho de Europa. Sea como fuere, el Tribunal Supremo danés no hace alusión a dicho concepto en su sentencia. Parece que da por hecho la inclusión de esa identidad en el artículo 4(2) TUE. La razón estriba en que el principio de seguridad jurídica (y/o el Estado de Derecho) son parte de la identidad constitucional nacional danesa. Podrían apuntarse diversas razones por las cuales se omite una referencia directa. La primera sería las dudas sobre si el principio de seguridad jurídica puede ser definido o no como un principio constitucional. La segunda, que el Tribunal Supremo es reticente a ello porque el modelo patrio de separación de poderes —con legisladores fuertes y limitación del poder jurisdiccional. La tercera sería la duda de si el artículo 4(2) TUE puede aplicarse mediante el efecto directo horizontal, entre dos partes privadas, implicando la no aplicación de la Directiva en el caso concreto[28]. Nos centraremos en las dos primeras.

¿Es la seguridad jurídica un principio constitucional? Directamente, no se menciona en el texto fundamental. Aun así, tal principio existe porque así lo dicen diversas sentencias, y porque es la base de buena parte de previsiones constitucionales[29]. En diversos casos los tribunales daneses aceptaron argumentos

28 Además de las razones sustantivas ya mencionadas, también cabría aducir razones formales, toda vez que las partes no la sacaron a colación dentro del proceso, motivo por el que el Tribunal Supremo no la aborda.

29 Así, pueden verse los artículos 3, 22, 43, 62-65, 71, y 77-79. Vid. KRUNKE, H. and BAUMBACH, T., 'The Role of the Danish Constitution in European and Transnational Governance', en ALBI, A. and BARDUTZKY, S. (eds.), *The Role and Future of National Constitutions in European and Global Governance*, Asser Press, 2018 (forthcoming).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

basados en la seguridad jurídica, y en muchos de ellos esta sirvió de base para la interpretación de una normativa concreta. Además, la seguridad jurídica tiene una perspectiva general, no sólo como mera referencia en los trabajos preparatorios (que tienen un papel importante a efectos interpretativos en el sistema jurídico danés)[30]. No solo eso: más reveladores son aquellas sentencias donde se proclama no solo su existencia sino también su rango constitucional. En el *caso Tvind*, el Tribunal Supremo estableció que la seguridad jurídica es el valor nuclear que está detrás de la separación de poderes del artículo 3 de la Constitución[31]. Esta sentencia es la única donde el Tribunal Supremo ha declarado la inconstitucionalidad de la norma. Incluso en casos donde no queda claro si se emplea como parámetro de interpretación o como fuente independiente de Derecho, la jurisprudencia deja la impresión de que es posible argumentar no sólo la existencia del mismo, sino su rango constitucional.

En el caso que nos ocupa, el empleador privado (Ajos), argumentaba que sería una violación del artículo 3 de la Constitución danesa, por vulnerar la separación de poderes y el principio de seguridad jurídica el hecho de interpretar la legislación danesa en base a la *doctrina Mangold*. En su sentencia, el Tribunal Supremo dejó dicho que dejar de aplicar la legislación nacional sería actuar fuera de los límites y competencias que tiene atribuidos como poder judicial. Dos observaciones al hilo de esto. Una, el Tribunal Supremo no alude a la seguridad jurídica. Dos, tampoco da cabida al mismo desde la óptica de las normas no escritas.

Sea como fuere, y tal y como se ha mencionado antes, en el *caso Tvind*[32] el Tribunal Supremo se refiere al principio de seguridad jurídica como un valor subyacente, valor que debe presidir la interpretación del artículo 3 de la Constitución. El tribunal incluye aquí indirectamente dicho principio en su parecer, especialmente al declararse competente en base a diversas previsiones constitucionales, lo cual, si se trae al caso Ajos, da como resultado que el principio de seguridad jurídica también hace acto de presencia.

Mientras que el Tribunal Supremo danés se abstiene de basarse en la identidad constitucional, la Corte Constitucional italiana (CCI) se refiere a la relación entre dicho concepto y el artículo 4(2) en el *caso Taricco*, examinado más abajo. De todas formas, la doctrina ha resaltado que realmente la Corte ha acabado por minimizar el argumento de la identidad constitucional subrayando la importancia de las tradiciones constitucionales tanto a nivel nacional como a

30 Ver UfR 2015.1455V, UfR 2014.1724H, UfR 2014.914H and UfR 2012.2510Ø.

31 En la sentencia U 2000.1751H, art. 877.3 se decidió en base a dicho postulado. En la U 2008.2394H, la seguridad jurídica fue la base para mantener el artículo 37 de la Ley de Extranjería. Más allá, en la U 2014.914H, el Tribunal dijo que se violaría la seguridad jurídica si la Ley de Vacaciones se interpretaba en base a la Directiva 2003/88. En TfK 2015.1153, el Juez disidente fundó su voto sobre el art. 987.1, de la Ley de Administración de Justicia precisamente en base al principio de seguridad jurídica.

32 Ver nota 30.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nivel europeo[33]. No obstante, las nuevas referencias preliminares sobre el TJUE, incluyen un argumento, que puede ser interpretado como una alusión a la identidad constitucional[34], aunque el término exacto no se emplea, como tampoco se alude al precepto arriba mencionado, «...incluso cuando la suspensión de la legislación contrastaría con los principios supremos del orden constitucional del Estado miembro o con los derechos humanos alienables, reconocidos bajo la Constitución del Estado miembro»[35].

Resulta interesante, como se ha dicho antes, destacar que el Gobierno danés en sus observaciones en *Ajos* hace hincapié en la ponderación entre los principios en juego, argumentando que «el Gobierno otorga un peso considerable a las condiciones básicas por la existencia de un Estado basado en la idea del Estado de Derecho, del imperio de la ley, y un sistema legal lo es; el principio de seguridad jurídica, el principio de protección de las expectativas legítimas, así como la posibilidad de los ciudadanos de conocer las obligaciones que deben cumplir. Este es el verdadero principio fundacional de un Estado de Derecho. Estos principios deben tener más peso que un principio que constituye una aplicación específica del principio de igualdad como derecho fundamental basado en las tradiciones constitucionales comunes»[36].

Si la cita anterior se combina con los parágrafos 56 y 57, donde se realiza una referencia directa al artículo 4(2) TUE, defendiendo que el imperio de la ley, incluyendo la separación de poderes, forma parte del núcleo esencial del concepto[37].

«56. Se deduce del artículo 4(2) TUE, la Unión respeta la identidad nacional de los Estados Miembro, contenida en sus estructuras políticas y constitucionales.

57. El artículo 4 (2) TUE, por su propia naturaleza, no cambia el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, siendo su propósito relevante el incluir un caso que afecta el núcleo de los Estados miembros en lo que hace al entendimiento del estado de Derecho, incluyendo la división de responsabilidades entre el poder legislativo y judicial. La sentencia Mangold,EU: C: 2005:709, su recepción en los Estados miembros, en la doctrina y en los propios Abogados Generales del Tribunal, confirma, en opinión del Gobierno, que ahí hay razón y base suficiente para el acuerdo. En cualquier caso, la visión es la de dejar el concreto balance, el balance final, al tribunal nacional, que estudiará las circunstancias concretas del caso, incluyendo las consideraciones precedentes».

33 Ver Fabbrini, F.; y Pollicino, O., «Constitutional Identity in Italy: European Integration as the Fulfilment of the Constitution», *EUI LAW Working Papers* (forthcoming), 2017, p. 14.

34 Vid. Order No. 24 Year 2017 of the ICC.

35 Íbidem., p. 10f.

36 Escrito presentado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca, de 19 de diciembre de 2014 al TJUE. Traducción de las autoras.

37 Ver Kristiansen, J. en UfR 2017B.75, 'Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret — Om Højesterets dom i Ajos-sagen', p. 84.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, mientras que el Tribunal Supremo danés no se refiere a la identidad constitucional en su sentencia, el gobierno danés sí lo hace, entrando a definir parte de la identidad constitucional danesa. Hasta el momento, esto alejaba a Dinamarca de países como Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido muy activo en definir la identidad constitucional del país teutón[38]. En otras palabras: si el Tribunal Supremo hubiera definido la identidad constitucional danesa hubiera dado lugar a un activismo mucho más intenso que el demostrado en *Ajos*, siguiendo los pasos de otros Tribunales más dinámicos y *activistas*.

3. **El contexto de la sentencia Ajos**

Es interesante dedicar espacio al contexto en el que se produjo el caso. Diversos Tribunales Supremos/Constitucionales europeos estaban manteniendo un diálogo crítico con el TJUE[39]. El Tribunal Supremo danés celebró una conferencia sobre «Confianza pública en los Tribunales» en la primavera de 2016. El antes Presidente del mismo, Børge Dahl, así lo aseveró en el Congreso FIDE en 2014, desde la óptica de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho en relación con la jurisprudencia del TJUE[40]. El contexto político en el que se publica la *sentencia Ajos* es en un momento con el Brexit encima de la mesa y un creciente populismo en buena parte de los Estados miembro de la Unión. Finalmente, Dinamarca consiguió la presidencia del Consejo de Europa el año siguiente y en la agenda política estaba en marcha la reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del principio de subsidiariedad, incluyendo el enfoque de la interpretación dinámica creado por este y atendiendo a las circunstancias nacionales especiales. Tales objetivos fueron expresados en el programa de la presidencia danesa[41]:

«Un diálogo fortalecido entre los Estados miembro, tribunales nacionales, y tribunales europeos, especialmente el TEDH a la hora de interpretar el Convenio, incluyendo el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación, harán el Tribunal más fuerte a la larga. Un objetivo clave para la presidencia

38 Sobre la relación entre la separación de poderes y la identidad constitucionales, véase KRUNKE, H., 'The Danish Lisbon Judgment: Danish Supreme Court, Case 199/2012, Judgment of 20 February 2013', *European Constitutional Law Review*, vol. 10, issue 3, 2014, pp. 545-570; y KRUNKE, H., Constitutional identity — seen through a Danish lens, *Retfaerd*, vol. 37, 2014, pp. 24-40.

39 Así, por ejemplo, para el caso alemán ver BVerfG, Judgment of the Second Senate of 21 June 2016 — 2 BvR 2728/13 — paras. 1-220 (*OMT*); y para el caso italiano, la Italian Constitutional Court Order No.24/2017 (*Taricco*).

40 Vid. DAHL, B., 'Keynote Address' in Neergaard, U. & Jacqueson, C. (eds.), *Proceedings: Speeches from the XXVI FIDE Congress*, 2014 Congress Publications Vol. 4, DJØF Publishing, 2014, pp. 26-36.

41 Vid. *Priorities of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe* (15 November 2017-18 May 2018).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

danesa es encontrar nuevas formas de asegurar conjuntamente un diálogo sólido sobre los desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal; un diálogo en el cual la sociedad civil desempeñe un papel clave. Nuestra meta es un sistema que tenga una vigencia real sobre el entendimiento de las necesidades y condiciones locales (...). Será una prioridad para la presidencia danesa arrojar luz sobre cómo manejamos el hecho de que el TEDH, a través de sus sentencias, influye en las políticas nacionales y en sus ciudadanos. Debe asegurarse que el diálogo se mantenga en todas sus fases y elementos en lo que a derechos humanos hace. Esto incluye, entre otras, la interpretación dinámica del Convenio y la necesidad de tener en cuenta el principio de subsidiariedad y su herramienta, el margen de apreciación».

4. **El alcance de la sentencia Ajos**

Finalmente, debemos hacer alusión al alcance del caso, porque plantea diferentes cuestiones de interés tanto para el Derecho nacional danés como para el Derecho de la Unión Europea.

El voto particular que se acompaña a la sentencia considera que si el criterio de Maastricht se hubiera aplicado aquí no hubiera habido conflicto entre la Directiva comunitaria y la legislación danesa, imponiéndose así el Derecho de la UE. La mayoría del Tribunal observó que no existía base legal suficiente en el Acta de Adhesión a la Unión que permitiera que un principio comunitario no escrito primara sobre la norma nacional en el marco de una relación *inter-privatos*. ¿Significa esto que el criterio Maastricht no tiene ya cabida? ¿Tenemos ahora un criterio más permisivo, más amplio? El Tribunal Supremo, basándose en este, considera que tanto en el *caso Maastricht* como en el *caso Lisboa*, los principios constitucionales no escritos de la UE definidos por el TJUE —tales como el de supremacía y el de efecto directo— entraban dentro de las competencias comunitarias, también de las del propio Tribunal, por su carácter dinámico. Por ello no es extraño plantearse que el Tribunal Supremo danés ha cambiado su enfoque, apartándose de criterio Maastricht. Otra interpretación de le sentencia sería que dicho criterio sigue vigente como punto de partida, cambiando su aplicación por la relevancia que en el caso particular tiene el estar ante una relación entre dos actores privados.

Otro aspecto interesante es que el Tribunal Supremo danés conoce del efecto directo en relación con la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuestión que ha sido abordada por diferentes Tribunales constitucionales/europeos[42]. Y

42 Así, la Corte Constitucional Italiana, en su sentencia 24/2017 (caso Taricco), y el Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Chester v. Secretary of State for Justice* y en el *caso McGeoch v. The Lord President of the Council and another* [2013] UKSC 63.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

subraya que la Carta, incluyendo su artículo 21, no tiene efecto directo en la UE. Lo mismo cabe decir, en su opinión, de los principios contenidos en el artículo 6.3 TUE. De esta manera parece que el Tribunal Supremo está sentando las bases de casos futuros que tengan que ver con la Carta.

Finalmente, debemos hacer alusión al impacto del caso en la relación de los tribunales internos, Supremos y Constitucionales, con el Derecho de la Unión y las legislaciones nacionales. En este texto hemos presupuesto que el Tribunal Supremo danés no ha seguido la vía preliminar, lo cual puede llevar a que otros tribunales similares hagan lo mismo. De todos modos, la pregunta de relevancia es si esta decisión entra o no dentro del ámbito delimitado por el TJUE. Según la normativa comunitaria, la no discriminación por motivo de edad es un principio constitucional con efecto directo pero el Derecho de la UE no puede ser aplicado en un sentido *contra-legem*. Visto así, el Tribunal Supremo danés ha seguido tanto la norma comunitaria como la decisión preliminar, en el sentido de que no ha aplicado el Derecho de la UE contra la ley. A su favor, de esta interpretación puede decirse que la UE no ha emprendido las acciones correspondientes contra Dinamarca por vulneración de los Tratados. En contra, puede argüirse que el Tribunal Supremo danés no acepta que el principio constitucional de la no discriminación por razón de edad —ni tampoco alguno de los principios enunciados en el artículo 6.3 TUE ni en el Carta de Derechos Fundamentales de la UE— tenga(n) efecto directo en el ordenamiento nacional. Aun es más: la propia doctrina ha señalado que existían vías alternativas, mediante las cuales el Tribunal Supremo danés podría haber interpretado la legislación danesa de acuerdo con el Derecho de la UE sin crear ninguna situación *contra-legem*[43].

Aunque no pueda darse una solución definitiva, el caso Ajos expone a las claras el impacto que podría tener para la relación entre el Derecho de la UE y el Derecho danés (en una nueva dirección), y en general para las relaciones entre el Derecho de la UE y el resto de Derechos nacionales. Por ello resulta necesario exponer qué ha sucedido en otros casos similares en Europa, en concreto en aquéllos decididos por Tribunales Supremos y/o Constitucionales.

IV. ANÁLISIS COMPARADO DEL CASO AJOS

Tal y como hemos dicho arriba, el caso Ajos se inserta en el marco comparado dentro del contexto europeo, especialmente en el marco del diálogo judicial entre los tribunales nacionales y el TJUE. Aquí abordaremos dos cuestiones. Por un lado, se estudia si otros tribunales nacionales se han ocupado de la cuestión de

43 Vid. Nielsen, R; y Tvarnø, C.D., 'Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case', *Europarattslig Tidskrift*, 2017(2), pp. 303-326; y Nielsen, R; y Tvarnø, C.D., en UfR 2016B.269, "Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination".

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la seguridad jurídica en relación con sus propios ordenamientos, sobre todo para saber si la combinación de la jurisdicción de los tribunales nacionales y la separación de poderes, se emplean tales principios constitucionales para limitar el efecto directo del Derecho de la UE. Por otro, se estudia el ejemplo de otros tribunales nacionales europeos, que están invocando ciertas reservas constitucionales junto al principio de cooperación leal, apostando por un diálogo más abierto con la UE (lo cual guarda mayor similitud con el caso Ajos).

1. **Defendiendo la seguridad jurídica a nivel nacional**

En *Ajos*, el Tribunal Supremo danés optó por resaltar la discusión planteada por los Abogados Generales del TJUE, en relación con la doctrina de la aplicación horizontal de los principios generales de la UE por parte del TJUE. Aquél acudió al *caso Ole Andersen*, para saber si podría aplicar el mismo enfoque a un supuesto de dos actores privados, o si ello quebraría la seguridad jurídica.

En dicho caso, la Abogada General Kokott[44] cuestionó que el TJUE se hubiera basado directamente en el principio legal general de la prohibición de discriminación por razón de edad, alegando que debía ser el tribunal nacional el que debe inaplicar cualquier previsión legal nacional que entre en conflicto con dicho principio. En el parágrafo 22 de su escrito dejó dicho que «parecía existir un acuerdo temporal para resolver asuntos de discriminación en relaciones legales entre individuos, donde la Directiva 2000/78 no es directamente aplicable y no puede reemplazar la norma nacional civil o laboral».

La Abogada General Trstenjak insistió en la idea de que una reconsideración minuciosa y en profundidad acerca del efecto directo horizontal, de los principios generales, o de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales no era necesaria para resolver el caso en litigio, toda vez que el asunto principal tenía que ver con una relación jurídica vertical. En otro caso —el *caso Domínguez*— aquél manifestó sus reservas en base al principio de seguridad jurídica referido a individuos y también acerca de la inconveniencia de mezclar las fuentes del Derecho, tratando a las Directivas como norma derivada y a los principios generales como Derecho originario[45]. Debido a la ausencia de seguridad jurídica en el marco de relaciones individuales-privadas, enfatiza en el parágrafo 164: «el principio de seguridad jurídica requiere que las reglas que impliquen consecuencias negativas para los individuos sean claras y precisas y su aplicación predecible. De todos modos, como nunca será posible para un individuo privado estar seguro de la aplicación de una norma no escrita, estás traerán siempre cierta inseguridad, sean normas nacionales sean Directivas».

44 Opinión de la Abogada General Kokott en *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark* (C-499/08) EU:C:2010:600 [2010].

45 Opinión de la Abogada General Trstenjak en *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre* (C-282/10) EU: C:2012:33 [2012].

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El Tribunal Supremo danés compartió las mismas preocupaciones y al enviar el caso Ajos al TJUE querían encontrar una solución a través de la ponderación de los principios en conflicto. Al rechazar la solución propuesta por aquél, el TJUE no ofreció otra salida al tribunal nacional más que aplicar el Derecho de la UE conforme su interpretación. El Tribunal Supremo no procedió como se esperaba; más bien los jueces daneses encontraron su propio modo de resolver el problema, garantizando la seguridad jurídica del Derecho danés del modo explicitado arriba.

1.1. *El caso Taricco II. La seguridad jurídica y los límites al poder de los tribunales*

En el caso Taricco II[46] la Corte Constitucional planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre la extensión que implica para los tribunales nacionales italianos cumplir con la obligación, establecida en *Taricco y Otros* el 8 de septiembre de 2015[47] de inaplicar, en los procesos penales pendientes, las reglas contenidas en el último párrafo del artículo 160 y en el penúltimo párrafo del artículo 161, ambos del Código Penal. El caso Taricco II planteaba si el artículo 325 TFUE (antiguo 280) primaba sobre las normas penales nacionales a la hora de computar los plazos para perseguir delitos fiscales, tal y como el TJUE sugirió en *Taricco y Otros*[48]. Según la Corte Constitucional, esto violaría el principio constitucional de legalidad, principio con mucho peso en el ámbito penal. La primera cuestión prejudicial fue recogida en la sentencia abajo referida, que acabó con el planteamiento de una nueva al TJUE. En la misma, la Corte Constitucional alude explícitamente a la previsibilidad y nivel de certeza para los individuos. La Corte también se refiere a los límites que tiene el poder jurisdiccional en base a la separación de poderes[49]. Enfatiza la Corte que este no puede realizar recomendaciones discrecionales en política criminal, máxime teniendo en cuenta el sistema constitucional en el que se incardinan el resto de Estados miembros que siguen el *civil-law*. Así, dirá que: «Esto no garantiza a los tribunales el poder de crear nuevas normas penales en lugar de la legislación aprobada por el Parlamento, ni tampoco de colmar objetivos allá donde la ley no especifica en qué manera y con qué fines debe hacerse».

Acto seguido, dirá que: «la conclusión excedería los límites aplicables al ejercicio de los poderes jurisdiccionales dentro de todo Estado de Derecho, al menos teniendo en cuenta la tradición continental, lo cual tampoco se compadecería con el principio de legalidad regulado en el artículo 49 de la Carta de Niza».

En sus conclusiones generales el Abogado General Y. Bot sostuvo que el TJUE debía abordar la cuestión dando en buena medida la respuesta ya dada en

46 *M.A.S; y M.B* (C42/17) EU:C:2017:936 [2017].
47 *Taricco y Otros* (C-105/14) EU:C:2015:555 [2015].
48 ICC Order No. 24/2017.
49 Íbidem., p. 5, 9, y 11.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Taricco y Otros. Ninguno de los argumentos de la Corte le parecieron lo suficientemente convincentes como para cambiar el criterio, defendiendo que el artículo 325 TFUE debía ser interpretado en el sentido de que el tribunal nacional debe inaplicar la limitación absoluta plasmada en la norma nacional. El caso guarda similitudes con *Ajos*, aunque también presenta notables diferencias (básicamente, la naturaleza penal y laboral, respectivamente).

Los argumentos dados por la Corte sobre los artículos 49 y 53 de la Carta de Derechos Fundamentales tampoco son secundados por el Abogado General, lo que igualmente sucede respecto de las alegaciones en torno al artículo 4(2) TUE[50]. El Abogado General defiende que la protección de un derecho fundamental no debe confundirse con un ataque a la identidad nacional o, más específicamente, la identidad constitucional de un Estado miembro. Aunque en Taricco I estábamos ante un derecho fundamental protegido por la Corte Constitucional, ello no supuso la no observancia del artículo 4(2) TUE. Se podría decir que si se hubiera argumentado igual en Ajos por parte del Tribunal Supremo danés (como hizo el gobierno), el Abogado General Bot lo hubiera rechazado de igual modo.

En Taricco II el TJUE siguió el criterio del Abogado General acerca del artículo 325 TFUE, defendiendo que debía interpretarse en aras de requerir al tribunal nacional, en procesos penales relacionados con el IVA, la inaplicación de la norma nacional sobre los límites, incluso si formaba parte del derecho sustantivo. En cambio, y al contrario de lo que sostuvo Bot, el TJUE sentenció que la obligación de proteger los intereses financieros de la UE no era absoluta. En suma, las reglas debían inaplicarse: «(...) salvo que ello supusiera una quiebra del principio de que los delitos y sus penas deben ser definidos con precisión por la ley, así como de la irretroactividad de las normas penales, y del no endurecimiento a posteriori»[51]. El TJUE dejó sin resolver la tercera cuestión, sobre la identidad constitucional, toda vez que la respuesta ya dada a las dos primeras sirvió de base suficiente para ponderar la seguridad jurídica plasmada en la Constitución italiana y la efectividad del Derecho Comunitario. Esta era la misma tarea que el Tribunal Supremo danés estaba intentando resolver, infructuosamente y bajo el paraguas de la legislación europea en Ajos. Este combinó la jurisdicción de los tribunales nacionales y la separación de poderes constitucionales para limitar el efecto directo de aquélla en el ordenamiento danés.

2. Enfoques diferentes en el diálogo existente entre los tribunales nacionales y el TJUE

El Tribunal Supremo danés eligió un camino que se puede tildar de desobediente o, al menos, de escéptico respecto de la jurisprudencia dictada por el TJUE

50 Ver *supra*, apartado 3.3.2.
51 *M.A.S; y M.B* (C42/17) EU:C:2017:936 [2017], parr. 62.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre el principio de no discriminación por razón de edad. A continuación aportamos diversos enfoques sobre asuntos similares, donde se aprecia un diálogo judicial reseñable.

2.1. *El caso alemán Honeywell después de Mangold*[52]

En el caso Honeywell el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) tuvo que decidir sobre si el caso Mangold, tal y como lo interpretó el TJUE, se adecuaba o no a los parámetros constitucionales nacionales, y si el TJUE se había extralimitado en sus competencias en materia de no discriminación por razón de edad. El TCFA realizó su tarea teniendo muy presente el criterio *ultra-vires*.

Honeywell ha sido examinado con anterioridad por voces autorizadas[53]. Aun así, cuando se le compara con Ajos, el problema que se plantea es el mismo: el análisis de si el TJUE está extralimitándose en sus funciones, a tenor de la interpretación doctrinal sobre el encaje en la Constitución alemana. El resultado final es diametralmente opuesto al que se llega en *Ajos*. El TCFA sostuvo que la revisión ultra-vires por el Tribunal sólo cabe si se demuestra que existe una ruptura de la competencia suficientemente cualificada. Este criterio/umbral no era nuevo, dado que ya había sido empleado con anterioridad en los asuntos Maastricht y Lisboa.

«Así, ante la extraordinaria situación, donde el TJUE apoya una norma comunitaria basándose en una aplicación del Tratado que se sitúa fuera de la delegación realizada en su día mediante el Tratado de Adhesión, los tribunales daneses deben inaplicar dicha norma en Dinamarca»[54].

Por otro lado, en Ajos, el Tribunal Supremo no acudió a una política de mínimos respecto al criterio de la «cualificación suficiente» señalado arriba. Eso hubiera sucedido si la mayoría se hubiera alineado con los criterios que aparecen en el voto particular de la Magistrada discrepante. Obviamente, la diferencia de criterios y de resultado tuvo y tiene mucho que ver con las muchas diferencias entre las Constituciones alemana y danesa. Tal y como dijo el TCFA: *«Die Ultra-vires-Kontrolle darf nur europarechtsfreundlich ausgeübt warden»*[55]. O, como se diría en español, «la revisión ultra-vires sólo podrá llevarse a cabo de manera diferente respecto al Derecho de la UE». Un principio similar de interpretación que enfatiza en la integración europea no es reconocido plenamente en la legislación danesa. La posición teutona refleja de alguna manera el principio comunitario de

52 Nos referimos al *caso Mangold* (C-144/04) EU:C:2005:709 [2005].

53 Ver Payandeh, M., «Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice», *Common Market Law Review* 48 (2011) p.9-38; y *Common Market Law Review* 50: 925-930, 2013.

54 UfR 1998.800H, para. 9.6.

55 Ver: BVerfG, *Orden del Segundo Senado*, de 6 de julio de 2010, 2 BvR 2661/06 — para 58.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la cooperación leal, que implica respeto mutuo y un cierto tender puentes entre unos y otros.

2.2. *El caso Taricco II*

Volviendo al asunto Tarico II, se puede observar un acercamiento muy parecido en relación con el Derecho Comunitario. En no pocos lugares se alude a la cláusula de la identidad (para. 8): «Este Tribunal quiere señalar (...) que no compromete los requisitos de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, siendo una solución que descansa en el principio de cooperación leal y de proporcionalidad»[56]. El tono y el lenguaje en la decisión italiana es de alguna forma respetuoso para con el TJUE y simplemente alude a algunas dificultades que para los tribunales constitucionales nacionales plantea el hecho de obedecer y cumplir con el Derecho Comunitario. Este estilo de diálogo puede ser interpretado en contraste con el del Tribunal Supremo en Ajos, lo cual se aborda en el siguiente apartado.

2.3. *El caso Ajos a la luz de una visión aperturista pro-europea*

Después de analizar las dos referencias comparadas respecto de Italia y Alemania, abordamos aquí cómo se refiere el Tribunal Supremo al TJUE. A la luz de las posiciones de estos, parece ciertamente cándida la postura de aquél cuando sugiere que este no está siendo respetuoso para con su propia jurisprudencia (por ejemplo, en el para. 9.6)[57]. Así sucede con la referencia al *caso AMS*[58], para. 36, donde el TJUE recordó que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, incluso en el caso de que una Directiva contenga una previsión clara, precisa e incondicional atribuyendo derechos o estableciendo obligaciones para los ciudadanos, no puede ser aplicada cuando se trata de procesos entre partes privadas, como sucedería de aplicarse, según el Tribunal Supremo danés, la doctrina del caso *Kücükdeveci*.

También cabe apuntar razones más allá del Derecho para entender porqué el Tribunal Supremo danés argumenta como lo hace, tal y como ilustrarían las diferencias culturales manifestadas por los juristas daneses —jueces incluidos— a la hora de redactar y defender sin demasiados rodeos y con claridad meridiana los argumentos en liza. Por lo demás, antiguos jueces del Tribunal Supremo, una vez dejaron ya de serlo, fueron de la opinión de que los Tribunal europeos —también

56 Ver ICC Order No.24/2017, para. 8.
57 UfR 2014.3667H.
58 *Association de médiation sociale* (C176/12) EU:C:2014:2 [2014].

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el TJUE— llevaron al principio de separación de poderes y al principio de seguridad jurídica a una situación harto comprometida[59].

Aunque el Tibunal Supremo se mostraba reticente a plantear cuestiones prejudiciales al TJUE[60], sí lo hizo en Ajos, independientemente de que ninguna de las partes lo solicitó. Y desde luego que si lo hizo para que el TJUE «se lo pensase dos veces» en aras de su jursprudencia anterior, no parece haber dado resultado. En futuros casos se puede tener en mente las lecciones aprendidas del caso italiano, sobre todo a la hora de explicar las dificultades que plantean obedecer y cumplir con el Derecho de la UE. Puede que este enfoque coseche más éxitos en el marco del diálogo judicial.

V. OBSERVACIONES FINALES

En estas notas se ha realizado un breve repaso al caso Ajos, y se ha trazado una línea desde Maastricht hasta Lisboa, pasando por Ajos, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo danés. Aquí, el énfasis ha recaído sobre el hecho de que los tribunales daneses pusieron el *ídem* en los trabajos preparatorios y en el deseo del legislador de actuar conforme los dictados del Derecho Comunitario.

Ajos ha sido ya interpretado de diversas formas[61]. Se ha visto como un duelo entre el monismo y el dualismo, como una lucha entre culturas legales diferentes o como una competición entre instituciones, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Hemos analizado el caso desde una perspectiva constitucional, haciendo hincapié en la separación de poderes y en el contexto temporal en el que el caso Ajos se decidió.

En base a esa sentencia, hemos abordado diferentes puntos, que da como consecuencia que la misma pueda verse como una ruptura con el *criterio Maastricht*, una relación horizontal *inter-privatos* o una cuestión en consonancia con el Derecho de la UE y la cuestión prejudicial. La implicación más clara de *Ajos* es

59 Por ejemplo, ver DAHL, B., 'Keynote Address' in Neergaard, U. & Jacqueson, C. (eds.), *Proceedings: Speeches from the XXVI FIDE Congress*, 2014 Congress Publications Vol. 4, DJØF Publishing, 2014, pp. 26-36; y MELCHIOR, T., «Er grundloven ændret?» in *Festskrift til Jens Peter Christensen*, 2016, p. 239.

60 WIND, M. (2010). The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review. *Journal of Common Market Studies*, 48(4), 1039-1063 contrary to Broberg, M., Fenger, N., & Hansen, H. (2017). «Den strukturelle faktors betydning for nationale domstoles præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen: En statistisk analyse». *Juristen*, (5), 182-195, quienes basan su análisis en las estadísticas y sugieren explicaciones adicionales, en base a la población, la bonanza económica, y/o el tiempo de membresía, entre otros).

61 SPIERMANN, O., 'En højesteretsdom om EU-tiltrædelsesloven' en UfR 2017B.297; KRISTIANSEN, J., 'Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret' en UfR 2017B.75, NIELSEN, R. & TVARNØ, C.D., 'Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by its Ruling in the Ajos Case', *Europaraettslig Tidskrift*, 2017(2), pp. 303-326; y RASK MADSEN, M., PALMER OLSEN, H. and SADL, U., 'Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities', *iCourts Working Paper Series*, No. 85, 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que el Tribunal Supremo danés establece una línea muy clara para casos futuros donde se ventilen cuestiones relacionadas con la Carta.

Visto a través de la perspectiva comparada hemos analizado *Ajos* en base a *Taricco II*, lo cual nos ha llevado a concluir que hay varios Tribunales Constitucionales que también emplean el argumento-fuerza de la seguridad jurídica a nivel nacional, aunque cada uno lo haga desde posiciones distintas. Acabamos por concluir que los criterios empleados en *Honeywell* y en *Taricco* pueden ser interpretados como más abiertos, más favorables, respecto del Derecho de la Unión, que los criterios sentados en *Ajos*.

***

TITLE: *The Danish Ajos-Case: The Missing Case From Maastricht And Lisbon*

ABSTRACT: *The text analyze the ajos judgment, dealing with the case-law line followed in Mangold and Kücükdeveci by the CJEU. We try to shed light on the implications of it within national danish-law and within the european union law, giving also further comparative arguments and cases.*

RESUMEN: *El texto analiza la sentencia recaida en el caso Ajos, resolución dictada por el TJUE y que se inserta en unalínea jurisprudencial anterior en la que destacan «Mangold» y «Kücükdeveci». Intentamos arrojar algo de luz sobre las implicaciones del mismo tanto desde la perspectiva del Derecho Danés como desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, aportando algunos casos relevantes desde la óptica comparada.*

KEY WORDS: *Denmark, Ajos, Landmark Decision, CJEU.*

PALABRAS CLAVE: *Dinamarca, Ajos, Sentencia de Referencia, TJUE.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *05.09.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *08.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LOS *LÄNDER* NO SON «SEÑORES DE LA CONSTITUCIÓN»: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN SOBRE EL REFERÉNDUM SEPARATISTA BÁVARO

SABRINA RAGONE
Profesora Titular de Derecho Comparado
Universidad de Bolonia

SUMARIO

I. La excepción bávara: elementos de contexto. II. El auto del Tribunal Constitucional federal (2016) y el precedente del Tribunal Constitucional bávaro (1991): los *Länder* no son señores de la Constitución. III. El tema de la secesión en el ordenamiento alemán. IV. La jurisprudencia alemana en el marco comparado europeo.

I. LA EXCEPCIÓN BÁVARA: ELEMENTOS DE CONTEXTO

Con un fallo de pocas líneas, el 16 de diciembre de 2016 el segundo *Senat* del Tribunal Constitucional federal de Alemania afirmó que los Estados federados no pueden ser considerados los «señores (o dueños) de la Constitución», y por lo tanto no están facultados para convocar un referéndum sobre su independencia[1].

Este auto retoma un precedente, adoptado por el Tribunal Constitucional bávaro en 1991[2], que tuvo lugar cuando el Partido de Baviera (*Bayernpartei*) recurrió en contra de la decisión por la cual el Parlamento bávaro había reconocido, en 1949, el valor vinculante de la Constitución alemana (*Grundgesetz* – Ley Fundamental de Bonn, LFB) al tiempo que solicitaba que dicha decisión fuera declarada inconstitucional y nula.

1 Véase el auto 2 BvR 349/16.

2 Véase la sentencia del *Bayerischer Verfassungsgerichtshof* del 16 de julio de 1991: *BayVerfGH: Verbindlichkeit des Grundgesetzes für Bayern*, NVwZ 1991, 1073.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El marco constitucional no parece abrir la posibilidad de una secesión de un Estado miembro (*Land*), y la doctrina se ha interrogado acerca de posibles soluciones y mecanismos jurídicos que permitan proporcionar un espacio para las reivindicaciones autonomistas, en particular las bávaras.

Baviera es el *Land* más extenso de Alemania y, por lo general, el que tiene caracteres identificativos más claros por razones históricas, culturales, religiosas y políticas[3]. Ya en la confederación germánica posterior a 1815 representaba el más amplio de los 39 Estados miembros. Territorio tradicionalmente anti-prusiano, cuando se unió al II *Reich*, en 1871, un amplio sector de la sociedad y una parte sustancial de los miembros de su Parlamento se opusieron a la decisión, al considerarse más afines a la católica Austria en comparación con la Prusia protestante.

Baviera es el único *Land* que no ha aprobado la LFB, justamente porque esperaba conseguir un modelo bicameral parecido al de 1871, en el que habría tenido un peso mayor; además porque reivindicaba mayor autonomía fiscal y financiera para los *Länder*, y aspiraba a un expreso reconocimiento de la unicidad bávara. Ninguna de estas demandas triunfó. El eslogan de la decisión de no votar a favor de la LFB fue «no al *Grundgesetz*, sí a Alemania», como lo afirmó el Presidente del Gobierno bávaro de la época, Hans Ehard. El efecto vinculante de la LFB no fue afectado, ya que la mayoría de dos tercios de los Estados miembros era suficiente para que entrase en vigor para toda la federación (esta decisión es la que fue objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional bávaro en 1991).

Los dos partidos protagonistas de estos acontecimientos fueron el ya mencionado *Bayernpartei* y la *Christlich-Soziale Union in Bayern* (CSU - Unión Social Cristiana de Baviera), que en esencia es la sección bávara de la *Christlich Demokratische Union Deutschlands* – (CDU - Unión Demócrata Cristiana) que se presenta en los demás *Länder*. El Presidente del Gobierno pertenecía a la CSU y necesitaba políticamente dar un mensaje de apoyo a la especialidad bávara para no perder consenso en los sectores más autonomistas de la población, a favor del Partido de Baviera.

El Partido de Baviera fue al principio el mayor medio de manifestación de las tendencias separatistas de este territorio, aunque su relevancia ha ido disminuyendo a lo largo de las décadas posteriores a la segunda guerra mundial[4]. Su programa de 1949, cuyo mensaje básico era «Baviera para los bávaros», se basaba en la idea de una Baviera independiente en el contexto de una federación alemana y europea parecida a la confederación alemana de la primera mitad del siglo XIX. Se opuso a la LFB y redactó una constitución federal alternativa, que dejaba mayores poderes a los *Länder*. Con una campaña orientada a frenar el supuesto centralismo creciente, el Partido de Baviera obtuvo casi el 21% en Baviera (menos

3 Una reconstrucción clara de estas peculiaridades se encuentra en G. MANGIONE, «Baviera, federalismo e *Grundgesetz*», en G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (Eds.), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffré, Milán, 2012, p. 271 y ss.

4 Sobre la composición del partido, véase S.L. FISHER, *The Minor Parties of the Federal Republic of Germany. Toward a Comparative Theory of Minor Parties*, Martimus Nijhoff, La Haya, 1974, p. 69 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del 5% globalmente) en las elecciones federales de 1949 y participó en las actividades del Parlamento federal ocupando diecisiete escaños en el *Bundestag*. En las elecciones del *Land* en 1950 consiguió alrededor del 18% y en 1954 fue una de las fuerzas que respaldaron al gobierno bávaro. En pocos años, su apoyo disminuyó hasta llegar a porcentajes casi inexistentes, estando este partido presente en el Parlamento bávaro hasta 1966[5]. Sigue participando en los procesos electorales y tiene sólo una pequeña representación a nivel local, aunque es actualmente la cuarta fuerza en el Ayuntamiento de Múnich y ha conseguido alrededor del 2% en las últimas elecciones parlamentarias bávaras (el mejor resultado desde los años 60). Los votantes conservadores —e incluso los autonomistas— se han orientado hacia partidos con mayor representación, en particular hacia la mencionada CSU, que desde entonces domina la escena política estatal.

II. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (2016) Y EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BÁVARO (1991): LOS *LÄNDER* NO SON SEÑORES DE LA CONSTITUCIÓN

En el auto de diciembre de 2016, el Tribunal Constitucional federal respondió al recurso individual (*Verfassungsbeschwerde*, comparable con el recurso de amparo) de un ciudadano en contra de la negativa del gobierno bávaro a convocar un referéndum sobre la independencia del *Land*[6]. En particular, el recurrente planteó la ilegitimidad a) de la imposibilidad de convocar un referéndum para que Baviera se separara de Alemania y se volviera independiente y b) de la postura según la cual, incluso si tal referéndum se celebrase, deberían participar en la votación todos los *Länder*[7].

Los magistrados deliberaron no admitir el recurso, fundamentando esta decisión en un razonamiento sintético y contundente. Afirmaron que en la República Federal de Alemania, que es un Estado nacional basado en el poder constituyente del pueblo alemán, los *Länder* no son «señores de la Constitución» («Herren des Grundgesetzes»). Ninguna aspiración secesionista de un *Land* cabe en el marco de la LFB, puesto que se sitúa fuera del orden constitucional[8].

5 S.L. Fisher, *The Minor Parties of the Federal Republic of Germany. Toward a Comparative Theory of Minor Parties*, cit., p. 74. Para un marco más general, B. Hubensteiner, *Bayerische Geschichte*, Rosenheimer, Rosenheim, 16ª ed., 2006.

6 Sobre el caso, véase en castellano F. Sosa Wagner, «Bávaros y Referéndum por la independencia», *Revista de Administración Pública*, nº 202, 2017, p. 157 y ss.

7 Este es el brevísimo contenido del recurso como se encuentra descrito en la decisión: «gegen die Nichtzulassung einer Volksabstimmung über den Austritt Bayerns aus der BRD in Bayern und gegen die Bestimmung, dass die Volksabstimmung im ganzen Bundesgebiet und nicht nur in Bayern durchgeführt werden müsste».

8 Este es el fallo: «In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht „Herren des Grundgesetzes». Für

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No fue en este caso el Partido de Baviera quien impulsó el recurso, pero, una vez emitida la sentencia, sus representantes la criticaron duramente y afirmaron que el Tribunal Constitucional federal había decidido incorrectamente, olvidando justamente uno de los elementos esenciales de la excepción bávara, es decir, que Baviera nunca había aprobado la LFB.

El contenido de la sentencia y hasta sus expresiones retoman los argumentos del precedente bávaro de 1991, cuando, con ocasión de la reunificación alemana, el Partido de Baviera puso en duda el valor vinculante de la LFB en el *Land* conforme a la decisión del parlamento del 20 de mayo de 1949. Más concretamente, el recurso (*rectius*, la acción popular) planteaba que tras la incorporación a la federación de los *Länder* orientales, la citada decisión del Parlamento bávaro se había vuelto inconstitucional, ya que la LFB así había perdido su carácter provisional. En otras palabras, la decisión de 1949 habría tenido como premisa lógico-jurídica, según los recurrentes, que el reconocimiento de la LFB fuese provisorio, mientras que la reunificación habría exigido una nueva Constitución conforme al art. 146 LFB[9].

En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional bávaro dedicó, en primer lugar, una parte de los fundamentos jurídicos a argumentar por qué la decisión de 1949 no se podía considerar una fuente en el sentido del art. 98 de la Constitución bávara y, por lo tanto, no se podía impugnar a través de una acción popular.

Desde una perspectiva formal, la decisión no fue tomada a través del procedimiento legislativo ordinario, como una «*förmliches Gesetz*» (una ley en sentido estricto) ni fue promulgada como una ley. El mismo contexto histórico induce a pensar que el Parlamento bávaro conscientemente quiso evitar instrumentos jurídicos propiamente dichos. Desde una perspectiva material, la entrada en vigor de la LFB en Baviera fue el corolario del Art. 144.1 LFB adoptado por el *Parlamentarischer Rat* (Consejo Parlamentario, antecesor del actual *Bundestag*, encargado de redactar la Constitución) que exigía la aprobación por parte de los Parlamentos de los dos tercios de los Estados miembros sin fijar regímenes especiales para aquellos *Länder* que no lo hicieran. Finalmente, tampoco se trataba de una declaración de adhesión a un acuerdo o a un tratado internacional. De nuevo, el carácter vinculante de la LFB deriva directamente de la misma, pues la República Federal no fue formada como un nuevo Estado por un pacto entre los Estados miembros de Alemania occidental, sino que representó una reorganización de una parte del territorio alemán.

Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung».

9 Este artículo establece que la Ley Fundamental, válida para el pueblo alemán tras la unidad y libertad de Alemania, dejaría de aplicarse cuando el pueblo alemán se diera libremente otra Constitución («Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist»).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional bávaro desmontó la tesis de los recurrentes según la cual la decisión de 1949 vulneraba la dignidad humana protegida por el art. 100 de la Constitución bávara. En particular, el Tribunal sostuvo que el artículo mencionado no garantiza el derecho de autodeterminación política entendido como la posibilidad, para cada individuo, de reclamar, incluso por parte de las instituciones de su *Land*, la independencia de Baviera en contra del Estado Federal.

El derecho de autodeterminación, en este sentido, es conferido al pueblo en su conjunto. En otras palabras, no se configura como un derecho individual, sino como un derecho de naturaleza colectiva que sólo puede ser ejercido por una pluralidad de individuos. Y en un Estado constitucional es mediante los órganos constitucionales competentes. El ciudadano individual no tiene un derecho constitucional a que los órganos competentes decidan de una cierta forma. Su derecho a la autodeterminación se manifiesta a través de todos los derechos de participación, tales como el derecho de sufragio activo y pasivo, la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, el derecho de acceso equitativo a los cargos públicos. Además, recordó el Tribunal, los ciudadanos pueden solicitar un referéndum bajo las condiciones y los requisitos del art. 74 de la Constitución bávara[10].

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional bávaro excluyó la posibilidad de que la acción popular pudiera ser planteada afirmando que los poderes públicos no podían considerarse incumplidores. Los recurrentes, al contrario, lamentaban la omisión por parte de la administración bávara de una nueva decisión acerca de la validez de la LFB como consecuencia de la dignidad humana.

La sentencia de 1991, y aún más el auto que aquí se analiza, han tenido un eco mediático y académico mínimo hasta la fecha.

Con referencia al auto de 2016, la prensa alemana se ha ocupado de forma muy esporádica y superficial del caso, demostrando cómo un posible intento de secesión es considerado del todo marginal en el contexto alemán. Al cabo de una semana de la publicación de la sentencia, sólo se podían encontrar artículos breves con una descripción sumaria de los contenidos, de la reacción del Partido de Baviera y de su importancia menor en el marco político bávaro. Muy pocos artículos iban más allá de ello, subrayando la brevedad de la sentencia o su escueta motivación. La prensa nacional e internacional, por lo general, no ha acogido la sentencia con sorpresa; más bien, ha etiquetado las aspiraciones bávaras con adjetivos irónicos[11]. La prensa española, en castellano y en catalán, es la que ha

10 El número necesario de firmas, conforme a la regulación de Baviera, es de 25.000; los intentos más exitosos del Partido de Baviera han alcanzado unas 7.000.

11 Por ejemplo, véase el artículo «Bayern bleibt deutsch», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung – Feuilleton*, 4 de abril de 2017 (http://www.faz.net). El artículo «German court shuts down hopes for a breakaway Bavaria», en *Washington Post*, 4 de enero de 2017, proponía un recuento escéptico de cuántos votos a favor podría recibir un referéndum sobre la independencia (https://www.washingtonpost.com). También el artículo «Allemagne: non, la Bavière ne peut pas faire sécession», en *La Tribune*, misma fecha, subrayaba el escaso apoyo del Partido de Baviera en el territorio (https://www.latribune.fr).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dedicado mayor atención a la decisión, proponiendo casi siempre una comparación con la situación en Cataluña y el referéndum sobre su independencia.

La doctrina tampoco ha analizado la sentencia con gran detenimiento.

En español, Francisco Sosa Wagner ha realizado un examen detallado de las circunstancias del caso, enmarcándolo en una reconstrucción de las peculiaridades históricas y culturales de Baviera y de los principios constitucionales relevantes[12]. El recurso en sí ha sido calificado de patentemente inadmisible por la ausencia de vulneraciones de derechos fundamentales que pudiesen dar lugar a una *Verfassungsbeschwerde*[13].

Observaciones interesantes se encuentran además en un *working paper* de Klaus-Jürgen Nagel y Adam Holesch, quienes han llegado a descartar que bajo el derecho internacional o doméstico exista un derecho a decidir para el pueblo bávaro, a pesar de su identidad histórica[14]. En perspectiva politológica, los autores explican, además, por qué sería necesaria una decisión adoptada por mayoría para que Baviera pudiese aspirar a la independencia y por qué, a la luz del sistema de partidos actuales y de las encuestas, dicha posibilidad parece absolutamente inalcanzable[15].

En una sintética reseña especialmente dedicada a esta sentencia, José Antonio Montilla Martos ha explicado que Alemania se sitúa entre aquellos Estados que prohíben de forma tajante la secesión, como los Estados Unidos de América, rechazando mecanismos más flexibles reconocidos, por ejemplo, en Canadá o en el Reino Unido. En su opinión, España representaría un caso intermedio pues el Tribunal Constitucional ha dejado abierta la vía de una posible reforma constitucional[16]. En otro trabajo, más extenso, el autor ha examinado detenidamente las distintas partes del auto alemán, centrándose en su fundamento, es decir, en la idea de que el pueblo alemán en su conjunto es el único poder constituyente y el único sujeto soberano. Asimismo, ha considerado que la cuestión más problemática de la decisión del segundo *Senat* reside en la exclusión de cualquier espacio, en el marco constitucional, para aspiraciones secesionistas mediante referéndum, incluso —parece leyendo sus pocas líneas— si mediara una reforma constitucional. La integridad territorial o la unidad del Estado no están incluidas de forma expresa entre los límites a la reforma *ex* art. 79.3 LFB, pero no se puede excluir que los magistrados hayan derivado un límite implícito de la naturaleza de Estado nacional y por ello indivisible[17].

12 F. Sosa Wagner, «Bávaros y Referéndum por la independencia», cit.

13 C. Hillgruber, «Keine Volksabstimmung über den Austritt Bayerns aus der Bundesrepublik», *Juristische Arbeitsblätter*, 2017, p. 238 y ss.

14 K.-J. Nagel, A. Holesch, «Bavaria: another case of right to decide?», *Political Theory Working Paper*, nº 19, 2017 (disponible en https://repositori.upf.edu).

15 K.-J. Nagel, A. Holesch, «Bavaria: another case of right to decide?», cit., p. 15 y ss.

16 J.A. Montilla Martos, «The independence referendum in Germany», blog del Instituto de Derecho Público, Universidad de Barcelona (disponible en la página http://idpbarcelona.net).

17 J.A. Montilla Martos, «El referéndum de secesión en Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 26, 2016.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. EL TEMA DE LA SECESIÓN EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN

En opinión de la doctrina mayoritaria, eventuales aspiraciones secesionistas no tienen espacio en el marco constitucional de 1949. El Estado federal alemán habitualmente es definido como «*Bund* eterno», establecido para mantenerse de forma indefinida en su dimensión temporal, sin reservas de revocación por parte de los Estados miembros. La unidad de la federación no es disponible para los *Länder* porque todas sus comunidades han sido incorporadas en un único pueblo alemán[18]. La prohibición de secesión ha sido reconstruida también como un elemento de continuidad con la tradición constitucional alemana, y la LFB en su versión originaria (art. 23, donde se dejaba en suspenso la validez de la Ley Fundamental de Bonn para el futuro, cuando las dos Alemanias se uniesen) sólo regulaba la adhesión y no la separación de los territorios. Además, el preámbulo enumera ahora de forma final y vinculante a los *Länder* que componen la República Federal[19]. Además, tras la derogación de esta normativa, tampoco se podría sostener el argumento (minoritario incluso en su época) según el cual la LFB, al regular la adhesión de los Estados, implícitamente debería permitir también el *actus contrarius*, o sea la posibilidad de salida de los territorios[20].

Los *Länder* dependen, para su existencia y el alcance de sus funciones, del orden federativo de la LFB, tras su aprobación por el pueblo alemán en su conjunto. Es cierto que cabe un espacio de autonomía constitucional para los *Länder*, pero estos están subordinados al *Bund*[21]. Aunque se hable de naturaleza estatal reconocida a cada uno de los *Länder* (*Staatsqualität*), según la doctrina esta naturaleza no se tiene que confundir con la soberanía. El contenido y la calidad de los poderes otorgados a los territorios federados están regulados en la LFB[22].

Desde una perspectiva literal, la LFB no contiene ninguna disposición expresa acerca de la secesión, y su art. 29 no es aplicable a dicha hipótesis pues

18 Véase J. Isensee, «Grundstruktur des Bundesstaates», en Id., P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI - *Bundesstaat*, Müller, Heidelberg, 2008, especialmente p. 90. Una reconstrucción muy clara del ordenamiento constitucional alemán en esta perspectiva se encuentra en C. Doerfert, «Sezession im Bundesstaat – Neun Fragen an das Grundgesetz», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, nº 6, 2016, 711 y ss.

19 T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, Springer, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 2012, p. 579. Interesante que en su comentario del preámbulo P. Huber, miembro de la cámara del segundo *Senat* que ha decidido este caso, recordase justamente la expresión del Tribunal Constitucional bávaro sobre los «señores de la Constitución». Véase P. Huber, «Präambel», en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, Beck, Múnich, 2014, 7ª ed., p. 26.

20 Véanse las observaciones contenidas en I. von Münch, U. Mager, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*, Kohlhammer, Stuttgart, 2016, 8ª ed., p. 349.

21 P. Huber, «Präambel», cit., *ibidem*.

22 C. Degenhart, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht*, Müller, Heidelberg, 2013, 29ª ed., p. 179. J. Isensee, «Grundstruktur des Bundesstaates», cit., p. 51 y ss. sostiene a su vez que los *Länder* son miembros del conjunto federal y realizan la unidad de la República Federal como *Bundesstaat*.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sólo atañe a la reestructuración del territorio federal, es decir, de las fronteras entre los distintos *Länder* dentro del Bund. No tendría cabida en esta normativa una modificación de las fronteras nacionales hacia el exterior[23]. Esta norma constitucional establece que el territorio federal puede ser modificado para que los Estados miembros desempeñen sus funciones de manera efectiva conforme a su tamaño y capacidad. Las medidas de reorganización se adoptan mediante una ley federal, que requiere confirmación por referéndum.

Una distinción terminológica que se encuentra en varios trabajos y manuales sobre este tema es la diferenciación entre el concepto de *Staatenbund* —confederación de Estados— y el de *Bundesstaat* —Estado federal—. En el primer caso, la relación entre los miembros es de carácter esencialmente contractual o pactado, con lo cual se les permite a las partes rescindir. Al contrario, esta posibilidad es ontológicamente incompatible con la idea de *Bundesstaat*, incluso cuando éste se haya formado a través de un tratado. Este caso no es aplicable al orden federal alemán[24]. Tanto el preámbulo como el art. 144 LFB señalan que la República fue implantada a través de un acto de voluntad del pueblo alemán y no mediante un acuerdo entre los distintos territorios. No habría podido ser de otra manera, puesto que el *Bund* había sido creado ya con la fundación del *Reich* alemán en 1871. Igualmente, otros artículos incorporan la concepción de un *Bundesstaat* constituido de forma duradera: además del ya citado art. 29, el 20.1 define a la República Federal alemana como un Estado federal, democrático y social; el art. 28.1 dispone que el orden constitucional de los *Länder* tiene que ser coherente con los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social conforme a la LFB.

Otros académicos han centrado su crítica en la impropia utilización del término «federalismo» como concepto único que abarcaría *Bundesstaat* y *Staatenbund*. En esta segunda hipótesis se trataría de la unión entre una pluralidad de Estados que mantienen su soberanía; este tipo de vínculo difiere del *Bundesstaat*, es decir, de un conjunto de Estados que han transferido a la federación su soberanía junto con la facultad de determinar la distribución de competencias entre el Bund y los *Länder*. La otra diferencia esencial sería justamente que en la segunda hipótesis los Estados miembros no disponen de la facultad de revocar su pertenencia a la federación abandonándola de forma unilateral[25].

En un interesante artículo de 2014, J.F. Lindner reconstruía, adoptando una perspectiva constitucional doble —es decir, bávara y federal—, la

23 I. von Münch, U. Mager, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*, cit., *ibidem*.

24 K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 1 - *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, Beck, Múnich, 1984, 2ª ed., p. 654 afirmaba que sólo un nuevo poder constituyente o un acto constitucional revolucionario podrían disolver el *Bundesstaat*.

25 S. Huster, J. Rux, «Das Bundesstaatsprinzip», en V. Epping, C. Hillgruber (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, Beck, Múnich, 2009, p. 551. C. Gröpl, *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess*, Beck, Múnich, 2015, 7ª ed., p. 146, también considera que la separación de un *Land* o la modificación del territorio federal en general sólo pueden ser deliberados a nivel federal.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

posibilidad de un referéndum si se superase la barrera de las 25.000 firmas necesarias[26]. Conforme a la normativa electoral de Baviera (*Landeswahlgesetz*), el Ministerio del Interior de Baviera debería admitir o inadmitir la propuesta y su decisión se podría someter a impugnación ante el Tribunal Constitucional bávaro.

Desde la perspectiva de la Constitución bávara en su texto vigente (de 1946, anterior a la LFB), cobra relevancia el art. 178.1, conforme al cual se estableció una obligación de adhesión de Baviera a aquello que sería la República Federal alemana[27]. Por otra parte, no hubo una declaración explícita de anexión pues desde 1871 Baviera formaba parte del *Reich* alemán, que nunca había desaparecido totalmente. Como corolario implícito, el autor considera que aplicaría una consecuente obligación de no abandonar el Estado federal[28].

Si no existe, *rebus sic stantibus*, una posibilidad regulada para emprender un proceso de secesión, cabe entonces preguntarse si es posible incluirla en el ordenamiento bávaro mediante una reforma del art. 178.1 de la Constitución. Lindner responde que abstractamente sí, aportando dos argumentos. En primer lugar, interpretando la cláusula de intangibilidad del art. 75 sobre el principio democrático, no se puede inferir que la pertenencia al *Bundesstaat* representa un elemento esencial de la Constitución bávara. En su opinión, dicha cláusula defiende la democracia constitucional y los derechos fundamentales en sentido material: estos principios no se verían afectados *per se* por la salida de la federación. En segundo lugar, el art. 178.1 no es equiparable a la cláusula de intangibilidad, es decir, no se puede calificar como otro elemento no reformable. Los constituyentes bávaros no lo afirmaron y sería muy difícil derivar este valor de la autorización que los americanos dieron al proyecto de Constitución bávara en 1946[29]. Sin embargo, una vez aprobada, dicha reforma sería inconstitucional por vulneración de la LFB.

¿Se podría pues, siguiendo un paralelismo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español[30], aprobar una enmienda para modificar la LFB y dar cabida a las reivindicaciones separatistas? La hipótesis es la regulación de un procedimiento para que los distintos territorios puedan decidir sobre su pertenencia a la federación, incluso con un referéndum. La inclusión en la Constitución de un procedimiento parecido implicaría la modificación del preámbulo, en la parte que enumera a los *Länder*, pero no parece contrastar, según el autor, con los

26 J.F. Lindner, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», *Bayrische Verwaltungsblätter*, nº 4, 2014, p. 97 y ss.

27 Este el texto: «Bayern wird einem künftigen deutschen demokratischen Bundesstaat beitreten. 2er soll auf einem freiwilligen Zusammenschluß der deutschen Einzelstaaten beruhen, deren staatsrechtliches Eigenleben zu sichern ist». Interesante que el segundo apartado fije la necesidad de que la federación asegure a cada *Land* su propia vida constitucional.

28 J.F. Lindner, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», cit., p. 98.

29 J.F. Lindner, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», cit., p. 99.

30 STC 42/2014.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

límites a la reforma constitucional establecidos en el art. 79.3[31]. Con la salida de un *Land*, en ausencia de un número constitucionalmente prefijado, la participación de los *Länder* en la función legislativa no se vería afectada; tampoco los principios establecidos en el art. 20 LFB serían violados, porque la República Federal seguiría preservando su carácter democrático y social. La única cuestión sería la hipótesis de una cláusula abierta para la secesión, es decir, no sólo una apertura para Baviera sino para cualquier *Land*, porque, en caso de desmembramiento, desaparecería la *Bundesrepublik* como tal. De todas maneras, la opción de una reforma constitucional no parece plausible en la actualidad.

IV. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA EN EL MARCO COMPARADO EUROPEO

Para un lector español o italiano, es sorprendente que el Tribunal Constitucional federal haya resuelto una cuestión de tal envergadura con un auto de tal brevedad. No lo es tanto para la doctrina y la sociedad alemana, quienes han visto este episodio como un intento individual y aislado, desconectado de un apoyo social considerable.

Falta el componente político necesario para reforzar este tipo de reivindicaciones. El consenso del Partido de Baviera, como se ha mencionado con anterioridad, es muy bajo y no representa una fuerza tan significativa en el panorama político del *Land*, a pesar de su peso simbólico y su valor reivindicativo. Encuestas relativamente recientes demuestran que el apoyo a la independencia no era muy alto (en 2012 se situaba alrededor del 20% en Baviera) y se justifica sobre todo por razones económicas y de representación democrática[32]. Los independentistas argumentan que, en términos de población, con unos trece millones de habitantes, Baviera se situaría entre los primeros diez Estados de la UE y, en términos económicos, sus bajas deudas y su patrimonio industrial serían suficientes para la supervivencia autónoma. Claramente, todo razonamiento de este tipo vale *rebus sic stantibus*, es decir, sin tener en cuenta las consecuencias que la separación de Alemania conllevaría, como el éxodo de empresas extranjeras, la necesidad de un sistema separado de seguridad social, etc. Asimismo, es complejo realizar proyecciones exactas, puesto que el territorio debería solicitar de nuevo su ingreso en la UE.

Además, es comúnmente aceptado que legal y constitucionalmente en el ordenamiento alemán no se regula la posibilidad de la secesión de un territorio. Jurisprudencia y doctrina han sido coherentes en excluir dicha posibilidad, basando sus

31 J.F. Lindner, ««Austritt» des Freistaates Bayern aus der Bundesrepublik Deutschland?», cit., p. 101 y ss.

32 Se trata de encuestas de 2012 citadas por K.-J. Nagel, A. Holesch, «Bavaria: another case of right to decide?», cit., p. 16. A nivel federal, se oponía a la independencia de Baviera un 57% de los entrevistados y la apoyaba el 12%.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

argumentos en varios principios constitucionales (además de los que se han citado con anterioridad, por ejemplo, la primacía de las normas federales sobre las estatales —art. 31 LFB— o la necesidad de condiciones de vida equivalentes en los distintos *Länder* —art. 72 LFB—) y en las características propias del modelo federal alemán, que se fundamenta predominantemente en la ejecución y es de naturaleza cooperativa, horizontal y verticalmente. Adicionalmente, la lealtad federal ha sido un concepto esencial elaborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal que permea las relaciones entre el nivel federal y los Estados miembros[33].

En otras palabras, la ausencia de normas sobre la separación de un territorio ha sido interpretada básicamente como su prohibición.

Si se tiene en cuenta el marco constitucional, el alemán se puede comparar con los casos de Italia y España, que también tienen Constituciones rígidas que no disciplinan la secesión. No parece coherente, al contrario, yuxtaponer un potencial intento de referéndum sobre la independencia bávara con el referéndum escocés de 2014, por las diferencias de contexto constitucional y político: por una parte, toda la *devolution* británica se ha desarrollado mediante *Acts*, en ausencia de un marco constitucional rígido y, por otra parte, la convocatoria del referéndum se debió a un acuerdo entre el gobierno central y el escocés, dándose pues el necesario consenso político en el país.

Una actitud parecida a la alemana fue adoptada por la Corte Constitucional italiana en la sentencia 118/2015, sobre el referéndum convocado en Véneto con la ley regional 16/2014, en el que se preguntaba a los electores si querían que su Región se transformase en una República independiente. La Corte, centrándose sobre todo en el art. 5 de la Constitución que proclama que la República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales, declaró la ley inconstitucional[34]. Aunque el sistema republicano garantiza el principio del pluralismo social e institucional junto a la autonomía territorial, afirmó la Corte, estos no pueden conllevar una fragmentación del ordenamiento ni ser utilizados para justificar iniciativas destinadas a la secesión, aunque sean consultivas. El referéndum convocado en Véneto no sólo se refería a una decisión constitucional fundamental, sino que también sugería subversiones institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República *ex* art. 5 de la Constitución. La autonomía regional no puede calificarse como soberanía y las instituciones regionales no pueden ser asimiladas a los órganos de representación nacionales. En conclusión, un referéndum regional puede, eventualmente, concernir cuestiones que no sean de competencia legislativa

33 Este elemento es esencial también para F. Sosa Wagner, «Bávaros y Referéndum por la independencia», cit., p. 164.

34 Los otros parámetros de la decisión fueron los artículos 114 (conforme al cual la República está formada por Municipios, Provincias, Ciudades metropolitanas —y Estado—, dotados de autonomía y funciones según los principios constitucionales); 138 (procedimiento de reforma constitucional) y 139 (límite a la reforma constitucional: la forma republicana).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

regional, pero exclusivamente cuando no sean afectadas decisiones fundamentales de valor constitucional. Si no fuera suficiente, la Corte sostuvo expresamente que la unidad de la República es uno de los elementos esenciales del ordenamiento constitucional que no pueden ser modificados ni siquiera a través de una reforma constitucional[35].

La Corte dejó la puerta abierta sólo a la posibilidad de un referéndum para consultar al electorado la adquisición de formas de autonomía especial conforme al art. 116.3 de la Constitución: las Regiones ordinarias pueden solicitar formas ulteriores y condiciones particulares de autonomía en determinados ámbitos legislativos (educación, medioambiente, bienes culturales, entre otros) que, una vez acordadas con el gobierno central, se reconocen en una ley estatal aprobada por mayoría absoluta en ambas Cámaras del Parlamento. Esta es la naturaleza del referéndum que finalmente se ha celebrado en Véneto (y en Lombardía) en octubre de 2017, donde el apoyo a mayor autonomía ha desbancado.

Ante demandas parecidas, la respuesta del Tribunal Constitucional español ha sido un poco distinta a la inflexibilidad alemana e italiana. Si bien la secesión no está reconocida en el marco constitucional de 1978 y no se puede convocar un referéndum autonómico sobre la independencia (STC 103/2008), éste afirmó que todo fin político es legítimo a condición de que se persiga a través de mecanismos de participación compatibles con la Constitución (en particular, STC 42/2014). Varios factores ayudan a explicar el enfoque diferente, entre ellos, destacan el contexto político y la relevancia social de las reivindicaciones autonomistas, además de la regulación, en la Constitución española, del procedimiento de reforma total.

***

TITLE: *The Länder are not the «lords of the Constitution»: the German Federal Constitutional Court concerning the the bavarian referendum on independence*

ABSTRACT: *At the end of 2016, the German Federal Constitutional Court issued a decision concerning an individual appeal claiming the possibility of an independentist referendum for the Bavarian population. This article analyzes the Court's decision, contextualizing it in the light of previous jurisprudence, political context and scholarship. Finally, it offers critical reflections from a comparative perspective.*

RESUMEN: *A finales de 2016 el Tribunal Constitucional federal alemán tuvo que decidir un recurso individual que reivindicaba, para los ciudadanos de Baviera, la posibilidad de un referéndum independentista. Este artículo analiza la decisión del Tribunal, contextualizándola a la luz de la jurisprudencia previa, del contexto político y de la doctrina. Finalmente, propone unas reflexiones críticas en perspectiva comparada.*

KEY WORDS: *Independence, Referendum, Bavaria, German Federal Constitutional Court*

PALABRAS CLAVE: *Independencia, Referéndum, Baviera, Tribunal Constitucional federal alemán*

FECHA DE RECEPCIÓN: *31.12.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

35 FJ 7.2, donde la Corte Constitucional retoma su doctrina al respecto (en particular, la sentencia 1146/1988).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿PUEDE LA *LEGISLACIÓN CUALIFICADA* SOCAVAR LA DEMOCRACIA? EL CASO DE HUNGRÍA[1]

BOLDIZSÁR SZENTGÁLI TÓTH
Investigador del Instituto de Estudios Legales de Hungría

SUMARIO

I. Consideraciones preliminares. II. La construcción y recepción de la legislación cualificada. III. La legislación cualificada en Hungría. IV. Conclusiones.

El presente estudio pretende analizar las denominadas *Leyes Cardinales* en Hungría[2], intentando arrojar luz sobre el concepto especialmente para conceptualizar su rol histórico y su función en el ordenamiento jurídico húngaro, a lo largo de la transición democrática, y también en la actualidad. Se hará especial hincapié en el impacto que tienen aquéllas en situaciones de mayoría parlamentaria cualificada.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El término «legislación cualificada» debe ser definido claramente. Los diferentes sistemas jurídicos suelen conceptuar de forma diferente lo que entienden por esa «legislación cualificada», aunque se detectan ciertos puntos en común. Así, la ley cualificada es una subcategoría de leyes, prescritas constitucionalmente, que se reservan para las materias más cruciales, que están garantizadas por cautelas procedimentales especialmente reforzadas que no existen en el caso de la legislación ordinaria[3].

1 Traducción de I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, Campus de Segovia).

2 El equivalente español son las Leyes Orgánicas.

3 J.P. CAMBY, «Quarante ans de lois organiques», *Revue de droit publique,* 1998/5-6, pp. 1686-1698.; A. JAKAB – E. SZILÁGYI, «Sarkalatos törvények a magyar jogrendszerben», Új *Magyar Közigazgatás,* 2014/3, pp. 96-110; P. AVRIL – J.GICQUEL, *Droit parlamentaire*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 267-307.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El modelo húngaro de este tipo de normas es la Ley Cardinal. El equivalente en España es la Ley Orgánica[4].

Después de realizar un repaso internacional a esta noción, y de haber señalado algunas consideraciones introductorias, me detendré sobre tres aspectos. En primer lugar, el trasfondo histórico. En segundo lugar, en el foco, en el objeto, de estas leyes cardinales. En tercer lugar, en su carácter legal (jurídico, normativo). Sobre cada uno de los aspectos se comparará el desarrollo húngaro y el desarrollo español, en aras de demostrar que este tipo de normas pueden suponer un factor de riesgo para la democracia húngara, a la vez que se expone cómo las leyes orgánicas no lo son para la democracia española.

Lo cierto y verdad es que los diferentes ordenamientos jurídicos emplean multitud de expresiones para referirse al mismo fenómeno que tratamos aquí de la *legislación cualificada*. Y aunque la terminología no es el factor decisivo para el análisis de fondo, en esta concreta cuestión merece la pena tenerlo en cuenta, máxime teniendo en cuenta que los matices terminológicos exhiben las diferentes funciones de este concepto legal: constitucional, político, histórico, y el basado en la soberanía; todos ellos serán abordados a continuación.

II. LA CONSTRUCCIÓN Y RECEPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN CUALIFICADA

El término «ley orgánica» se emplea en la Constitución de Francia[5], España[6], Rumania, y Moldavia. Este enfoque tiene que ver con el Derecho Constitucional, aunque ese carácter cuasi-constitucional no se predique de las mismas[7]. La categoría de «leyes con fuerza constitucional» se introdujo en Hungría durante la transición a la democracia, y tenían el mismo rango que los artículos de la propia Constitución[8]. La forma de «leyes adoptadas por mayoría de dos tercios» también se aplicó durante dos décadas en el país magiar (desde 1990 hasta 2011). Aquí importa la vertiente política: en lugar de mayoría simple, un amplio consenso se hacía necesario para crear o enmendar las leyes cualificadas.

La Ley Fundamental húngara estableció, o reinstauró, un nuevo concepto normativo, la ley cardinal[9], que tiene la misma lógica que las originarias, esas

4 B. Szentgáli-Tóth, *A minősített többséggel elfogadott törvények múltja, jelene* és *jövője a magyar jogrendszerben, Parliaments Practicum 2011-2012,* (ed. István Soltész) Parliamentary Methodology Office, Budapest, 2014, pp. 71-101.

5 Artículo 46 de la Constitución Francesa. [04.10.1958].

6 Art. 81.1 de la Constitución Española. [27.12.1978].

7 Décision du CC, n° 84-177 DC du 30 aout 1984; N° 66-28, DC du 8 juilet 1966 (Rec., p. 15).

8 G. Kilényi, «Az alkotmányozási folyamat és a kétharmados törvények», *Jogtudományi Szemle*, 1994/5, pp. 201-209.

9 *Art. T.* (4) de la Ley Fundamental de Hungría [25.04.2011].

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

«leyes adoptadas por dos tercios de la mayoría». Este gesto simbólico hacía más visible la retórica historicista de la nueva Constitución[10].

Francia, España, y Hungría representan tres modelos que comprenden algún tipo de ley que exige mayoría cualificada. De todos modos, el asunto de esa legislación cualifica concierne no sólo a esos tres países, pero también a otros sistemas constitucionales a lo largo y ancho del mundo.

Independientemente de que algunos elementos del desarrollo constitucional Inglés han sido muy próximos a la idea de la legislación de este tipo[11], la historia moderna de la legislación cualificada se remonta al año 1958, cuando se aprueba la Constitución de la V República[12]. Después de la descolonización de África, varios países de la zona han recogido la idea de la ley orgánica en su diseño constitucional[13], en concreto hasta 21 Estados con apoyo expreso en esa figura, como Argelia[14], Senegal[15] o Túnez[16], entre otros[17].

La *segunda ola* de llegada de este tipo de leyes sucedió al hilo de la caída de las dictaduras en España y en Portugal[18], con su introducción en las dos Constituciones[19], respectivamente y, posteriormente, el ejemplo fue seguido por un considerable número de países latinoamericanos, como por ejemplo Ecuador[20], o Venezuela[21], dentro de un nutrido y relevante grupo[22].

10 *H. Küpper, «A kétharmados/sarkalatos törvények jelensége a magyar jogrendszerben», MTA Law Working Papers, 2014/46, pp. 2-5.*

11 P. Leyland, *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2012, pp. 25-42.

12 Art. 46 de la Constitución Francesa.

13 R. David, *Les grands systemes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1964, pp. 630.

14 Art. 123 de la Constitución de Argelia. [15.05.1996].

15 Art. 78 de la Constitución de Senegal. [07.01.2001].

16 Art. 65 de la Constitución de Túnez. [26.01.2014].

17 Art. 166 (2) b) y art. 169 (2) de la Constitución de Angola [21.01.2010]; art. 97 de la Constitución de Benín [02.12.1990]; art. 155 de la Constitución de Burkina Faso [02.06.1991]; art. 127 de la Constitución de Chad [1996]; art. 66 de la Constitución de Djibouti [1992]; art. 104 de la Constitución de Equatorial Guinea [1991]; art. 71 de la Constitución de Ivory Coast [08.11.2016]; art. 60 de la Constitución de Gabón [1991]; art. 83 de la Constitución de Guinea [07.05.2010]; art. 124 de la Constitución de República Democrática del Congo [18.02.2006]; art. 125 de la Constitución de la República del Congo [2001]; art. 52. 70. 73. 77. 80. 85. 87. 89. 92. 93. 99. 101. 102. 103. y 105. de la Constitución de la República Centroafricana [27.12.2004]; art. 88 y 89 de la Constitución de Madagascar [14.11.2010]; art. 85 y 86 de la Constitución de Marruecos [01.07.2011]; art. 67. de la Constitución de Mauritania [12.07.1991]; art.131. de la Constitución de Nigeria [31.10.2010]; art. 92. de la Constitución de Togo [14.10.1992]; art. 73. (3) y art. 86. (2) b) de la Constitución de Islas de Islas Verdes [1980].

18 Art. 81.1 de la Constitución de España [07.12.1978]; art. 136. (3) de la Constitución de Portugal [02.04.1976].

19 D Conversi, «The Smooth Transition», *National Identities*, Vol. 4, 2002/3, pp. 223-244.

20 Art. 133 de la Constitución de Ecuador [28.09.2008].

21 Art. 203 de la Constitución de Venezuela [20.12.1999].

22 Art. 63 de la Constitución de Chile [21.10.1980]; art. 112 de la Constitución la República Dominicana [13.06.2015]; art. 151 de la Constitución de Colombia [04.07.1991]; art. 164 de la Constitución de Panamá [1972]; art. 106 de la Constitución de Perú [31.12.1993]; Ricardo Sepúlveda, *Las leyes orgánicas constitucionales,* UNAM, México, 2006, pp. 100-112.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Finalmente, hubo una tercera ola, después de la caída los regímenes comunistas de Centro-Europa, con la llegada de la institución de la legislación cualificada en los sistemas constitucionales de Hungría, Rumania[23], y Moldavia[24]. También algunas ex Repúblicas Soviéticas implementaron instituciones similares, pero las disposiciones constitucionales relevantes sobre el particular fueron posteriormente revocadas.

III. LA LEGISLACIÓN CUALIFICADA EN HUNGRÍA

Por un lado, la inspiración histórica fue un factor de importancia en la recepción y desarrollo de la legislación cualificada en Hungría. Así, el concepto de *ley cardinal* proviene del medievo, y era parte integral de la constitución histórica húngara hasta el final de la Segunda Guerra Mundial[25]. Intentando resistir a los esfuerzos absolutistas de la dinastía de los Habsburgo, se adoptó una lista más o menos exhaustiva de leyes cardinales, marco legal que sirvió para que se hablara de «la Constitución histórica del país»[26]. Dicha abstracción estaba claramente influenciada por el desarrollo constitucional en Inglaterra[27].

Por otro lado, las leyes cualificadas modernas en Hungría se crearon para asegurar la pacífica y continuada transición del sistema político y para prevenir la posibilidad de una nueva dictadura. Algunos autores han defendido la influencia francesa en este planteamiento[28], mientras que otros rechazan la migración de la idea constitucional[29], sosteniendo que el factor primario se encuentra en las tradiciones nacionales[30].

Debido a razones políticas Hungría ha desarrollado al menos tres conceptos diferentes de legislación cualificada en el marco de tres décadas. En el momento de las negociaciones de la mesa redonda (verano y otoño de 1989), tanto el gobierno comunista como la oposición querían reducir el miedo al incierto futuro con la ayuda de una mayoría cualificada. Esta solución aseguraría la participación de todos los partidos políticos relevantes en las decisiones venideras acerca de

23 Art. 73 (3) de la Constitución de Rumanía. [08.12.1991].

24 Art. 61 (2), art. 63 (1) y (3), art. 70 (2), art. 72 ((3) y (4), art. 74 (1), art. 78 (2), art. 80 (3), art. 97 art. 99 (2), art. 108 (2), art. 111 (1) y (2), art. 115 (4), art. 133 (5) de la Constitución de Moldova. [29.07.1994].

25 I. Széchenyi, *A sarkalatos törvények* és *a Magyar közjog fejlődése 1848-ig,* Eggenberger Ferdinánd Akad. Press, Pest, 1864, p. 168.

26 J. Hajnóczy, «Magyarország Országgyűléséről.», 1791, *Hajnóczy József közjogi-politikai munkái,* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1958, pp. 236-240.

27 I. Kukorelli (ed.), *Alkotmánytan,* Osiris, Budapest, 2002, p. 31.

28 L. Trócsányi, «Alaptanok», L. Trócsányi – B. Schanda, *Bevezetés az alkotmányjogba. Az Alaptörvény* és *Magyarország alkotmányos intézményei,* Hvgorac, Budapest, 2014, p. 55.

29 «Regarding the general tendencies of circulation of constitutional ideas», S. Choudhry, (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 1-35.

30 A. Jakab, «A kétharmados törvények egyes problémái az Alkotmányban», Új *Magyar Közigazgatás,* 2009/10-11, p. 38.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuestiones tan sensibles como los derechos fundamentales y el marco institucional. Lo que es mas, la nueva configuración política hubiera requerido diversas enmiendas constitucionales, pero sólo algunas de las mismas estaban listas y operando en el otoño de aquel año. El comienzo de las leyes con fuerza constitucional[31] con una extensión muy amplia[32], permitió a los llamados a redactar las nuevas normas la posibilidad de adoptar nuevas reglas cuasi constitucionales durante las sesiones del Parlamento. Así, la Constitución fue enmendada sobre la base de un compromiso gobierno-oposición[33], limitando el ámbito de la mayoría cualificada a una lista tasada de materias. En lugar de exigir el consentimiento de dos tercios de *todos* los diputados, se exigió esos dos tercios de los *presentes* para buena parte de supuestos[34].

Esta terminología se revocó en 2012, por la Ley Fundamental de Hungría, que resucitó de nuevo a la *ley cardinal*, pero con contenidos revisados[35]. El ámbito de acción también fue modificado: los derechos fundamentales dejaron de ser materias cualificadas, reforzando el marco institucional. La fuente de la mayoría cualificada también muta: añadidamente al background constitucional, se une una *cláusula cardinal* a cada ley, con *previsiones cardinales*[36]. Estas cláusulas enumeran explícitamente qué cuáles quedan dentro del ámbito competencial de lo cardinal y cuáles no. Además, estas cláusulas quedan sometidas a revisión constitucional[37].

A la luz del desarrollo subsiguiente en Hungría, un fenómeno añadido es el del reducido rol de la mayoría cualificada como salvaguarda. Desde que el sector gubernamental tuvo una mayoría de dos tercios en el Parlamento Húngaro entre 2010 y 2015, se han podido modificar unilateralmente leyes cardinales, incluso previsiones constitucionales que caían dentro de los dominios cardinales. La mayoría parlamentaria cualificada emplea esta oportunidad en un círculo amplio, y la demostración más palpable es la adopción de la nueva Ley Fundamental. Por poner otro ejemplo, el ámbito de acción de la legislación cualificada se ha modificado en dos ocasiones con motivo de la organización de las Iglesias, sobre la base de criterios más bien políticos[38].

31 Act XXXI. de 1989 art. 8.

32 Kilényi, 1994.

33 A. Bozóki, (ed.), *The Roundtable Talks of 1989: The Genesis of Hungarian Democracy,* Central European University Press, Budapest, 1999, p. 2478; J. Elster – C. Offe – Ulrich Preuss, *Constitutional Politics in Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 63-108.

34 Act. XL. of 1990.

35 *Art. T)* de la Ley Fundamental de Hungría.

36 D- Barna – B- Szentgáli-Tóth, «Stabilitás vagy Parlamentarizmus? – A sarkalatos törvényekkel kapcsolatos egyes jogalkotási problémák.» Ars Boni Law Review, 14.02.2013, www.arsboni.hu/barnaszentg.html.

37 Decisión Nr. 17/2013. (VI. 26.) AB, ABH 2013, 583; decisión Nr. 16/2015. (VI. 5.) AB, ABH 2015;

38 Art. 4 de la Cuarta Enmienda de la Ley Fundamental de Hungría; art. 1. de la Cuarta Enmienda de la Ley Fundamental de Hungría.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para comparar, valga el caso español, donde las leyes orgánicas se regularon mediante la Constitución de 1978, después de la caída del régimen franquista, como parte de la transición democrática del país. Dejando de lado la clara influencia francesa, el background histórico del proceso constituyente fue completamente diferente que el del caso galo. España tenía falta de tradición democrática, las dos Repúblicas previas habían tenido una vida muy corta, fracasando en crear estabilidad y mecanismos eficientes que prevengan aspiraciones autoritarias[39]. Aun es más, un reseñable grado de incertidumbre rodeó la transición: inicialmente fue muy cuestionada, sobre todo por las dudas de si el nuevo Rey se decantaría por el proceso democrático o mantendría algún tipo de dictadura. Los padres constituyentes buscaron soluciones, y las encontraron en crear mecanismos para que el propio sistema democrático consiguiera autodefenderse. De hecho, el principal propósito de aquéllos era establecer «cortafuegos democráticos», y la ley orgánica era uno de ellos. Dado lo numeroso de los partidos políticos[40] y de las identidades regionales[41], la vida política española estaba muy fragmentada, por ello era necesario y esencial un amplio consenso para crear la nueva estructura y mantener la integridad del país[42]. Estas preocupaciones explican el relativamente amplio círculo de la legislación orgánica española[43].

Hungría nos ofrece un caso especial desde la perspectiva de la legislación cualificada: el enfoque de la mayoría cualificada ha sido modificado continuamente desde 1989. Las leyes con fuerza constitucional cubren todas las normas, que afectan a derechos fundamentales y demás libertades[44], y fue extendida también a un amplísimo catálogo de campos institucionales. Después del compromiso entre gobierno y oposición en la primavera de 1990, se suprimió el carácter abierto de la enumeración de las *materias cualificadas*, y en lugar de la frase «todas las normas que afectan a los derechos y libertades fundamentales», se introduce un listado cerrado de los mismos, protegidos por mayoría de dos tercios, ahora para aproximadamente treinta materias.

Por ello el desarrollo húngaro muestra otra característica, al reconsiderarse el rol de las leyes cualificadas en el campo de los derechos fundamentales. Después de 1990, las funciones institucionales de protección de las leyes cualificadas fueron señaladas por el Tribunal Constitucional[45], quien empleó el marco de referencia del contenido esencial para desarrollar el ámbito de la mayoría cualificada;

39 V. Ferreres Comella, «The Framing of the Spanish Constitution», V. Ferreres Comella, *The Constitution of Spain: A Contextual Analysis,* Bloomsbury Publishing PLC, Oxford, 2013, pp. 4-34.

40 A. Bonime-Blanc, «Constitution Making and Democratization. The Spanish Paradigm», in Laurel E. Miller – Louis Aucoin (ed.), *Framing the State in Times of Transition.* Case Studies in Constitution Making, USIP Press, Washington, 2010, pp. 417-432.

41 Conversi, 2002, pp. 223-244.

42 Conversi, 2002, p. 230.

43 Troper 2012, p. 344.

44 Art. 8 (2) de la act XXXI. de 1989.

45 Decisión Nr. 14/B/2002 AB, ABH 2003, 1476.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esto es, la limitación de los derechos fundamentales debía hacerse siguiendo una mayoría cualificada[46]. Por poner un ejemplo, la limitación del derecho a la libertad religiosa es una materia de derechos fundamentales, mientras que la organización de las Iglesias queda cubierta por el manto institucional. El Tribunal Constitucional distinguió también, dentro del mismo texto legal, entre las provisiones ordinarias, y las previsiones cualificadas. Por ejemplo, sólo determinadas competencias de las fuerzas del orden caen bajo la protección de la mayoría cualificada[47]. Aun es más, el Tribunal Constitucional dejó claro que no todas las competencias de las instituciones quedan reguladas por las leyes cualificadas[48]. Durante las siguientes dos décadas el ámbito de acción de estas fue ampliado por enmiendas constitucionales: algunas cuestiones relacionadas con el estatus de los miembros del Poder Judicial, así como las reglas procedimentales-electorales se reconocieron como materias cualificadas[49]. La otra inspiración para extender el foco de estas leyes fue el refuerzo de la cooperación internacional y el acceso a la Unión Europea: la limitación de la soberanía de Hungría también se incorporó al acervo *cualificado*[50].

La elaboración de la Ley Fundamental en 2011 presentó nuevas tendencias. Primero, como se ha señalado antes, la relación entre derechos fundamentales y ley cualificada ha sido prácticamente abandonada. Se pensó que dada la vigilancia y control realizada por los organismos internacionales pertinentes, y ante la estabilidad de la democracia húngara, la mayoría cualificada no era el lugar adecuado para los derechos fundamentales[51]. A cambio, el rol de la mayoría cualificada se ha reforzado en el aspecto institucional, estableciendo autoridades independientes[52] y ampliando el número de instituciones afectadas. Esta tendencia se asemeja a la francesa, pero su desarrollo superó con mucho la organización estatal: diversas materias que hasta la fecha eran puramente políticas entraron dentro del radio de la mayoría cualificada, como la protección de las familias[53], y las previsiones básicas de la imposición tributaria y del sistema de pensiones[54]. Aun es más, la Cuarta Enmienda a la Ley Fundamental extendió más allá la lista, incluyendo «los campos y los bosques»[55]. La inclusión de estas materias entra en conflicto con la función original del concepto de ley orgánica: no promueve la estabilidad, pero

46 Decision Nr. 4/1993. (II. 12.) AB, ABH 1993, 48.

47 Decisión Nr. 1/1999. (II. 24.) AB, ABH 1999, 25.

48 Decisión Nr. 26/1992. (IV. 30.) AB, ABH 1992, 135; decisión Nr. 1/1999. (II. 24.) AB, ABH 1999, 25.

49 Act XCVIII. of 1997.

50 Act XLI. of 2002.

51 Elemér Balogh, *Változások a magyar alkotmányjogban. Tanulmányok az Alaptörvényről,* FÁMA ZRT. National Press for Public Services and TanBooks, 2012, p. 53-79.

52 Art. 23 de la Ley Fundamental de Hungría.

53 *Art. L)* de la Ley Fundamental de Hungría.

54 Art. 40 de la Ley Fundamental de Hungría.

55 *Art. P)* (2) de la Ley Fundamental de Hungría.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

impone un límite muy severo, muy duro, en el margen de acción de futuros gobiernos. Los gobiernos que vengan tendrán serias dificultades para modificar el sistema de impuestos y/o el de pensiones. Y aunque se podría argumentar que la regulación de estas materias afecta directamente a los derechos fundamentales, esta lógica obligaría a considerar un círculo realmente extenso de leyes dentro de esa mayoría cualificada.

El caso de España es diferente. Un artículo específico de la Constitución establece las dos principales áreas de la ley orgánica: los Estatutos de Autonomía y los derechos y libertades fundamentales[56]. Además, otros tantos preceptos establecen que será la ley orgánica la que regule diversos aspectos institucionales, tales como la organización de las Fuerzas Armadas[57], la sucesión al trono[58], el referéndum[59], o la organización del Poder Judicial[60], amén del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional[61]. Así, el ámbito competencial de la ley orgánica cubre dos campos, principalmente: los derechos fundamentales y aspectos cruciales de muchas instituciones, lo que viene a establecer una suerte de balance entre ambos[62]. Una ley orgánica también ha sido implementada para dar cobertura a la entrada de España en la Unión Europea[63], lo cual entra en consonancia con la exigencia constitucional de la necesidad de una ley orgánica cada vez que se limita la soberanía del Estado a favor de organizaciones internacionales[64]. Las «Leyes Orgánicas Fundamentales» son exclusivamente aquellas que se regulan en los artículos 15-29 de la Constitución Española[65]. Dada la amplitud de la regulación constitucional, la labor del Tribunal Constitucional es la de interpretar racionalmente el modelo[66]. Y en la misma se aprecia que lo realmente importante no es su carácter orgánico o el contenido esencial, sino el dominio constitucional reservado a la misma[67]. Si una ley ordinaria interviene en dichos dominios, será anulada por el Juez de la Constitución[68].

Comentemos ahora la jurisprudencia húngara más relevante, de nuevo comparándola con la experiencia española. Más allá de la preocupación doctrinal[69], el

56 Art. 81-1 de la Constitución Española.
57 Art. 8 de la Constitución Española
58 Art. 57. (5) de la Constitución Española.
59 Art. 93. de la Constitución Española.
60 Art. 122. (1) de la Constitución Española.
61 Art. 65 de la Constitución Española.
62 JCC no. 77/1985
63 J. Iliopoulos-Strangas, *Cours supremes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration? In memoriam Louis Favoreu,* Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 153.
64 Art. 93.1 de la Constitución Española.
65 Art. 104.1 de la Constitución Española.
66 SJCC 76/1983, 5 August, LC 2; 160/1987, 27 October LC 2).
67 Francisco Sosa Wagner, «Aproximación al tema de las leyes orgánicas», *Revista española de derecho administrativo,* No. 21, 1979, pp. 199-204.
68 JCC no. 236/2007.
69 JCC no. 142/1993.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

principio de jerarquía ha sido ampliamente rechazado por el Tribunal Constitucional húngaro[70]. En su lugar, la revisión constitucional de las leyes cualificadas se ha basado en la distribución competencial. Pero las leyes cualificadas se encuadran inequívocamente como un marco constitucional separado en el mismo nivel las leyes ordinarias, siguiendo el principio de jerarquía. Una ley cualificada no puede ser enmendada por una ley ordinaria, y una ley ordinaria no puede regular *materias cualificadas*[71]. Con el marco constitucional anterior, el Tribunal ha conceptualizado el término «contenido esencial» de las leyes cardinales en aras de delimitar el ámbito de acción de las leyes ordinarias y cualificadas[72]. Sea como fuere, eran pocas las normas que contenía previsiones cardinales y ordinarias[73].

Tal y como he señalado anteriormente, la Ley Fundamental reconsidera en algunos aspectos la exigencia legal de los dos tercios. Las cláusulas cardinales dan una lista explícita de las previsiones cardinales, por lo que existe la posibilidad de saber si estamos ante provisiones ordinarias u orgánicas. Las cláusulas cardinales pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional[74]. Aunque los esfuerzos legislativos para que esa lista sea exhaustiva, es necesario seguir manteniendo el control de constitucionalidad[75]. Además, Hungría tiene varios modelos de leyes cualificadas: las «pequeñas de mayoría de dos tercios» es la forma general, pero para la limitación de la soberanía del Estado se exige la «amplia mayoría de dos tercios», aunque entre ambas no media relación jerárquica[76]. Otro cambio no menor es que la Ley Fundamental provee explícitamente el principio de competencia para diferenciar entre los dominios ordinarios y cardinales[77]. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que una ley cualificada no puede contradecir una ley ordinaria anterior[78].

Las anteriores consideraciones pueden asimilarse a las españolas: las leyes orgánicas están establecidas como fuente del Derecho en la propia Constitución, y en la propia norma que regula la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional[79]. A resultas de ello, las leyes orgánicas españolas están sometidas al control de constitucionalidad[80]. Aunque existen ciertos elementos jerárquicos

70 P. Cserne – A. Jakab, «A kétharmados törvények helye a magyar jogforrási hierarchiában», *Fundamentum,* 2001./2, works.bepress.com/peter_cserne/25, p. 42. pp. 40-47.

71 Decisión Nr. 4/1993. (II.12.) AB, ABH 1993, 48.; decisión Nr. 53/1995. (IX. 15.) AB, ABH 1995, 238.; decisión Nr. 3/1997. (I. 22.) AB, ABH 1997, 33.

72 Decisión Nr. 1/1999. (II. 24.) AB, ABH 1999, 25.

73 Cserne, 2015, p. 44.

74 Por ejemplo: act. XXXIV/1994 de la Ley Policial

75 Barna 2013.

76 M. Németh, «Sarkalatos dilemmák,» *Ars boni legal review,* 2015, www.arsboni.hu.

77 Decisión Nr. 1260/B/1997. AB, ABH 1998, 816.

78 *Art. T)* (1) de la Ley Fundamental de Hungría; decisión Nr. 43/2012. (XII. 20.) AB, ABH 2012, 296.

79 Art. 9. (3) de la Constitución Española; y art. 27. (2), art. 28. (2) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

80 Troper 2012, p. 344

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre la ley ordinaria y la orgánica[81], la relación que media en líneas generales es el principio de competencia, sin que pueda considerarse que la ley orgánica es una categoría constitucional separada[82]. Aun es más, las leyes orgánicas integran el control de constitucionalidad de las normas legales ordinarias —el llamado *bloque de constitucionalidad*—[83]. Aunque se ha rechazado expresamente que estemos ante leyes con rango constitucional[84], y por tanto deben cumplir con las exigencias constitucionales a la hora de dictarse[85]. El enfoque español es claramente pragmático: la ley orgánica tiene un ámbito de actuación definido, basado en una serie de materias legislativas[86]. Por ello la diferencia no es tan acusada como en Francia. Aun así, la intervención en el ámbito ordinario se frena por la intervención del Tribunal Constitucional, que anula tanto unas como otras si vulneran el sistema de competencias diseñado en la Constitución[87]. Como se incorporan al bloque de constitucionalidad, son fuentes infra-constitucionales, situándose a caballo entre el nivel constitucional y el nivel legal ordinario[88].

Todos los modelos de leyes cualificadas contienen la exigencia de una mayoría cualificada, normalmente entre dos tercios y mayoría absoluta[89]. Debe diferenciarse claramente cada grupo, cada mayoría, siendo preferible la segunda, por no suponer un factor de riesgo del marco democrático y por ser más adaptable a la lógica parlamentaria. En caso de una mayoría estable que apoye al gobierno, la mayoría absoluta no modificará radicalmente la separación de poderes entre gobierno y oposición. El gobierno podrá hacer prevalecer sus deseos más allá de desacuerdos puntuales con la oposición. El papel a desempeñar por la mayoría absoluta, o el voto adicional al final del proceso[90], se ocupan de lo mismo: vigilar y controlar el poder de la mayoría. Con la ayuda de este umbral mínimo se consigue cierta estabilidad estructural, al menos de ciertas leyes. Aun es más, la oposición tendrá una buena oportunidad de hacer reflexionar al gobierno, reflexión que incluso puede provenir de *sus propios* diputados, en aras de retirar el proyecto[91]. Desde que buena parte de los gobiernos son de coalición, los pequeños grupos que apoyen al gobierno pueden tener un papel decisivo, dado que se

81 Troper 2012, pp. 344-345.

82 JCC no. 236/2007.

83 Troper 2012, pp. 344-345.

84 L. Prakke – C. Kortmann – H. van den Brandhof, *Constitutional law of 15 EU member states,* 6th Edition, Kluwer, 2004, pp. 743.

85 JCC. no 53/ 1985.; JCC no. 101/1991.

86 Garcia Roca, F. J., «La 'decostruzione' della Legge del Parlamento», E. Giancarlo – Ceccherini, (ed.), *Profili di Diritto Parlamentare in Italia e in Spagna,* Giappichelli, Torino, 1997, p. 142.

87 JCC No. 236/2007.

88 Troper, 2012, p. 346; M. Barceló i Serramalera, *La ley Orgánica,* ámbito material y posición en *el sistema de fuentes,* Atelier, Barcelona, 2004, pp. 30-31.

89 A los efectos del presente estudio, cuando se hable de mayoría absoluta se está hablando del apoyo de la mayoría de los Miembros.

90 Art. 81 (1) de la Constitución Española.

91 Cc, n° 2007-559 DC du 6 decembre 2007.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesitan sus votos para alcanzar la mayoría absoluta[92]. Las leyes cualificadas no son un instrumento crucial, empleando los partidos los métodos tradicionales de obstrucción parlamentaria[93]. Esta aseveración también resulta válida para las Cámaras altas (segundas Cámaras)[94].

Como consecuencia añadida, los gobiernos en minoría desaparecen en estos sistemas de mayorías absolutas. Y en el caso de consentimientos más exigentes —el de dos tercios— no solo la minoría gubernamental, sino gobiernos con posición mayoritaria no está capacitado para sacar adelante, en solitario, leyes cualificadas. En suma, en buena parte de situaciones de este tipo se exige el concurso de apoyos adicionales de la oposición. Esto explicaría a su vez el motivo por el que los gobiernos en minoría no son parte de la vida real en los países que siguen la versión de la mayoría absoluta.

Volviendo a la versión más exigente de la mayoría cualificada (la de dos tercios) desde la óptica de la separación de poderes en Hungría[95], lo cierto es que esta no suele exigirse más que en países concretos de África y Latinoamérica[96]. Ello impide que el gobierno enmiende leyes cualificadas unilateralmente (salvo que cuente con el apoyo de esos dos tercios, claro está). Un gobierno con mayoría simple está obligado a negociar, al menos a cooperar, con la oposición, para alcanzar acuerdos. Las reglas que regulan los derechos y derechos de los parlamentarios no se han modificado en veinte años, precisamente porque no se alcanzan tales acuerdos[97].

Esto implica que la oposición tiene un impacto directo en la regulación de algunas materias, no pudiendo identificarse el gobierno con el legislador. Como consecuencia, por un lado, la oposición controla directamente al gobierno y más eficazmente, quedando los intereses de las minorías mejor protegidos, al menos en lo que hace a la legislación cualificada[98]. Por otro, cuando escasea la cultura política y el deseo de cooperar, la oposición puede abusar de sus derechos, bloqueando todos intentos gubernamentales de modificar dicha legislación. Aun es más, en el ámbito de la ley ordinaria, el gobierno es responsable de las leyes aprobadas, pero una ley cualificada también es apoyada desde sectores no gubernamentales, por diputados de la oposición, por lo que la responsabilidad por esa legislación se difumina, rompiendo la lógica básica del parlamentarismo[99].

92 P. Avril, *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Éditions Université Panthéon Assas, Paris, 2010, p. 267.

93 J. Arlettaz – J. Bonnet, *Pouvoirs et démocratie en France,* Montpellier, CRDP, 2012, p. 211.

94 Avril 2014, p. 292.

95 Art. *T)* de la Ley Fundamental de Hungría.

96 Art. 63 de la Constitución de Chile; art. 112 de la Constitución la República Dominicana; art. 71. de la Constitución de Costa de Marfil [08.11.2016]; art. 83. de la Constitución de Guinea; art. 73. (3) y 84. (2) point b) de la Constitución de Islas de Islas Verdes.

97 A. Antal – I. Braun – L. Finta – Z. **Török**, *Sarkalatos kérdések* Méltányosság Politikaelemző Központ, 24. 11. 2011, p. 20.
www.meltanyossag.hu/files/meltany/imce/doc/kp_sarkalatos_kerdesek_111122.pdf.

98 Kilényi 1994, p. 208.

99 Decisión Nr. 55/2010. (V. 5.) AB, ABH 2010, 366.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuando el gobierno tiene los dos tercios garantizados, la supermayoría exigida excluye a la oposición, que queda sin poder influir en las decisiones. El gobierno legislaría solo, sin criterios en contra, y las eventuales enmiendas a las leyes cualificadas reflejarían solo las preferencias gubernamentales. Posteriormente sería muy complicado revocar o modificar aquéllas. En una situación así el gobierno que tenga la mayoría de dos tercios garantizada puede aprobar la legislación que estime y que, a su vez, será vinculante a futuros gobiernos, con el consabido restringido margen de actuación. Esto es lo que se llama la dimensión temporal de la separación de poderes[100]. Esto no son meras disquisiciones teóricas: en Hungría, desde la transición democrática, el gobierno ha obtenido tres veces la mayoría parlamentaria de dos tercios en las elecciones legislativas. La versión estricta de la mayoría cualificada también nos ilustra sobre el rol de la democracia directa, en tanto que la legislación cualificada puede ser sometida a referéndum[101].

IV. CONCLUSIONES

La mayoría de dos tercios en el marco de la legislación cualificada puede distorsionar fácilmente las relaciones gobierno-oposición, bien otorgando demasiado poder a la oposición, bien pudiendo llegar a eliminar a largo plazo la influencia de esta en el proceso político. Desde esta óptica, el modelo de mayoría absoluta con controles adicionales es más compatible con la noción tradicional de la separación de poderes, mientras que el de la mayoría de dos tercios comporta más riesgos. Esto podría explicar la explicación estructural de la actual tendencia político-constitucional en Hungría: en manos de una fuerte mayoría parlamentaria, un amplio consenso operaría como un instrumento concreto de las políticas gubernamentales a largo plazo. Como consecuencia, la legislación aprobada por dos tercios de la mayoría debe ser eliminada del diseño constitucional, o al reducir menos su amplia extensión.

***

TITLE: *Could qualified law undermine democracy? Case study from Hungary.*

ABSTRACT: *This study focuses on the so-called «cardinal laws» in Hungary: my primary purpose is to provide a better understanding of this concept, and especially to conceptualize the historical role and function of this legal framework in Hungary, during the democratic transition, and even nowadays. Particular highlight will be given to the special impact of cardinal laws under qualified parliamentary majority.*

During the last decades, several countries have entrenched a special subcategory of law, which is adopted by stricter procedural rules, than the requirements of the ordinary legislative process. These laws are enacted by

100 SZENTGÁLI-TÓTH 2014.
101 NÉMETH, 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

qualified majority, by the consent of the two chambers of the legislation, they are subject to mandatory constitutional review before their promulgation, or additional safeguards are implemented in the ordinary legislative process. After having defined qualified law, and having provided a brief international overview, and outlined some further introductory considerations, I would focus on three aspects in Hungary: the historical background, the scope of qualified law, and the legal character of these norms. Under each point, the Hungarian development would be compared to the Spanish experience to demonstrate, why could be cardinal laws considered as a risk factor for democracy, and why this approach is not relevant as regard Spanish organic laws.

Resumen: *Este estudio se centra en las llamadas Leyes Cardinales en Hungría. El principal objetivo es entender mejor el concepto, especialmente su rol histórico y su funcionamiento dentro del ordenamiento del país, a lo largo de la transición a la democracia, y en la actualidad. Se destacará la importancia de este tipo de normas cuando existe una mayoría parlamentaria cualificada. A lo largo de las últimas décadas diversos países han adoptado una subcategoría especial de Ley, para cuya aprobación se exigen normalmente reglas procedimentales más estrictas que para las ordinarias, y que suelen exigir mayorías cualificadas, aprobándose por las dos Cámaras Legislativas, y sujetas a revisión constitucional previa, antes de su entrada en vigor. En general, gozan de exigencias mayores y de controles más severos que las leyes ordinarias. Después de definir la noción, y de hacer un breve repaso por la escena internacional así como por otras cuestiones introductorias, se centra la atención en tres aspectos: el bagaje histórico que presentan, las materias que regulan, y los caracteres que más destacan. En cada uno de ellos se comparará el caso húngaro con el caso español para demostrar cómo las Leyes Cardinales pueden ser consideradas un factor de riesgo para la democracia, y por qué no sucede lo mismo para el caso de España.*

Key words: *Organic Law, Cardinal Law, Qualified Majority, Laws with constitutional force, Laws adopted by two-thirds majority.*

Palabras clave: *Ley Orgánica, Ley Cardinal, Mayoría Cualificada, Normas con rango constitucional, Normas aprobadas por dos tercios de la mayoría.*

Fecha de recepción: *17.12.2017* Fecha de aceptación: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CATALUÑA, LAS CONSULTAS POPULARES Y EL REFERÉNDUM: COMENTARIO A LA STC 51/2017, DE 10 DE MAYO DE 2017

M.ª ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ
Profª. Propia Ordinaria de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO

I. Introducción. II. Sobre la regulación del referéndum en algunos Estados de nuestro entorno. III. Sobre el ámbito competencial en España en relación al referéndum y a las consultas populares. IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La STC 51/2017, de 10 de mayo, ha estimado el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno en relación con determinados preceptos de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum. La inconstitucionalidad y nulidad alcanza a los Títulos I («Disposiciones Generales») y II («De las consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña») de la Ley e igualmente declara inconstitucionales y nulos varios preceptos pertenecientes al Título IV («Del procedimiento para la celebración de la consulta popular»), en concreto los arts. 43 («Convocatoria») y 45 («Decreto de convocatoria»), así como, por conexión con lo anterior, partes de los arts. 44, 48, 53 y 55. Esta Sentencia nos sirve para realizar unas reflexiones acerca de la regulación de las vías de participación directa en nuestro sistema constitucional y de las consideraciones que ha realizado el Tribunal acerca del contenido de la mencionada norma.

Convendría comenzar realizando una breve acotación terminológica. Son tres los términos, plebiscito, referéndum y consulta popular que se suelen utilizar como sinónimos. Aun cuando coloquialmente pueda hacerse, tanto política como jurídicamente presentan diferencias notables. Plebiscito es un término que debería quedar reservado a la consulta referida a la forma de Estado o, en su caso, sobre

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 435-446

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una modificación de la soberanía mientras que referéndum se utiliza para hacer referencia a un acto del pueblo de aprobar una decisión[1]. Y en este sentido habría que señalar que, el previsto en el art. 92 CE, en virtud del cual se convoca referéndum para la toma de «decisiones políticas de especial trascendencia», como los previstos en el art. 151 CE serían más bien plebiscitos que referéndum. Similar consideración podría hacerse de los previstos para la reforma constitucional en aquellos casos en que la reforma suponga un cambio político radical[2].

El referéndum constituye una apelación al cuerpo electoral como titular de la soberanía, que tiene por objeto conocer su parecer sobre un determinado asunto, manifestado a través de un procedimiento electoral, y que implica el ejercicio de poder político, de forma que la opinión así manifestada constituirá una manifestación de la voluntad popular. La finalidad del llamamiento es, por tanto, el ejercicio del poder político, manifestado normalmente a través de representantes, pero que en este caso se ejerce directamente por los ciudadanos.

En relación a la definición de referéndum hace ya años que se ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional señalando que «es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo»[3].

Y, añadió el Tribunal, que el referéndum es «una forma de democracia directa y no una mera manifestación del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente, que lo ha formalizado como un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE)»[4].

En este sentido, el mismo Tribunal indicó una clara diferencia entre lo que es el referéndum y lo que son las consultas como instrumento de participación del ciudadano. Podíamos concluir, que la finalidad del referéndum es ratificar la decisión tomada por el poder público y la consulta popular se utilizaría «en la fase de formación de la voluntad» para que posteriormente el poder público

1 Vid. en este sentido Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, pp. 330-336.

2 Los utiliza como sinónimos Ripollés Serrano, Mª R., «Notas acerca de la Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum», VVAA, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, pp. 325-329.

3 STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2. Sobre esta Sentencia entre puede leerse el trabajo de Aguado Renedo, C., «Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 541-554.

4 Ibídem.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tome una decisión[5]. En alguna medida esta interpretación puede chocar con la constitucionalización del referéndum consultivo, esto es, porque el art. 92 CE «es uno de los preceptos más equívocos y polémicos de toda nuestra Constitución» y, especialmente, porque «es una norma sensiblemente imperfecta y asistemática»[6].

Aprobada por el Parlamento catalán la Ley 4/2010 en abril, el Presidente del Gobierno interpuso en diciembre de ese mismo año el ahora resuelto recurso de inconstitucionalidad. El recurso se fundamenta casi con exclusividad en la incompetencia del Parlamento catalán para elaborar una regulación legislativa del referéndum. En cualquier caso, la competencia para convocar consultas populares en el ámbito autonómico debe diferenciarse de la competencia para la regulación del referéndum que se prevé en nuestra Constitución. La cuestión más relevante que se deduce de la STC 51/2017 es, por lo tanto, la cuestión competencial, esto es, que en definitiva la norma cuestionada está afectada de inconstitucionalidad por invadir un ámbito estatal y que por lo tanto el Parlamento de Cataluña carece de competencia para regular y convocar un referéndum. Además, la STC dedica un apartado a Derecho comparado en el que analiza la regulación del referéndum en otros Estados de nuestro entorno. Veamos más detenidamente estos dos asuntos.

II. SOBRE LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM EN ALGUNOS ESTADOS DE NUESTRO ENTORNO

El FJ 4 de la STC 51/2017 señala que «las modalidades de referéndum que se conocen en los sistemas jurídicos más próximos al nuestro son muy diversas, pues se prestan a diferentes usos en diferentes contextos, y no hay un único modelo de relación entre democracia representativa y referéndum en las democracias constitucionales de nuestro entorno» y añade que éstos pueden ser «referenda obligatorios y facultativos, vinculantes y consultivos, decisorios y abrogatorios, constitucionales y legislativos, de iniciativa popular y gubernamental, referenda que manifiestan de forma directa la voluntad popular y referenda que tienen por objeto la formación de la opinión política».

La STC toma como referentes tres Estados de nuestro entorno. Como ejemplos de Estados federales Suiza y Alemania y como ejemplo de Estado regional Italia.

Señala así, en primer lugar, que en los «Estados federales se reconoce por lo general la competencia de las entidades federadas para regular y establecer sus modalidades referendarias». Toma como primer referente Suiza por ser el «Estado

5 Bueno Armijo, A., ««Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, p. 207.

6 Santamaría Pastor, J. A., «Comentario al artículo 92», Garrido Falla, F. (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 934.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de nuestro entorno en el que el referéndum se regula y se practica con mayor amplitud, en todos sus niveles territoriales (federal, cantonal y local): en dicho Estado los referéndums de ámbito cantonal se regulan en la Constitución de cada cantón, y tienen carácter vinculante o consultivo». Los mecanismos de democracia directa, típicos del sistema suizo, son, además de la asamblea o iniciativa popular, el referéndum en sus diversas modalidades y procedimientos[7]. El primer mecanismo tiene como objetivo introducir en la agenda de las instituciones nuevas cuestiones, especialmente las relativas a las reformas constitucionales, mientras que el segundo mecanismo, el referéndum, se utiliza para que los ciudadanos opinen tanto sobre las iniciativas populares como sobre las decisiones tomadas desde el Parlamento[8].

En Suiza como en otros muchos Estados existe constitucionalmente restricciones materiales a la celebración de consultas populares en los cantones. Así no son materia susceptible de consulta, las disposiciones imperativas de Derecho internacional y si llegasen a ser aprobadas el Parlamento Federal tiene la potestad de declararla nulas, tal como lo consagra el artículo 139 de la Constitución Federal[9]. Nos parece en cierta medida curioso que el Tribunal Constitucional emplee en una Sentencia ejemplos de Derecho comparado y más cuando los que toman no pueden en realidad ser un referente al tema de fondo del que se está ocupando. Así no hay que olvidar que «en Suiza la integración nacional no se construye sobre la lengua, sino en el nivel de una unidad histórica, el cantón»[10], por lo que es un ejemplo muy alejado del caso español.

El segundo Estado al que hace referencia la STC es el alemán. Así indica que «en Alemania, aunque la institución del referéndum tiene carácter excepcional en el nivel federal (cfr. art. 29 de la Ley Fundamental de Bonn), las constituciones de algunos Länder regulan ciertas modalidades de consulta popular, incluidas las referendarias, para la modificación de la Constitución del Land, la aprobación de leyes u otras cuestiones».

Efectivamente el art. 29 de la Ley Fundamental de Bonn regula el referéndum limitando su objeto a cuestiones de reorganización territorial, remitiéndose a la Ley federal las normas de celebración. Se aprueba la propuesta con el voto favorable de la mayoría de los votantes siempre que sean al menos la cuarta parte

7 Ruiz Vieytez, E. J., «La democracia directa como alternativa a la democracia representativa: algunas lecciones desde la experiencia suiza», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 108, 2017, p. 158.

8 Sáenz Royo, E., «La regulación y la práctica del referéndum en Suiza: un análisis desde las críticas a la institución del referéndum», *Revista de Estudios Políticos*, nº 171, 2016, p. 74.

9 Vid. Mafla Arango, M., «Análisis comparado de los mecanismos de participación en el ordenamiento jurídico colombiano. Experiencias exitosas de Estados Unidos de Norteamérica, Italia, Suiza y Uruguay», *Revista Entramado*, vol.7, nº 2, 2011, p. 126 y Josi, C. «Democracia directa: ¿voluntad del pueblo versus los derechos fundamentales? Análisis comparativo entre Suiza y California», *Revista Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 75, 2015, p. 194.

10 Ruiz Vieytez, E. J., «¿Derecho a decidir en clave interna? el conflicto del Jura y el referéndum de 2013», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 20, 2014, p. 99.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los ciudadanos con derecho a voto del territorio implicado. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado recientemente sobre la posibilidad de que en Baviera pudiera realizarse un referéndum de secesión. Así, el Tribunal señala que «la República Federal de Alemania es un Estado nacional ("Nationalstaat") basado en el poder constituyente del pueblo alemán», por lo que «los ("Länder" no son los señores o dueños ("Herren") de la Constitución» y, «en consecuencia, no hay espacio en la Constitución para las aspiraciones secesionistas de cada uno de los "Länder"»[11].

El último ejemplo al que hace referencia la STC que estamos comentando es Italia. En el art. 75 de la Constitución italiana se prevé que se celebrará «referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500.000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales». Añade el precepto que «no se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales». Por su parte el Tribunal Constitucional italiano había reconocido en diversas sentencias el carácter «único e indivisible» de la República Italiana y se ha pronunciado expresamente acerca del referéndum sobre la secesión de una de sus regiones en abril de 2015 señalando la imposibilidad de que las regiones convoquen un referéndum de secesión puesto que «la unidad de la República es uno de aquellos elementos tan esenciales del ordenamiento constitucional que debe quedar sustraído incluso al poder de revisión constitucional». Añade además que «pluralismo y autonomía no permiten a las regiones cualificarse en términos de soberanía» y, por tanto, «no pueden ser invocados como justificación de las iniciativas de consulta a los votantes, aunque sea con un objeto meramente consultivo, sobre la prospectiva de la secesión a fin de instituir un nuevo sujeto soberano»[12].

Es cierto además que algunos países europeos utilizaron el referéndum para volver a las Constituciones vigentes antes de la guerra, para convocar un procedimiento constituyente o como en el caso de Italia o Bélgica optar por la forma de Gobierno, esto es, república o monarquía[13].

Poco nos aportan estas referencias a Derecho comparado que contiene la comentada STC. Sí permiten señalar que no existe ningún precedente en nuestro entorno que permita a ninguna parte del territorio de un Estado celebrar consultas cuyo contenido suponga un intento de separarse o escindirse de la unidad del

11 Montilla Martos, J. A., «El referéndum de secesión en Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 26, 2016.

12 Ibídem.

13 Señala Aguiar que en la Constitución italiana se prevén todas las modalidades posibles de participación directa porque del referéndum celebrado el 2 de junio de 1946 no sólo se deduce un «no» a la Monarquía, sino «un deseo del pueblo italiano de llevar hasta sus últimos escalones la participación política recientemente conquistada»: Aguiar Luque, L., *Democracia directa y Estado constitucional,* Edersa, Madrid, 1977, p. 188.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estado o, en su caso, atribuyéndose competencias que exceden con mucho lo que es una competencia de un Estado miembro de una federación o de un Estado regional. En este sentido, concluye nuestro Tribunal Constitucional que la competencia para celebrar consultas populares puede ser competencia de los Estados de un Estado federal o de las regiones en un Estado regional, pero siempre con un límite material claro pues «deben tener siempre como objeto, incluso aunque revistan naturaleza consultiva, materias o asuntos de la competencia del Land o región correspondiente, de tal forma que sus efectos se proyecten solo sobre el ámbito del Land o región y sus instituciones». Y termina en relación a este tema la STC señalando que, aunque el «referéndum de ámbito inferior al estatal no es un instrumento anómalo o extraño en los Estados de estructura compuesta de nuestro entorno», «su utilización tiene que respetar las formas y los límites que establezcan la Constitución y las normas que esta prevea».

III. SOBRE EL ÁMBITO COMPETENCIAL EN ESPAÑA EN RELACIÓN AL REFERÉNDUM Y A LAS CONSULTAS POPULARES

Como decíamos frente al referéndum que recoge nuestra Constitución se han regulado recientemente en el ámbito autonómico las consultas populares. Las importantes reformas estatutarias que se sucedieron a partir de 2006, con las reformas de los Estatutos valenciano, catalán, balear, andaluz, aragonés, castellano leonés y extremeño, tuvieron como finalidad incrementar las competencias de las Comunidades Autónomas, restringiendo las del Estado, especialmente en el caso de las competencias compartidas[14]. Estamos de acuerdo con lo que algún autor ha señalado, en el sentido de que esta etapa no ha supuesto una simple reforma de los Estatutos, sino una auténtica refundación de las Comunidades Autónomas.

En los nuevos Estatutos están reguladas las consultas populares en los arts. 28 y 50.8 del Estatuto valenciano, en el art. 122 del Estatuto catalán, en los arts. 15.2 y 31.10 del Estatuto balear, en el art. 78 del Estatuto andaluz, en el art. 71.27ª del Estatuto aragonés, en los arts. 11.5 y 27 del Estatuto castellano leonés y en el art. 9.1 del Estatuto extremeño. Además de estos Estatutos ya mencionaban las consultas populares los Estatutos de Asturias (art. 11), Canarias (art. 32), Murcia (art. 11.8) y La Rioja (art. 9.7).

La competencia exclusiva de los Estatutos de Autonomía para la convocatoria de consultas populares supone la necesidad de señalar que, aunque sí caben las

14 En este sentido, Biglino Campos, P., «Reforma de la Constitución, reforma de los Estatutos de Autonomía y configuración constitucional del orden de competencias», *Revista de las Cortes Generales*, nº 65, 2007, pp. 8-28.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consultas populares autonómicas hay que tener en cuenta ciertas cautelas, puesto que se pueden celebrar estas consultas siempre que se cumplan una serie de requisitos, como son la «autorización del Gobierno de la nación, sobre materia de competencia de la Comunidad Autónoma y como destinatarios a todo el censo electoral de la Comunidad»[15].

Es ya relevante, la jurisprudencia constitucional acerca de la competencia de las Comunidades para convocar consultas populares[16]. Así, el Tribunal ha reiterado la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan realizar consultas populares que son expresión de una «democracia participativa» y «no son ya expresión del derecho fundamental»[17] Y, precisa el Tribunal que «la noción de referéndum es, a efectos competenciales, de carácter material, y bastará para identificarlo, por lo tanto, con que se esté ante un llamamiento a un cuerpo electoral que, aunque distinto acaso al definido por aquella legislación orgánica, abarque al conjunto de la ciudadanía de una Comunidad Autónoma o de un ente territorial local y con que se configure un procedimiento y unas garantías que, aunque no sean idénticos a los previstos en la legislación electoral estatal, comporten un grado de formalización de la opinión ciudadana que sea materialmente electoral»[18].

Hace ya tiempo que el Tribunal se ha pronunciado en relación al tema tanto en el caso canario[19], como en el caso catalán. En este último supuesto, lo ha hecho a través de la STC 31/2015, de 25 de febrero de 2015 por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana[20]; en la STC 32/2015, de 25 de febrero de 2015 por la que resuelve la impugnación del Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como de sus anexos, de convocatoria de la

15 Pérez Sola, N., «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 24, 2009, p. 453.

16 En primer lugar, son de destacar tanto la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que ya hemos citado, que fue dictada por el Tribunal contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, como las referencias que se incluyen en la STC 31/2010, de 28 de junio, dictada en relación al Estatuto catalán de 2006.

17 STC 137/2015, de 11 de junio de 2015, FJ4.

18 STC 31/2015, de 25 de febrero de 2015, FJ8.

19 Así lo ha hecho en la STC 137/2015, de 11 de junio de 2015 en relación al Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias y en la STC 147/2015, de 25 de junio de 2015 en relación con diversos preceptos del Decreto del Presidente del Gobierno de Canarias 107/2014, de 2 de octubre, por el que se convoca consulta ciudadana mediante pregunta directa en el ámbito territorial de Canarias.

20 Vid. sobre esta Ley Alonso De Antonio, A. L., *Análisis constitucional de la Ley catalana de consultas populares no refrendarias y otras formas de participación ciudadana*, Cizur Menor, Navarra, 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y en la STC 138/2015, de 11 de junio de 2015 que resuelve la impugnación formulada por el Gobierno de la Nación respecto de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014.

A la luz de la doctrina del Tribunal estamos de acuerdo en que «lo que caracteriza el referéndum es la atribución al cuerpo electoral de una expresión, directa y legítima, sobre el asunto -especial transcendencia política y no administrativa- que se le somete a consideración»[21]. Por el contrario, «una consulta popular no refrendaria es un instrumento de participación ciudadana dirigido a conocer la opinión sobre cualquier aspecto de la vida pública, con transcendencia política o no, que puede materializarse a través de diversos instrumentos»[22].

En relación al asunto que nos ocupa, el art. 122 del Estatuto de Cataluña, establece que corresponde a la Generalitat «la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución». Y en la STC 31/2010 explica el Tribunal que de esta manera interpretada, «la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular», atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» no comprende el referéndum.

En el marco competencial, la Ley 4/2010 regula dos tipos de consultas por vía de referéndum: las que se promuevan en el ámbito de Cataluña, cuyo objeto serán las cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía en el ámbito de competencias de la Generalidad, y las de ámbito municipal, cuyo objeto define la Ley como los asuntos de la competencia propia del municipio y de carácter local que sean de especial trascendencia para los intereses de los vecinos. Ambos tipos de consulta son de naturaleza consultiva.

Así, en cuanto a la articulación constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación a las consultas populares de carácter referendario existe como señalábamos una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que resume perfectamente el FJ 5, de la STC 51/2017 y que en síntesis supone varias cuestiones.

21 Martín Núñez, E., «El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 94, 2012, p. 107.

22 Ibídem.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En primer lugar, que la autorización de consultas populares por vía de referéndum es competencia exclusiva estatal tal como está prevista en el art. 149.1.32 CE. Unido a esto la STC 51/2017, reitera lo ya señalado en otras ocasiones, en el sentido de «que solo mediante normas estatales puedan preverse, en el respeto a las demás determinaciones de la Constitución, los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular». Puesto que además de ser una competencia estatal, el art. 92.3 CE remite a que será la Ley Orgánica, tipo normativo estatal según las previsiones del art. 81 CE, la que debe regular, en su caso, las «condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum», como así lo hace la Ley Orgánica 2/1980. Sería en todo caso la Ley Orgánica la que podría añadir otras modalidades o figuras de referéndum a las previstas, y nunca podría una Ley autonómica incorporar al ordenamiento nuevas modalidades de referéndum.

En segundo lugar, señala el Tribunal que es factible, sin embargo, «reconocer a las Comunidades Autónomas algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum, siempre que ello se realizara, claro está, sobre asuntos de competencia de la respectiva Comunidad Autónoma» y, en este sentido, «no pueden someterse a consulta popular autonómica cuestiones que pertenecen al ámbito competencial privativo del Estado ni cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente y que están sustraídas a la decisión de los poderes constituidos», pues en el caso de que se quisiera modificar el contenido del texto constitucional deberán utilizarse los procedimientos previstos para ello en el mismo texto y no proceder a realizar una mutación constitucional.

Y por estos dos aspectos señalados aclara el Tribunal que el art. 122 del Estatuto de Autonomía no permite a la Comunidad Autónoma catalana introducir en su ordenamiento nuevas modalidades de referéndum, y solo permitiría, salvada la competencia exclusiva del Estado para su «establecimiento y regulación, que la Comunidad Autónoma tuviera algún tipo de intervención en el complemento normativo, para aspectos accesorios, de los preceptos estatales que disciplinen unas u otras figuras de referéndum».

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En consideración al argumento competencial el Tribunal Constitucional estima que «la Ley de Cataluña 4/2010 infringió la Constitución al introducir en el ordenamiento la modalidad de referéndum de ámbito autonómico, consulta popular esta que ni fue prevista por la norma fundamental ni aparece contemplada, tampoco, en la legislación orgánica de desarrollo, a estos efectos, del

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derecho a participar directamente en los asuntos públicos (arts. 23.1, 81.1 y 92.3 CE), con la consiguiente lesión de la exclusiva competencia estatal para la regulación, en los términos que hemos señalado, de la institución del referéndum (art. 149.1.32 CE)».

El Estado español es, por tanto, un Estado asentado sobre la Nación española, derecho originario, y el derecho a la autonomía es un derecho derivado de la Constitución y, por tanto, sometido a la soberanía nacional. En este mismo sentido, el reconocimiento constitucional, plasmado en los Estatutos de Autonomía, supone dotar a éstos de un carácter de norma subordinada al texto constitucional, y al margen de apreciaciones políticas, jurídicamente es indefendible otorgar a los Estatutos rango similar al de la Constitución. Así en palabras del Tribunal Constitucional, «al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma»[23].

La participación es esencial en todo Estado democrático, pero la participación no debe ser utilizada con fines no adecuados y desde luego para producir una ruptura del Estado. Justamente, el «funcionamiento democrático del Estado exige así la participación de los ciudadanos no sólo en el ámbito tradicional de las instituciones representativas del Estado y en el de las instituciones de participación política directa (*democracia política*) sino en todos los procesos decisionales públicos, estableciendo cauces de información, transparencia, comunicación y control de los ciudadanos respecto a los poderes públicos (*democracia participativa*), concretándose así los derechos de participación y/o de buena administración»[24]. En este mismo sentido, recientemente también nuestro Tribunal señalaba que «la democracia parlamentaria no se agota, ciertamente, en formas y procedimientos, pero el respeto a unas y otros está, sin duda, entre sus presupuestos inexcusables»[25].

Pero el Estado de Derecho que nuestra Constitución proclama no puede permitir que unilateralmente una parte del Estado pervierta el acuerdo que supone su misma existencia. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en anteriores pronunciamientos al comentado, al indicar que la «Constitución no aborda ni puede abordar expresamente todos los problemas que se pueden suscitar en el orden constitucional, en particular los derivados de la voluntad de una parte del Estado de alterar su estatus jurídico. Los problemas de esa índole no pueden ser

23 STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1.

24 Martín Núñez, E., «Los derechos de participación política y administrativa en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía…», cit., p.114.

25 STC 109/2016, de 15 de julio, FJ 5.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

resueltos por este Tribunal, cuya función es velar por la observancia estricta de la Constitución. Por ello, los poderes públicos y muy especialmente los poderes territoriales que conforman nuestro Estado autonómico son quienes están llamados a resolver mediante el diálogo y la cooperación los problemas que se desenvuelven en este ámbito. El concepto amplio de diálogo, por otra parte, no excluye sistema o institución legítima alguna capaz de aportar su iniciativa a las decisiones políticas, ni ningún procedimiento que respete el marco constitucional. A este Tribunal incumbe únicamente, a iniciativa de las partes legitimadas para recabar su intervención, velar porque los procedimientos que se desarrollen en el curso de este diálogo se ajusten a los requisitos exigidos por la Constitución»[26]. Y añade el Tribunal que «de esto se infiere que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España»[27].

Es cierto que vivimos tiempos en los que la inseguridad, tanto económica, como social, como política, proyecta oscuridad sobre nuestro futuro. Subyace la idea de que se necesita una reforma constitucional. Varias formaciones políticas en la campaña electoral de las elecciones generales 2015 empezaron a barajar la necesidad de una serie de reformas constitucionales y se ha constituido en noviembre de 2017 en el Congreso de los Diputados una «Comisión para la evaluación y modernización del Estado Autonómico», con el objetivo de tener en seis meses conclusiones sobre cómo actualizar el sistema autonómico nacido con la Constitución de 1978. Se está asentando el convencimiento de que la crisis que hemos vivido con Cataluña se ha producido por culpa de las prescripciones constitucionales y surge así una crítica al modelo territorial constitucional. Claro es que nuestro modelo territorial presenta debilidades, pero también es necesario recordar que en 1978 existía urgencia en plasmar en el texto constitucional contenidos con los que se diera satisfacción a las ansias nacionalistas de determinadas zonas del Estado, evitando a su vez que éstas quedaran al margen del nuevo orden constitucional.

Pasadas cuatro décadas creo que el problema no es el modelo, quizá poco útil para cumplir la necesaria función de integración política, sino una falta de lealtad constitucional, junto a un incumplimiento de los principios básicos del Estado de Derecho. Se instala así un discurso intelectual intencionadamente confuso sobre el pretendido derecho de autodeterminación, que finalmente, ha conseguido fracturar a la misma sociedad catalana y por ende a toda España, poniendo en jaque

26 STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4 b). Esta Sentencia fue dictada a raíz de la Declaración de Soberanía y el Derecho a Decidir del Pueblo de Cataluña aprobada por el Parlamento catalán en octubre de 2012, por ochenta y cinco votos a favor y cuarenta y uno en contra.

27 STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3a). Sobre el «derecho a decidir» se han escrito varios trabajos especialmente en defensa de la independencia vid. por todos Barceló I Serramalera, M., Correjta Torrens M., González Bondia, A., López Hernández, J. y Vilajosana Rubio, J. M., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho»,* Barcelona, 2015.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nuestra Constitución, como si realmente sus prescripciones fueran culpables de los hechos acaecidos.

Se engañan aquellos que creyendo que la modificación del modelo territorial constitucional conseguirá que desaparezcan los movimientos independentistas, puesto que hay grupos en Cataluña que desde 1978 no se han sumado al proyecto común del resto de los españoles. La única reforma constitucional que aceptarían los nacionalistas es la que incluyera el derecho de secesión o el derecho a decidir, temas en los que el principio de unidad y la integridad de la Nación española actúan como límites.

***

TITLE: *Catalonia, the popular consultations and the referendum: Commentary on the STC 51/2017, of may 10, 2017*

RESUMEN: *La STC 51/2017, de 10 de mayo, ha estimado el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno en relación con determinados preceptos de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum. Esta Sentencia nos sirve para realizar unas reflexiones acerca de la regulación de las vías de participación directa en nuestro sistema constitucional y de las consideraciones que ha realizado el Tribunal acerca del contenido de la mencionada norma.*

PALABRAS CLAVE: *Constitución, referéndum, consultas populares, Cataluña.*

ABSTRACT: *The STC 51/2017, of May 10, has estimated the appeal of unconstitutionality presented by the President of the Government in relation to certain precepts of the Catalan Law 4/2010, of March 17, of popular consultations by referendum. This Judgment serves to make some reflections about the regulation of direct participation in our constitutional system and the considerations that the constitutional Court has made about the content of the mentioned norm.*

KEY WORDS: *Constitution, referendum, popular consultations, Catalonia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *05.09.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TRIBUNAL SUPREMO

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CONSTITUCIONALIDAD, *SOFT LAW* Y ELECCIÓN DE JUECES PARA EL TEDH: Comentario a la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017

RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ
Letrado del Tribunal Supremo
Doctor en Derecho

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco normativo: la regulación vs. la recomendación. III. El escenario español: 31 de enero de 2017 como fecha de finalización del mandato de nuestro juez en Estrasburgo. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos, mecanismos y protocolos de propuesta, selección y cooptación de candidatos para cubrir las vacantes en los órganos judiciales de naturaleza supranacional y, en particular, aquel que contempla el rito para servir las vacantes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH), ofrecen al constitucionalista una perspectiva analítica acentuadamente interesante, desde el punto de vista de la complicada cohonestación entre el denominado *soft law* y los derechos fundamentales que pueden verse afectados en esta clase de procedimientos selectivos.

El brocardo según el cual los tribunales solamente son buenos si sus jueces así lo son resulta aplicable, naturalmente, tanto a nivel nacional como internacional. Y, consecuentemente, las taras de un tribunal en el que alguno o algunos de sus miembros adolecen de la idoneidad necesaria, son asimismo predicables en uno y otro ámbito. En este sentido, es muy significativo advertir como Mackenzie, Malleson, Martin y Sands[1], detectaron en los procesos de nominación y de elección de los miembros de tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia

1 *Selecting International Judges. Principle, Process, and Politics*, Nueva York, 2010, p. 173.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(CIJ) o la Corte Penal Internacional (CPI) los mismos tipos de vicios que tantas veces se reprochan a las altas magistraturas nacionales: el alto grado de politización, la falta de transparencia y la ausencia de estándares mínimos en relación con la calidad de los jueces seleccionados. En palabras de los propios autores «Pruebas de la politización se evidencian tanto en el proceso de nominación como también en el de elección. Para ambas cortes, las prácticas de nominación están fragmentadas, carecen de transparencia y son altamente variadas. En un extremo, hay unos pocos candidatos que han pasado por un proceso de consulta formal y transparente enfocado en el mérito; en el otro extremo, no es raro que algunas personas sean seleccionadas como resultado de consideraciones políticas expuestas abiertamente o incluso de nepotismo. Cualquiera sea la forma adoptada para el proceso de nominación, todos los candidatos nominados tienen que atravesar un proceso de elección altamente politizado».

El resultado de todo esto es que la cualificación de los candidatos, en el mejor de los casos, constituye un factor secundario, siendo entonces cuando entran en juego los elementos tantas veces invocados de *soft law*, como vectores lenitivos de ese necesario rigor.

Y es que tanto el origen como la configuración dogmática de este s*oft law* o *weak law,* o como se le ha denominado en castellano, «derecho flexible», «pre-derecho», «derecho blando» o «en agraz», radica precisamente en el marco del Derecho internacional y, en particular, en el ámbito de las organizaciones internacionales —entre la cuales bien pueden incluirse a este tipo de tribunales supranacionales—, no en vano, el término fue acuñado por Arnold McNair, juez de la Corte Internacional de Justicia y, repárese en el detalle, primer presidente del TEDH, para dar respuesta a ese ámbito conceptual existente entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*.

En relación a los instrumentos que podemos calificar de *soft law* diremos que éstos varían en función del concepto que del mismo se tenga, resultando pacífico, no obstante, la existencia de tres grandes grupos en el ámbito internacional: las recomendaciones dictadas bien por Organizaciones Internacionales, bien por actores no estatales, o bien por los propios Estados para orientar su comportamiento en determinados ámbitos, pudiendo añadirse una cuarta fuente respecto del ámbito comunitario: las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para los Estados que no son parte en los litigios.

Por lo que respecta a las funciones, puede señalarse, de un modo general, que la principal tarea de estos instrumentos es hacer más efectivo el *hard law* o derecho vinculante, que goce de mayor eficacia, al permitirle alcanzar sectores dónde éste no llega, completando su regulación, colmando sus lagunas, interpretándolo y sirviéndole de base para una construcción imperativa posterior. En el ámbito comunitario y desde sus orígenes, las decisiones sobre determinadas competencias cedidas a la Comunidad por parte de los Estados miembros exigían de la unanimidad para ser tomadas, tal y como es el caso, verbigracia, de la fiscalidad. El número de Estados miembros y su heterogeneidad ha supuesto severas dificultades para

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

avanzar en dichos ámbitos, por ello, y con la finalidad de que la unanimidad no constituyera un obstáculo para la realización de los objetivos comunitarios, se han ido adoptándose normas integradas en el *soft law* comunitario, lo que ha permitido dinamizar y estandarizar este sector.

Pues bien, esta *lex imperfecta*, se manifiesta es todo su esplendor también en lo concerniente a los protocolos, directrices, líneas maestras y reglas que pautan este tipo de regímenes selectivos. Nótese en este sentido como los Estados Firmantes del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, a la hora de proponer a sus candidatos para estas magistraturas, deberán atender, en primer lugar, a las disposiciones normativas estatutarias que regulan el tribunal en cuestión; en segundo término, al extraordinario acervo orientativo, sugestivo e indicativo tan propio del entorno *soft* que le acompaña, y todo ello además, sin perjuicio de la observancia que en todo momento ha de prestarse de los principios constitucionales durante la fase nacional del proceso selectivo.

Esta tormenta perfecta normativa a diferentes niveles ha tenido, como no podía ser de otra manera, su reflejo litigioso cada vez que por parte de nuestro gobierno ha debido proponerse una terna de candidatos al TEDH. Ya pasó en 2008 y ha acaecido igualmente en 2017. Entonces la Sala 3ª del Tribunal Supremo (STS de 27 de octubre de 2008, rec. 366/2007) desestimó el recurso directo interpuesto por una asociación profesional de jueces (con voto particular) y hogaño, se ha estimado el recurso (STS de 31 de mayo de 2017, rec. 88/2017, también con voto discrepante), igualmente deducido por otra asociación judicial contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se hacía pública la terna de aspirantes. Analizaremos más delante esta última decisión.

II. MARCO NORMATIVO: LA REGULACIÓN VS. LA RECOMENDACIÓN

El Título II del CEDH, regulador del TEDH, contempla en su artículo 21 las condiciones que debe tener el aspirante a juez del tribunal, siendo únicamente regladas y exigibles las dos siguientes: gozar de la más alta consideración moral y, en segundo lugar, reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia. Cuestión distinta es qué debe considerarse como perfil acreedor de la más alta consideración moral o cuáles son las condiciones que deben adornar al candidato para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia.

El precepto siguiente regula el modo de elección, previéndose que será la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por aquella.

Finalmente, y en cuanto a la *duración del mandato y su revocación*, el artículo 23 CEDH establece que los jueces serán elegidos por un periodo de nueve años, sin

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

posibilidad de reelección, finalizando su mandato al alcanzar la edad de 70 años, permaneciendo en sus funciones hasta su sustitución. No obstante, continuarán conociendo de los asuntos que tengan ya asignados.

Hasta aquí las magras prescripciones regulatorias. Ahora el *soft law*.

En la conocida como Declaración de Interlaken (Suiza), sobre el futuro de los Derechos Humanos, fechada en 19 de febrero de 2010, se ponderaba la importancia de mantener la independencia de los jueces y de preservar la imparcialidad y la calidad del TEDH, y para ello, la Conferencia instaba a los Estados Partes y al Consejo de Europa a: «a) garantizar, de ser necesario, mejorando la transparencia y la calidad del procedimiento de selección a nivel nacional y europeo, la plena satisfacción de los criterios de la Convención para el ejercicio de la función de juez de la Corte, incluido el conocimiento del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos nacionales, así como el dominio de al menos un idioma oficial. Además, la composición del Tribunal debe comprender la experiencia jurídica práctica necesaria».

En desarrollo de esta Declaración, en el mes de marzo de 2012 se aprobó por el Comité de Ministros el denominado *Explanatory Memorandum de las Guidelines of the Comittee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at The European Court of Human Rigths*[2], que se complementó con otro texto no imperativo ulterior, pero igualmente significativo, *The Explanatory Report to Protocol nº 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention* (El Informe Explicativo al Protocolo nº.14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que modifica el sistema de control del Convenio [Estrasburgo,13.V.2004]), ambos consagrados a trazar las pautas elementales de los procesos de selección de candidatos.

Añádase a estos instrumentos orientativos, el Documento de Información preparado por el Secretariado de la Asamblea Parlamentaria de 19 de diciembre de 2017[3], por el que se regula el procedimiento para la elección de jueces del TEDH, que viene a consolidar y reforzar las recomendaciones formuladas a los Estados en 2004 cuando se instó a los gobiernos a garantizar, entre otras cosas, que se publicitase la convocatoria de candidaturas a través de la prensa especializada o que cada lista contuviese candidatos de ambos sexos, enfatizándose la necesidad de mayor imparcialidad y transparencia en los procedimientos nacionales de selección, la necesidad de que los candidatos posean varios años de experiencia laboral (judicial) relevante y un conocimiento de ambos idiomas de trabajo de la Consejo de Europa (inglés y francés).

Y todo ello, sin perjuicio de la necesaria referencia al Protocolo nº15 (de 16 de mayo de 2013), fruto de la Declaración de Brighton[4] que exige a los candida-

2 Exposición de motivos de las Directrices del Comité de Ministros sobre la selección de candidatos para el cargo de juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [CM(2012) 40 addendum final 1138.

3 AS/Cdh/Inf (2018) 01.

4 Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro de la Corte Europea de los Derechos Humanos, celebrada en abril de 2012.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tos que tengan menos de 65 años en la fecha de presentación de las candidaturas a la Asamblea Parlamentaria, sin fijarse límite superior. Protocolo, por cierto, no suscrito aún por el Reino de España y, por tanto, no invocable como derecho aplicable.

III. EL ESCENARIO ESPAÑOL: 31 DE ENERO DE 2017 COMO FECHA DE FINALIZACIÓN DEL MANDATO DE NUESTRO JUEZ EN ESTRASBURGO

Con objeto de cumplir con el referido término —ampliado por la Asamblea Parlamentaria en seis meses adicionales—, el Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 aprobó un acuerdo por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del TEDH[5].

Para ello, a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se instará a los Ministerios de Justicia y de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales y al Consejo Ejecutivo de Política Exterior, con el fin de elaborar la propuesta de candidatos, quienes deberán gozar —*ex* artículo 21 CEDH— de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia, no pudiendo ejercer durante su mandato ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesarias para una actividad ejercida a tiempo completo. Se establece un procedimiento público de selección mediante su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», así como por aquellos procedimientos adicionales que los Subsecretarios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia y de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales decidan, para que llegue a conocimiento de los candidatos potencialmente aptos y durante un tiempo razonable.

Se constituye asimismo un comité encargado de evaluar la idoneidad de las candidaturas, que estará compuesto por el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, el Secretario de Estado de Justicia, el Subsecretario de Justicia y el Subsecretario de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, recayendo la presidencia del mismo en el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores. Para el ejercicio de sus funciones, el Comité contará con el apoyo de una serie de asesores que podrán representar, entre otros: a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, al Defensor del Pueblo y a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Sexto. El comité evaluará los currículum vitae recibidos y realizará las

5 BOE de 31 de enero de 2017, resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entrevistas que en su caso estime necesarias a efectos de comprobar la idoneidad de los candidatos para el puesto a cubrir, que, en todo caso, deberán reunir los siguientes requisitos: (i) Ostentar la nacionalidad española, (ii) No superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas, (iii) Acreditar un elevado conocimiento de uno de los dos idiomas oficiales del Tribunal (inglés y francés) y al menos suficiente conocimiento pasivo del otro.

Y aquí, en estos presupuestos es donde surge la ineluctable fricción entre el *soft law* y el contenido constitucional.

Resulta incuestionable que los únicos presupuestos reglados derivados del CEDH son las exigencias contenidas en el antes citado artículo 21.1 del Convenio (alta consideración moral y cumplimiento condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia).

Consecuentemente, la previsión del acuerdo del Consejo de Ministros español que impide la concurrencia de personas mayores de 61 años que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 21 CEDH, resulta una exigencia que se sitúa al margen de las previsiones legales y, de lleno, en el marco del *soft law*. En efecto, las Directrices del Comité de Ministros sobre la selección de candidatos para el puesto de juez en el TEDH [Memorando explicativo] establecen, en su punto 5: «Si son elegidos, los candidatos deberían, en general, ser capaces de ocupar el cargo durante al menos la mitad del período de nueve años antes de llegar a los 70 años de edad».

Y en su desarrollo, en el Informe Explicativo de las modificaciones al Protocolo nº 14 en lo que aquí interesa [términos del mandato y destitución, artículo 23] se puede leer que «fue decidido no fijar un adicional límite de edad para los candidatos. Los Parágrafos 1 y 2, leídos juntos no pueden entenderse en el sentido de que excluyen a los candidatos que en la fecha de elección sean mayores de 61 años. Esto equivaldría a privar innecesariamente al Tribunal de la posibilidad de beneficiarse de personas experimentadas, si fueren elegidas. Al mismo tiempo, se recomienda que las Altas Partes Contratantes eviten proponer candidatos que, en vista de su edad, puedan no estar en condiciones de desarrollar el cargo al menos la mitad de los nueve años antes de alcanzar la edad de 70 años».

Del mismo modo, por cierto, que la exigencia de habilidad en una de las lenguas del Consejo de Europa y, al menos, el conocimiento pasivo de la otra, que es sugerida en la Declaración de 19 de febrero de 2010 adoptada en la Conferencia de Interlaken y de las Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria 1646/2009 (punto 4.4.) y 1366/2004 (punto 3.a), tal cual reitera el *Explanatory Memorandum* 2012 (punto 10).

De lo acabado de exponer, es incontrovertible que la cuestión de la edad máxima de los candidatos a presentar por los Estados Miembros a la Asamblea Parlamentaria no parece tener, en el momento presente, un margen de apreciación nacional, en el sentido de que estén en condiciones de cumplir el mandato completo y, por ende, ostentar menos de 61 años al presentar su candidatura. Se percibe, por tanto, que no hay margen de maniobra para interpretar restrictivamente

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el Convenio, restringiendo el ejercicio de un derecho fundamental por razón de la edad, mediante un diálogo entre la regulación interna y el CEDH. La edad máxima no se encuentra prevista como requisito en el Convenio, en su redacción vigente, ni tampoco que el mandato fuere completo.

Otra cosa es lo que acontecerá tras la entrada en vigor del antes referido Protocolo nº 15. En ese momento el requisito, fijado en el Convenio, de tener menos de 65 años tendrá como finalidad que el candidato pueda cumplir el mandato completo de nueve años al no fijar una edad límite del ejercicio de la función al suprimir el artículo que la establece, con el fin de evitar que personas experimentadas no cumplan su mandato completo, previsión, insistimos, que carece de apoyo actual en el Convenio. En consonancia con ello, el Memorandum de las Líneas Maestras reputa buena práctica la establecida en el Reino Unido sobre que los candidatos que no estén en condiciones de cumplir el mandato completo sean preguntados sobre si podrían, sin embargo, estar en condiciones de hacer una aportación significativa a las actividades del TEDH en ese periodo necesariamente incompleto.

La Sala 3ª, en su Sentencia de 31 de mayo de 2017, que resuelve el recurso directo deducido frente al acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del TEDH, concluye que no cabe una restricción a un derecho fundamental (discriminación por edad carente de base legal razonable) como la establecida por el Acuerdo de 31 de enero de 2017, máxime cuando se encuentra carente de justificación en el expediente, sin que el Convenio, en la redacción vigente, establezca una restricción de tal naturaleza ni tampoco confiera potestad a los Gobiernos para añadir requisitos adicionales de esa naturaleza. Por tal razón entendió conculcado el artículo 14 CE al establecer el Acuerdo recurrido una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere.

Es importante destacar el voto particular concurrente del Presidente de la Sala, quien sostuvo, en lo que aquí interesa que «En ningún lugar del CEDH se otorga a los Estados parte un apoderamiento o habilitación para que desarrollen las normas convencionales reguladoras de las condiciones que deben reunir los Jueces del CEDH. Ciertamente, las autoridades nacionales gozan de un notable margen de apreciación para proponer a quienes estimen más idóneos para el cargo y, desde luego, en uso de ese margen de apreciación pueden no incluir en su terna a ninguna persona que no cumpla las características de edad arriba mencionadas. Pero eso no implica reconocer que dispongan de un poder normativo de desarrollo del CEDH. Tal poder normativo no sólo carece de fundamento explícito o implícito, sino que sería probablemente incompatible con la propia naturaleza de un tratado internacional multilateral que cada una de las partes pudiese añadir requisitos para cubrir puestos tan importantes en la organización común como son los aquí examinados.

En suma, creo que el inciso impugnado del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 no es ajustado a derecho porque establece —con

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

alcance general y sentido obligatorio— un requisito para poder presentar la candidatura a Juez del TEDH que no está contemplado en el CEDH, ni es producto de una potestad normativa de desarrollo conferida por el propio CEDH a los Estados parte.

Es conveniente añadir, para disipar cualquier posible equívoco, que no hay contradicción en afirmar simultáneamente que el Gobierno español no puede establecer un requisito adicional no contemplado en el CEDH y que sí puede orientar su selección de candidatos por un criterio de edad como el aquí discutido. En otras palabras, entiendo que, al convocar la plaza de Juez propuesto por España del TEDH, el Gobierno español podría anunciar su intención de tomar en la debida consideración la recomendación de edad máxima proveniente del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Esto último no sería establecer un requisito, por lo que los candidatos que no reunieran la referida característica de edad no serían inadmisibles ab initio. Y no es lo mismo quedar excluido de entrada —tal como ocurre con el acto impugnado— que saber que la propia candidatura será examinada por más que tal vez tenga escasas probabilidades de éxito».

Se impone por tanto reiterar que la cuestión en discusión ni se plantearía si España y el resto de Estados que todavía no han ratificado el Protocolo nº 15 lo hubieren hecho de manera más resuelta. Se trataba de seguir (punto 3) la Recomendación 283 de 26 de abril de 2013 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que, tras entender que las propuesta de enmienda eran esencialmente de orden técnico y no eran objeto de controversia, invitaba a los órganos legislativos de las Altas Partes Contratantes a una firma y ratificación rápida del citado instrumento. La ausencia de todas las ratificaciones del Protocolo nº 15 impide su entrada en vigor.

IV. CONCLUSIONES

El *soft law* es un fenómeno que carece de univocidad, su conceptuación y las funciones que debe desempeñar, admiten diferentes interpretaciones. No obstante, hay cierto consenso con relación a su catalogación como instituto que comprende aquellos instrumentos que carecen de efectos vinculantes pero que, sin duda, producen efectos jurídicos. Como acaba de verse en la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, para este órgano jurisdiccional, su naturaleza no le alcanza para configurarse como fuente de Derecho, lo que implica que los agentes jurídicos no estén obligados, en puridad, a observarlo.

Sin embargo, lo cierto es que el legislador —cuando no el ejecutivo—, muy a menudo atienden y siguen sus pautas, en el plano interpretativo, siendo moneda corriente que el *soft law* sirva de inspiración a los Parlamentos nacionales en la adaptación de la legislación interna, tal y como ocurre no sólo en el ámbito de los procesos selectivos nacionales, sino en ámbitos tan sensibles como el sistema fiscal.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta antinomia que plantea la armonización de la *lex dura* y la «blanda», exige necesarias e indispensables mejoras en el particular ámbito de los procesos selectivos a altas instancias jurisdiccionales supranacionales. Algunas propuestas se han reunido ya hace años en una serie de principios sobre la independencia de la justicia internacional recogidos en *The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary*[6] que prevén, en este sentido, algunas condiciones mínimas que deben fijarse como base para la elección de los jueces internacionales.

Transparencia y responsabilidad durante el proceso de nominación y de elección son elementos nucleares. En este sentido, el trabajo de la «Coalición por la Corte Penal Internacional» (CCPI) adquiere una singular importancia. Esta agrupación de diferentes organizaciones no gubernamentales fiscaliza el proceso de nominación y de elección e incluso en ocasiones realiza entrevistas a los candidatos que ulteriormente son publicadas. Teniendo presente la fuerte politización de los procesos de nominación nacional, se puede efectuar un control sólo a nivel internacional sobre el proceso de nominación y de elección del correspondiente tribunal internacional, estas mejoras son indispensables, pues es cierto que la legitimidad de los tribunales internacionales depende en gran medida de la legitimidad del proceso de selección y de la calidad de sus jueces. Por tal razón, desde este tipo de plataformas se insiste en reivindicar «medidas urgentes para limitar el rol creciente y ubicuo de los factores políticos externos, con el objeto de garantizar que la política no abrume la posibilidad de elegir a los mejores jueces para los tribunales internacionales».

Los instrumentos propios del denominado *soft law* se caracterizan por ser un conjunto abierto y flexible que no necesariamente se opone al *hard law,* ni pretende sustituirlo, sino que en muchas ocasiones lo antecede o lo complementa. Su naturaleza «informal» permite adaptar el sistema jurídico a los complejos desarrollos de los procesos de globalización mundial, habilitando espacios de participación a otros actores que están excluidos de los procesos formales de creación normativa. Esto otorga legitimidad al sistema y presiona políticamente a los Estados que prefieren cumplir de buena fe sus compromisos en materias de interés general para la comunidad internacional. En síntesis, y como bien apuntó hace muchos años uno de los autores que mejor y más autorizadamente han escrito sobre el *soft law* comunitario, el profesor Alonso García, el error radica en enfrentar al *soft* y el *hard law*, en presentarlos como vectores antagónicos. El actual decano de la Facultad de Derecho de la UCM sostenía hace más de quince años una consideración del «derecho blando» en una cuádruple funcionalidad: como avance, como alternativa, como complemento y como parámetro de interpretación del *hard law.*

«En primer lugar, puede el soft law ser remedio en momentos no idóneos, desde un punto de vista político, económico o incluso técnico, para una intervención de la

6 SANDS, O., CAMPBELL, M., MCKENZIE, R., International Law Association Study Group, 2004.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comunidad con carácter imperativo en un determinado sector, actuando como preparación —política, económica o técnica— de intervenciones imperativas futuras, vía hard law (…) El soft law puede también en ocasiones actuar como complemento del hard law en presencia de condicionamientos, incluidos los jurídicos, que dificulten o impidan una intervención completa vía imperativa (…) El soft law, finalmente, puede ser utilizado como herramienta de seguridad jurídica, para proporcionar a las Administraciones y operadores privados un marco de referencia presidido por la claridad y coherencia en la aplicación del hard law comunitario; marco de referencia que bien puede adquirir tintes «preventivos» en sectores particularmente conflictivos —actual o potencialmente— dada la complejidad de su regulación o, sencillamente, la presencia de intereses en juego especialmente sensibles, que reclamarían una intervención por la vía del soft law a los efectos de orientar la conducta de Administraciones y operadores privados en dirección considerada por la Comunidad como compatible con el ordenamiento comunitario»[7].

En efecto, avance, alternativa, complemento y paradigma exegético del *hard law*, pero difícilmente cabe defender la idoneidad de este «derecho blando» para amparar una capacidad legislativa sin respaldo habilitante que pueda acarrear el cercenamiento de un derecho fundamental.

Christine Chinkin, profesora de la London School of Economics and Political Science, ha sintetizado esta cuestión de manera asombrosamente clarividente: «*Soft law as evidence of the existence of hard obligations*»[8].

***

TITLE: *Constitutionality, soft law and election of judges for the ECHR: the Decision of the 3rd Chamber of the Supreme Court of May 31, 2017.*

ABSTRACT: *The high degree of politicization, the lack of transparency and the absence of minimum standards in relation to the quality of the judges selected for supranational courts are the most common reproaches in this kind of selective procedures. It is not unreasonable to conjecture that behind these suitability problems may be the disproportionate presence of soft law or non binding norms in this type of cooptative process. The present article analyzes, on the one hand, the «soft» normative acquis that governs these processes, in particular, that contemplated for the selection of judges for the ECHR and, on the other, the litigious consequences that the recalcitrant observance of these norms entails, with the recent Supreme Court Decision of May 31, 2017, which the Government considered violated by Article 14 CE by establishing in the Agreement establishing guidelines for the preparation of a shortlist of candidates for the election of Head Judge of the ECHR discrimination by age lacking coverage in the international instrument to which it refers.*

RESUMEN: *El alto grado de politización, la falta de transparencia y la ausencia de estándares mínimos en relación con la calidad de los jueces seleccionados para los Tribunales supranacionales, constituyen los reproches más habituales en esta clase de procedimientos selectivos. No es descabellado conjeturar que detrás de estos problemas de idoneidad pueda estar la desproprocionada presencia de normas de soft law o non binding*

7 «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública,* nº 154, 2001, págs. 63 y ss.

8 «Normative Development in the international legal system», SHELTON, D., (Ed.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system, op. cit*., pp. 30 y 31.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

norms en este tipo de procesoso cooptativos. El presente artículo analiza, de una parte, el acervo normativo «blando» que pauta estos procesos, en particular, el contemplado para la selección de jueces para el TEDH y, de otra, las consecuenias litigiosas que la recalcitrante observancia de estas normas acarrea, con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017, que entendió conculcado por el Gobierno el artículo 14 CE al establecer en el Acuerdo por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del TEDH una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere.

KEY WORDS: *ECHR. Nomination of judges. Soft law. International right. Constitutional right. International courts. Minister council. Supreme Court. Discrimination based on age.*

PALABRAS CLAVE: *TEDH. Nombramiento de jueces. Soft law. Derecho internacional. Derecho constitucional. Tribunales internacionales. Consejo de Ministros. Tribunal Supremo. Discriminación por razón de la edad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.12.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ENRIQUE TIERNO GALVÁN UN SINGULAR ITINERARIO INTELECTUAL-POLÍTICO (II)

RAÚL MORODO LEONCIO
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional

SUMARIO

I. Tercera navegación (1965-1978). II. Cuarta y última navegación (1979-1986): fin de utopía, nuevas actividades públicas, memorialismo, agnosticismo humanista, sosiego pacifista, nostalgia y despedida.

I. TERCERA NAVEGACIÓN (1965-1978)

1. Introducción

Lo que, convencionalmente, se puede denominar tercera etapa intelectual-política de Tierno se puede encuadrar entre dos fechas: 1965, con su expulsión de la Universidad española, «de por vida», y con su instalación en su marxismo no dogmático y 1978, con el final de su aventura como Presidente y líder intelectual de un partido político (PSP). Dos fechas, entendiéndolas con un sentido flexible, en donde se produce una clara evolución ideológica en Tierno y, en el ámbito público, un avance, fortalecimiento y fracaso del PSP. Etapa definida por decisivos cambios y acontecimientos; de la pre-transición a la transición democrática: fallecimiento de Franco, ascensión al trono del Rey Juan Carlos, Gobierno Suárez, elecciones democráticas y elaboración y aprobación de la Constitución. En todas estas fases, Tierno estaría muy presente como un líder socialista muy reconocido.

La expulsión de la Universidad tendrá para Tierno un fuerte impacto vital, actuando, al mismo tiempo, de revulsivo y de liberación. La Universidad estatal tenía entonces un alto status social dentro de la sociedad española y su expulsión situaba a Tierno, junto a otros profesores, José Luis Aranguren y Agustín García Calvo, fuera de la docencia, dejando de ser ya funcionarios públicos vitalicios:

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 41, 2018, pp. 463-489

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para Tierno, de forma especial, significaba perder una plataforma para su incidencia política. En cierta medida, quedaba extra-muros: la cátedra, sin duda, permitía una disidencia con una cierta tolerancia política, aunque fuese discrecional. Se entraba así en otra categoría también ambigua que llevará a un deslizamiento hacia lo que comenzará a llamarse oposición democrática: de disidencia a oposición o resistencia extra-Régimen. Pero a su vez, la expulsión tendrá un efecto político positivo: aparecer Tierno, ante sectores más amplios que los universitarios, no sólo como un intelectual sancionado, sino como un líder político nacional *in fieri*. De alguna forma, se continuaba en la dirección del siglo XIX, con los krausistas, y en la dictadura de Primo de Rivera.

La expulsión, sin embargo, no va a alterar la actividad, ni como docente, ni como escritor. Aunque ya no tenga el apoyo de su revista (el Boletín de Salamanca), clausurada por las autoridades, publicará en revistas extranjeras y, gradualmente, cuando los tiempos son más tolerantes, en las españolas; y, de igual modo, dando conferencias, aunque muchas de ellas serán anunciadas, pero prohibidas. Los libros, sin embargo, tendrán más permisividad, aunque algunos censurados. Tierno, por otra parte, dará clases en un centro privado, extensión de una Universidad norteamericana en Madrid, y como profesor-visitante en Princeton, Bryn Mawr y Río Piedras (Puerto Rico): lo que él llamaba las «vendimias americanas». En ellas, con excelentes bibliotecas, y con calma, preparará algunos de sus mejores libros y ensayos, que aparecerán, en España, en las editoriales Taurus, Tucar, Cuadernos para el Diálogo, entre otras, pero sobre todo, en Tecnos.

Tierno señalará en sus Memorias que la expulsión de la Universidad la vivió también como liberación: sentirse más libre, en el sentido ético y público[1]. Y, en efecto, fue un revulsivo para su evolución intelectual y asumir un mayor compromiso de resistente democrático. Con todo, la radicalización ideológica antecederá y preparará su posterior radicalidad política: las cautelas, así, se irán rompiendo gradualmente. Sólo en los últimos años de esta etapa, de 1974 a 1977, radicalidad intelectual y política coincidirán. Su referencia permanente a la utopía, al motor utópico, explicará y, en gran medida, definirá este nuevo sueño dogmático/sueño encantado, que ya estarán unidos. Sólo en su etapa final, en su cuarta y última navegación (1978-1986), aparecerá un nuevo sueño de encantamiento, de evasión gratificante y de serenidad que, sin romper, con los supuestos fundamentales, adquirirá un nuevo carácter.

2. **Una temática recurrente: interpretación y revisión de los clásicos.**

Una de las constantes tiernistas, en todos sus periodos, se encuentra en libros, ensayos e introducciones sobre los grandes autores clásicos, iuspublicistas y

1 Vid. E. Tierno Galván: *Cabos Sueltos*, ed. Bruguera, Barcelona, 1981, pp. 348-349.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

filósofos políticos, y no sólo políticos, que desde el Renacimiento, de manera especial, siguen constituyendo referencias inexcusables de nuestra cultura europea. Pero, también autores españoles, serán compañía que le estimularán e influirán en su variada evolución intelectual. El contexto histórico en que se mueve, por supuesto, condicionará preferencias: así, en las dos etapas anteriores, como vimos, coincidirán neo-tacitismo, neo-positivismo, Bodino, Maquiavelo y Montesquieu con los clásicos barrocos españoles (Quevedo, Gracián, Saavedra Fajardo, Alamos de Barrientos); más tarde, los tradicionalistas De Maistre, De Bonald y Donoso junto con Feijóo, los liberales gaditanos (Argüelles) y Balmes y llegando a Joaquín Costa y el regeneracionismo.

En esta tercera navegación, de 1965 a 1978, va a predominar el estudio de clásicos europeos, desde la naciente modernidad racionalista, con Hobbes y Spinoza, la Ilustración y la contemporaneidad: en este sentido, encontramos a Montesquieu, que abre caminos, al ilustrado transgresor Diderot, al rebelde Rousseau, al conservador-liberal Burke, y, así, sucesivamente: Hegel, Feuerbach, Stirner, Engels, Marx. Entre autores españoles, analizará a Juan Valera, enlazando literatura y sociedad, volverá al regeneracionismo con Macías Picavea, el libealismo de Acárate, el krausismo español, con Posada o al socialismo, con subsuelo marxista y ético-libertario, de Julián Besteiro. Descubrirá y apoyará a Miguel Espinosa que, con su Escuela de mandarines, hará una gran sátira y una gran utopía, género utópico apenas visto en España. Sobre Ortega, Machado y Azaña escribirá más tarde, en su etapa última.

Está, a mi juicio, muy claro que, en esta fase tercera, hay ya un alejamiento de Wittgenstein, pero no del todo: tanto Spinoza como Wittgenstein serán datos firmes en su evolución intelectual, e incluso en su incidencia religiosa. En muchos de estos clásicos, dispares, en su conjunto, como apoyo o reacción crítica, influirán en su síntesis intelectual. Y en algunos de ellos le servirán para enlazar su concepto de utopía con el marxismo y con el fondo libertario, en que éste nunca desaparecerá, incluso sentimentalmente. Es lo que me he permitido llamar su *utopización libertaria del marxismo*, heterodoxia sobredimensionada. Sobre estos clásicos, Tierno publicará, entre otros, dos libros (sobre Diderot y Babeuf), introducciones y ensayos sobre Montesquieu, Hobbes, Spinoza, Rousseau, Burke y, sobre Marx, una introducción y una breve biografía. Hay que tener muy en cuenta también sus *Reflexiones sobre mi evolución intelectual*.

Seleccionando sus clásicos, comenzaré brevemente por Hobbes, el gran clásico inglés. Aunque muy estudiado por Tierno, desde joven, será en este periodo cuando preparará una Antología, reducida a De Cive y al Leviatán, con un estudio introductorio[2]. Coincidirá con Carl Schmitt en el mismo punto de partida: el miedo y las guerras, sobre todo guerras civiles, para fundamentar una Teoría del

2 Vid. E. Tierno Galván: *Introducción a Hobbes: Del Ciudadano, El Leviatán*, Editorial Tecnos, 1965. La introducción se recoge también en sus Obras Completas, tomo III, pp. 947 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estado racionalmente constituida[3]. Paz y seguridad, precedentes necesarios para la libertad y convivencia, serán, pues, los objetivos a alcanzar: conseguir una sociedad civil racionalizada que excluya el miedo y la violencia: el Estado, así, se convertiría en una gran máquina (*machina machinorum*), que permitasalir de la guerra de todos contra todos y de la configuración del *homo hominis lupus*. El gran artificio hobbesiano, es decir, «la institución que hace posible las demás instituciones, el Estado o Leviatán, «radicará en el acuerdo que hayan establecido los hombres para su salvaguardia»[4]. Tierno mantendrá que, para Hobbes, el poder absoluto necesita ser racional y no traspasar los límites de lo necesario: si los traspasa se constituye en poder despótico. El absolutismo monárquico, que no debe ser discrecional, ni en base al derecho divino de los reyes, descansará así en un racionalismo materialista y mecanicista que, a juicio de Tierno, puede permitir desde esta base apuntar a una interpretación de modernidad, incluso pre-democrática de Hobbes: comenzar a salir de las mitologizaciones sería entrar ya en una secularización moderna[5]. De ahí, desde esta interpretación sutil, se percibe la influencia de Hobbes en Loke, y en Spinoza y como este último, más tarde, influirá a Rousseau. Desde luego, la lectura de Hobbes puede llevar también, y ha sido real, al totalitarismo, como, por otra parte, en otra lectura de Rousseau. Ambivalencia que se encuentra en el propio Carl Schmitt: no hay que olvidar que el ensayo schmittiano sobre Descartes y Hobbes aparecerá en 1937, en pleno auge del nazismo alemán. El Leviatán se proyectará, entonces, desligado de su sentido irónico implantando terror y muerte.

Con Spinoza, Tierno se sentirá más próximo, intelectual y políticamente. Lo dirá explícitamente en sus *Reflexiones*: «después de Wittgenstein es necesario releer a Spinoza»[6]. El deus sive natura spinociano no se puede separar de la conceptualización tiernista de la «finitud», de lo que hay. Tierno traducirá de Spinoza su *Tratactus politicus*, obra póstuma e inacabada, comentando también su *Tratactus theologicus-politicus*, y haciendo referencia a su Ética[7]. Tanto en Hobbes, como en Spinoza, se percibe ya la modernidad filosófica (racionalismo), asomándose un materialismo religioso que, en cierta medida, estará muy presente en Tierno. Por otra parte, por las diferentes condiciones políticas de Inglaterra y Holanda, en Spinoza, está fijada ya una mentalidad liberal, aunque tuviese una base oligárquica tipo veneciana. E, incluso, para algunos pos-marxistas críticos, como Antonio Negri, Spinoza va más allá: lo considerará un adelantado para la

3 Vid. Carl Schmitt: «El Estado como mecanismo en Hobbes y Descartes», en *Razón Española*, nº 131, mayo-junio 2005, pp. 301-311. Traducción de Cristina Negro Konrad.

4 Vid. E. Tierno Galván: *Hobbes*, ut supra, p. 951.

5 Ibid. 954.

6 Vid. E. Tierno Galván: «Reflexiones sobre mi evolución intelectual», ensayo que Tierno recoge en su libro sobre *La novela picaresca y otros ensayos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 374.

7 Vid. E. Tierno Galván: «Introducción a Baruch Spinoza»: *Tratado teológico-político y Tratado político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1966. La introducción en OO.CC., tomo III, pp. 983 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

rebelión democrática, con su idea de «multitud»[8]. Es cierto que Spinoza no llegará, por su muy temprano fallecimiento, a desarrollar la parte final de su *Tratado político* (que trataría sobre la democracia). lo que lleva inevitablemente a conjeturas, pero se puede inducir, por sus últimas cartas, que podrá ir en esta dirección democrática. Concretamente, como sostiene Tierno, por su concepto, más tarde ampliada por Rousseau, de la voluntad general[9].

Rousseau será otro de los clásicos que Tierno tendrá muy en cuenta, no solo con una introducción al Contrato Social, sino también relacionándolo con Diderot[10]. La complejidad rousseauniana provocó en Tierno una reacción doble: por una parte, será crítico con su psicologismo intimista, que anuncia ya la mentalidad romántica emergente, especialmente en la novela. El racionalismo de Tierno tenía que chocar, desde sus planteamientos positivistas, con la versatilidad y el sentimentalismo de Rousseau. Y tendrá, así, Tierno reacciones entre irónicas y provocadoras. Frente a la novela romántica que enajena, aparecerán, dentro de su lógica neo-positivista, los hombres de empresa, que son los que están en la realidad. Así, dirá Tierno: «la aproximación mayor al mundo la han producido los industriales. Los que han hecho y aplicado la industria se han aproximado al conocimiento y a la salud. Si las novelas las hubieran escrito los empresarios habría habido más salud mental en Occidente. Por lo menos, habría habido menos novelas»[11]. Aquí, ingenio provocador y contradicción se aúnan; porque Tierno fue un gran lector de novelas clásicas, costumbristas y de erotismo literario (desde españoles, como Trigo, a Sade).

Por otra parte, habrá sinceros elogios a Rousseau como exponente de una nueva modernidad que se avecina y transgrede, desde el individualismo al ámbito social-político El artificio que propondrá Rousseau, es decir, el pacto/contrato social, pondrá luz a una novedad que impactará intelectualmente, reactualizando, ya con otro contenido, el antiguo *pactum societatis*: destacar la enajenación del hombre en la sociedad y de ahí la necesidad de una rebeldía que libere, es decir, luchar contra la enajenación. De ahí, señalará Tierno, la proximidad del Marx Joven a Rousseau. Proximidad, pero también con nueva orientación: mientras que Rousseau habla desde el individuo, desde su naturaleza individual, Marx piensa en términos de especie (liberación del género humano)[12]. El individualismo rousseauniano, visto por Tierno, oscila entre crítica algo mordaz, señalándo a Rousseau como un «Spinoza trivializado» , a un gran elogio como precursor y

8 Vid. Antonio Negri: *Spinoza subversivo*. Editorial Akal, Madrid, 2000, pp. 29 y ss.

9 Vid. E. Tierno Galván: Spinoza, ibid., p. 992.

10 Vid. E. Tierno Galván: prólogo al *Contrato Social* de Rousseau, Ed. Taurus, Madrid, 1965 y en *Diderot como pretexto*, Ed. Taurus, Madrid, 1966. Sobre Rousseau en la edición de la ed. Tucar, *Estudios de pensamiento político*, 1976, Madrid, p. 31.

11 Vid. E. Tierno Galván: *Diderot como pretexto*, op. cit. (el último párrafo aparecerá sólo en las OO.CC., Tomo III, p. 432).

12 Vid. E. Tierno Galván: Rousseau (en ed. Tucar), op. cit. p. 131.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

símbolo de la Revolución francesa, sin duda, real. Sin embargo, la Gran Revolución, en los periodos republicanos, desarrollará el concepto de representación política, al que Rousseau tendrá como enemigo declarado, defendiendo la democracia directa. En fin, Tierno destacará la diabolización de Rousseau por todo el tradicionalismo europeo y, de modo especial, por el español, considerándole el «gran culpable» por subvertir el orden tradicional: desde los libelos anti-liberales doceañista a J.A. Primo de Rivera («el nefasto Rousseau»).

Cuatro clásicos y un hombre y filósofo de la acción (Montesquieu, Diderot, Burke y Babeuf), precursores y coetáneos de la Revolución, permitirán a Tierno contextualizar a Montesquieu, junto a Rousseau, en la modernidad en donde Montesquieu abre caminos, se instala con Diderot, se pretende radicalizar con Babeuf o recibe el más relevante ataque, desde bases pragmáticas, con Burke.

Tierno encontrará en Montesquieu un gran punto de partida, coincidiendo con Althusser[13]. Punto de partida con nuevo método de análisis: la historia se va a entender como totalidad fluyente, sustituyendo a anteriores metodologías. «El historicismo y la dialéctica, señalará Tierno no hubiesen aparecido sin la previa idea de destrucción»[14], y la destrucción precederá a la idea de progreso. Por otra parte, Montesquieu introducirá las ideas de cambio, renovación y decadencia: así, naturaleza y leyes deben coincidir. Y de ahí que las leyes se «corresponden a las circunstancias, usos, costumbres, clima, debiendo asumir las leyes este correlato»[15]. No solo «El espíritu de las leyes», sino también sus *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y la decadencia de los romanos*, son obras impregnadas de este esquema. Así, para impedir que un gobierno traspase los límites que su naturaleza exige, es decir, cuando se constituye en tiránico o despótico, Montesquieu responderá: buscar siempre un equilibrio político, separar los poderes. La libertad será un resultado: el paso de la sociedad natural a la sociedad político que solo, dirá, se hallará en un «gobierno templado moderado», como el de Inglaterra[16], obviamente idealizado, y que funcionará en la Europa continental.

El inglés Burke, coetáneo también de la Revolución francesa, y que ha teorizado sobre ella con novedad[17], Tierno lo definirá como un conservador anti-revolucionario, pero no asentado en el «tradicionalismo mágico», sino desde la racionalidad pragmática y evolutiva con gradualismo. Para Tierno formará también parte de la modernidad. La tradición, en el caso de Burke, no es estática ni

13 Vid. Althuser: *Montesquieu, la política y la historia*, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1968, p. 102.

14 Vid. E. Tierno Galván: Traducción y prólogo de *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, p. 106.

15 E. Tierno Galván: Montesquieu, ibid. pp. 111-112.

16 E. Tierno Galván: ibid., p. 115.

17 Vid. E. Tierno Galván: Burke en *Tradición y modernismo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1962 y en el prólogo y traducción de las *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, CEPI, Madrid, 1978 (en OO.CC., Tomo V, pp. 813 y ss).

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

anacrónica, sino dinámica, enfrentada al tradicionalismo latino-católico europeo (De Bonald, De Maistre, Donoso)[18].

Con Diderot y Babeuf, Tierno analiza y descubre, pero también se permite una licencia: exponer sus propias ideas, tomando a estos autores como pretexto. Con ellos, entrarán en juego la ilustración libertaria y el socialismo pre-marxista. Si, en los anteriores clásicos, la perspectiva marxista o marxiana apenas se reconoce, sí va tomando alas al estudiar a Diderot y a Babeuf. Tierno, comentando a Diderot, que, como Rousseau partirá de la sociedad corrompida, y de la propiedad como un mal, se centrará sobre todo en desmitificar y racionalizar y, por tanto, crear una nueva mentalidad más libre, radicalmente libre y coherente. Para ello, y con esta intencionalidad, durante 25 años dedicará Diderot su colosal trabajo de editar la Enciclopedia[19]. Este cambio de ideas, razón y sistematización, llevará, en el fondo, a establecer una nueva concepción del mundo ilustrada y reformista y, objetivamente, pre-revolucionaria.

En Diderot, Tierno ve, al mismo tiempo, un ilustrado y un revolucionario frustrado,y con extrañamiento[20]. El anarquismo velado de Tierno se encuentra en la idea de destrucción y en cierto biologismo utópico y Diderot le sirve de pretexto. Destruir se convierte en una obligación moral (Estado, instituciones, familia, propiedad). Para Tierno, sería «el medio más efectivo para conseguir el perfeccionamiento objetivo», pero, con una matización que, en realidad, anula la radicalidad: «siempre que la destrucción sea consciente, radical y que no produzca mala conciencia»[21]. Dirá en otras palabras, dentro de una esfera libertaria ponderada. La relación anarquía-utopía, que Tierno expone como propia, apoyándose en algunos textos de Diderot, responderá a sus criterios positivistas, mecanicistas y en parte cientifistas/biológicos. Plasmará, así, un texto sorprendente: «la mayoría de las instituciones sociales, jurídicas y políticas, son fuente de infelicidad y es urgente ajustarlas a las necesidades objetivas por el proceso mecánico de los hechos. El control científico de las relaciones humanas, desde el propio ser humano, llevan a la felicidad. Cambio hay que entenderlo como control. El mundo será feliz cuando la diferencia entre animal y hombre sea una diferencia de laboratorio». Añadiendo: «no hay duda que formulo un pensamiento utópico, pero es el único método seguro, ya que la utopía no es sino lo contrario de ideología, es decir, el control o la posibilidad de control de una sociedad sin mitologizaciones que proceden de la insania»[22]. Es cierto que este radicalismo tiernista, ya enunciado en su *Realidad como resultado*, se disolverá más adelante, pero aquí el deslinde entre utopía y distopía puede legitimar muchas preguntas.

18 E. Tierno Galván: ibid., OO.CC., Tomo V, p. 815.
19 Vid. E. Tierno Galván: *Diderot como pretexto*, op. cit., p. 37.
20 Vid. E. Tierno Galván: *Diderot como pretexto*, ibid., p. 38.
21 Ibid., p. 20.
22 Ibid., p. 31.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Finalmente, nos encontramos con la interpretación tiernista de Babeuf, libro que escribió en la placidez académica de Princeton, «hogar victoriano»[23], «un libro que cubre una ausencia de un nombre español en la bibliografía hoy planetaria sobre Babeuf». Un libro erudito, «libro de libros», como lo denominará[24]. Y, en efecto, hay mucha erudición en este texto, sobre el conocido episodio de la revolución frustrada de los Iguales, en plena Revolución francesa y en donde coincidirán un pre-socialismo revolucionario con fondo populista. Los personajes (Babeuf, como líder, Maréchal, Buonarroti), los preparativos, los hechos, el proceso de esta conjura se analizan con meticulosidad y precisión, y con sus diferencias ideológicas[25]. A pesar de que ni Marx, ni Engels, se sienten, sólo en parte, muy próximos a Babeuf: en «El manifiesto comunista», no lo citarán como socialista utópico[26]. Desde luego, en la conspiración de «los Iguales» hay pueblo en acción y realismo revolucionario, planteando los problemas políticos como un enfrentamiento claro de lucha de clases[27].

Babeuf que es un líder popular, el Graco romano, que «El Tribuno del Pueblo», será su periódico, y que sus conjurados quieren realizar, en efecto, la revolución dentro de la Revolución. Tierno dirá que no es muy consciente, sólo al final, de que en el marco revolucionario se han producido cambios: Babeuf es un patriota universalista, no nacionalista, con bases populistas-libertarias y que no habla en nombre del Estado, sino del pueblo como totalidad. Y no toma, en principio, conciencia que el Ejército se separa del pueblo, que las victorias militares unen ya a Patria, Nación y Estado, y que los antiguos *sans-culottes* no tienen dirección efectiva[28]. Así, la burguesía revolucionaria sale del mundo de las ideas y defiende ya la paz interior, la propiedad privada, la libertad individual y la economía de mercado. Nacionalismo y organización, reformismo y dinero serán ya los nuevos valores en alza: para Babeuf entonces es el fin de la revolución. El programa babevista queda fuera de juego, al no existir ya las condiciones sociales para una revolución socialista: la burguesía había triunfado y Napoleón será su gran codificador y referente. Por ello, tal vez, Marx y Engels, no lo encuadran en el socialismo utópico.

3. Utopía, ética y política: el subyacente anarquismo tiernista y su marxismo no-dogmático y humanista.

En este periodo que comentamos, como en los anteriores, Tierno junto a su activismo político, sigue publicando: además de los clásicos citados, aparecerán

23 Vid. E. Tierno Galván: *Babeuf y los Iguales, Un episodio del socialismo pre-marxista,* Ed. Tecnos, Madrid, 1967, y en OO.CC., Tomo III, p. 730 y ss.

24 Ibid., 732.

25 Ibid. p. 736 y ss.

26 Vid. Manifiesto del partido comunista, en Karl Marx, Ed. Gredos, estudio introductorio de Jacobo Muñoz, Ed. Gredos, Madrid, 2012, p. 613.

27 Vid. E. Tierno Galván: *Babeuf*, op. cit., p. 767-769.

28 Ibid. p. 782.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quince libros, ensayos y artículos. La temática, en su constante dualidad, tendrá dos ejes: el estrictamente académico, por una parte, que incluye su constante barroca; sobre la novela picaresca[29]; sobre el siglo XIX español, con su «Idealismo y pragmatismo»[30]; varios ensayos sobre la utopía[31], entre otros diversos. Pero, sobre todo, en su instalación en su peculiar marxismo, con otros libros y ensayos. Concretamente, una breve biografía de Marx, con una antología de sus obras[32], Razón mecánica y razón dialéctica[33], La humanidad reducida[34], Cantidad y cualidad[35], El marxismo y el problema de la inducción[36], Hegel y la culminación de la cultura cualitativa[37], y un diálogo sobre marxismo con la revista *Ruedo Ibérico*[38]. Por otra parte, Tierno se descubre como un escritor político de partido, con temas de actualidad, con cuatro libros: *La revolución estudiantil y el problema de la Universidad*[39], *España y el socialismo*[40], *¿Qué son las izquierdas?*[41], *La huelga: cara y cruz* (polemizando con Muñoz Alonso)[42], *Democracia, socialismo y libertad*[43] y en la revista neoyorkina Ibérica, dirigida por Victoria Kent, publicará con asiduidad sobre temas políticos y polémicos, así como sus breves artículos, sin firmar, que aparecerán en *«El Socialista en el interior»*[44].

¿Cuáles pueden ser las raíces o fundamentos filosóficos o ideológicos que marcan su concepción del mundo político, en general, y, en especial en este periodo? La pregunta tiene sentido porque, a pesar de su clara imagen pública como socialista, su complejidad intelectual no permite encasillamiento como un socialista convencional. A mi juicio, sus fundamentos son tres: *anarquismo libertario subyacente, marxismo no-dogmático* y, *como resultado, un socialismo democrático*

29 Vid. E. Tierno Galván: *Sobre la novela picaresca y otros escritos*. Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

30 Vid. E. Tierno Galván *Idealismo y pragmatismo en el siglo XIX español*. Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

31 Sobre las utopías tiene Tierno varios ensayos: «Algunas consideraciones sobre las utopías», en *El Urogallo*, nº 4, Madrid, 1972; «Política y utopía», en *Guadiana*, nº 5, Madrid, 1975; y «Europa y el fin de la utopía», OO.CC., Tomo V, pp. 1015 y ss.

32 E. Tierno Galván: «Especificación de un derecho Constitucional para una fase de transición», en *Boletín I de Ciencia Política*, nº 10, Madrid, 1972, pp. 5-16.

33 Vid. E. Tierno Galván: *Antología y biografía de Marx*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1972.

34 E. Tierno Galván: *La humanidad reducida*, Ed. Taurus, Madrid, 1970.

35 Ibid., pp. 8-18.

36 Vid. E. Tierno Galván: *El marxismo y el problema de la inducción*, en OO.CC., Tomo IV, pp. 687-700.

37 Vid. E. Tierno Galván: «Hegel y la culminación de la cultura cualitativa», en *Urogallo*, Madrid, nº. 5-6, 1970.

38 Vid. E. Tierno Galván: «Diálogo con el profesor Tierno Galván», en *Ruedo Ibérico*, París, 1965, junio-julio, pp. 80-88.

39 Vid. E. Tierno Galván: *La rebelión estudiantil y el problema de la Universidad*, Editorial Seminarios y Ediciones, Madrid, 1973.

40 Vid. E. Tierno Galván: *España y el socialismo,* Tucar Ediciones, Madrid, 1976.

41 Vid. E. Tierno Galván: ¿Qué son las izquierdas?, Editorial La Gaya Ciencia, 1976.

42 Vid. E. Tierno Galván: *La huelga, cara y cruz* (con Adolfo Muñoz Alonso), Ediciones 99, Madrid, 1974, pp. 7-63.

43 Vid. E. Tierno Galván: *Democracia, Socialismo y Libertad*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1977.

44 Vid. E. Tierno Galván; OO.CC., Tomo III (1963-1968), y en los tomos III, IV y V, OO.CC.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pluralista y humanista. Dentro de este sincretismo ideológico, aparecerá siempre en Tierno, la utopía, el horizonte o motor utópico, que une a una ética social e individual secularizada: utopía y ética coinciden y, en el fondo, la utopía es la hacedera de la historia. De alguna manera, en Tierno, sin excluir contradicciones y evoluciones, hay un intento, una búsqueda, de armonizar dialécticamente este pluralismo ideológico. Esto implica la ausencia de dogmatismo, incluso en su personalidad bastante enigmática. Hay, pues, evolución permanente, con transiciones, pero, con todo, en cada etapa, con sus sueños dogmáticos/encantados, mantendrá posiciones absolutas, salvo en sus últimos años. Incluso en el último periodo, instalado en el marxismo, no descarta que pueda evolucionar y que su sueño encantado cambie: estará, así, en el fondo abierto. En sus Reflexiones biográfico-intelectuales se preguntará honestamente: «¿No estaré [con referencia a su posición marxista] manteniendo la hipótesis del elemento fijo, durmiendo un nuevo sueño dogmático?»[45].

La primera raíz ideológica a analizar es su anarquismo libertario subyacente. ¿Su anarquismo juvenil, como transfondo, tendrá vigencia en sus vivencias y proyecciones ulteriores?. Creo que sí. Mi opinión es que Tierno no fue un anarquista intelectual encubierto, sino un libertario teórico ponderado, con una pretensión fija: unificar o idealizar utópicamente igualdad y libertad, «Tierra y Libertad» en la consigna histórica del anarquismo occidental y oriental. Permitidme una breve digresión memorialista. La cualidad de «ponderado» surgió al conocer a un anarquista español, trasterrado en Nueva York, en la década de los sesenta, amigo también de Tierno (nos publicó dos números del *Boletín de Salamanca*). Este libertario, llamado, significativamente, Jesús y de apellido González Malo, editaba un periódico, España Libre, y debajo del título decía: «periódico mensual, anarquista y ponderado. Sale el primer viernes de cada mes». Por supuesto, nuestro amigo, muy anti-clerical, pero de gran bondad personal, desconocía el significado religioso del último párrafo. Así que no había ironía alguna. Y lo de ponderado tenía cierta lógica: vivía exiliado en Estado Unidos. Tierno, libertario ponderado, diría más tarde algo parecido, pero con ironía, respecto al marxismo: «Dios no olvida nunca a un buen marxista»[46]. Aquí los conceptos pueden ser intercambiables, decir marxista o decir anarquista.

Para Tierno, ante todo, anarquismo y utopía están fuertemente enlazados, así como una religiosidad o ética secularizadas: en cierta ocasión, señalará» «hay anarquistas que llaman a Cristo, Maestro». En todo caso, sea Tierno ponderadamente libertario (no empoderadamente), heterodoxamente marxista y socialista crítico, el subsuelo utópico permanecerá en cualquiera de estas posibles clasificaciones. En la guerra civil, hay constancia documental de haber pertenecido a una

45 Vid. E. Tierno Galván: *Reflexiones sobre el proceso de mi evolución intelectual*, recogidas en OO.CC., Tomo IV, pp. 537 y ss.

46 Vid. E. Tierno Galván: *Yo no soy ateo*, Ed. Alandar-Sepha, Madrid-Málaga, 2007, p. 45.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

efímera Federación de Estudiantes Anti-fascistas, de orientación anarquista[47]. En sus memorias políticas, *Cabos Sueltos*, habrá bastantes referencias al anarquismo, comulgando con ellos, en la utopía igualdad/libertad, «como vuelta a la inocencia política»[48]. Dirá, comentando el fondo utópico anarquista, que «aunque la vida ha ido limitando las posibilidades prácticas de la utopía, la utopía anidó en mí siendo muy pequeño y nunca me ha dejado.... siempre me he movido en la utopía y creo que me sigo moviendo»[49]. Este texto es de los años setenta avanzados. Y, anteriormente, en los sesenta, en unos encuentros con anarquistas exiliados en Toronto, charlando con ellos de la utopía como un «emprendimiento quijotesco» y de cómo de ahí le serviría más tarde, «para hablar del motor utópico como una de las formas primigenias del impulso político honrado»[50].

Desde muy joven, antes de entrar en la Universidad, escribe Tierno «que había leído con fruición libros anarquistas», aunque no cita cuales, pero sí que mucho más tarde comentará las obras de Stirner, Proudhon, Bakunin y Kropotkin y de Proudhon, la polémica que tuvo con Marx, a raíz de la I Internacional[51]. En 1976, en el discurso que pronunció cuando el III Congreso del PSP, donde se declara marxista, dirá recordando que su exposición «tenía fundamentos marxistas, de una parte, e ideas anarquistas de otra, buscando una posible síntesis»[52]. Y, con intención o no, el periódico *El País*, un día después de su fallecimiento, publicará un artículo de Tierno sobre Durruti, al que elogia como «tipo antropológicamente español» y hablando en general del anarquismo «como uno de los ideales que, en cierto modo, anidó siempre en la conciencia de los hombres desde que la conciencia occidental fraguó como tal»[53]. En fin, como ideólogo y con sentimiento vital, el anarquismo intelectual libertario/socialista está muy presente. Mi fraternal amigo y colega Elías Díaz, que discrepa de la sobredimensionalidad libertaria que doy de Tierno, aunque no la niega, creo que le podré, tal vez, convencer.

Hablemos ahora, también con brevedad, del marxismo tiernista. ¿Cómo nace, se desarrolla y se asienta? En Cabos Sueltos, al recordar Tierno sus años mozos, en tiempos republicanos, dirá que al mismo tiempo que leía clásicos anarquistas, leyó también el *Manifiesto Comunista* de Marx y Engels y escucharía a Flores de Lemus en la Universidad Central[54]. Y, en su etapa de colaborador extramuros de la *Revista*

47 Vid. Certificado de antecedentes de E. Tierno Galván de la Delegación Provincial de Información e Investigación de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, en donde se dice «.... [ETG] durante la guerra de Liberación y a mediados del año 1937 se afilió a la Federación de Estudiantes Antifascistas, siendo ésta disuelta en 1938»: vid. E. Tierno Galván, OO.CC. tomo Complementario, p. 739.

48 Por otra parte, Tierno, junto a sus manifestaciones que pertenecía al anarquismo, dirá también que era de la FUE, «casa común de los estudiantes liberales», vid. *Cabos Sueltos*, op. cit., p. 349.

49 Ibid. p. 64.

50 Ibid. p. 273.

51 Vid E. Tierno Galván *Izquierda y anarquismo* (sobre Marx, Bakunin y Kropotkin), en OO.CC., tomo V, p. 319; sobre Stirner, *Socialismo y revolución*, en OO.CC., tomo V, p. 897 y ss.

52 Vid. *III Congreso del PSP*, Ed. Tucar, Madrid, 1976.

53 Vid. E. Tierno Galván: *El anarquismo y Durruti*, en OO.CC., Tomo VII, p. 358.

54 Vid. E. Tierno Galván *Cabos Sueltos*, op. cit., p. 69 y pp. 77-78.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de Estudios Políticos, década de los cincuenta especialmente, son muy numerosas las recesiones y comentarios de libros extranjeros sobre Marx y el marxismo. Y ya, como catedrático, en las Universidades de Murcia y Salamanca, al ir despegando la Sociología en las Facultades de Derecho, Tierno dará un curso sobre el «Dr. Marx y la Sociología», poniéndole con cautela a Marx su título real académico. En esta última Universidad, asistí a este curso como asistente y ya ayudante suyo.

Con todo, aunque estudioso de Marx, Tierno era, en aquel periodo, más marxiano que marxista. *Sociología y situación* y las *XII tesis funcionalistas* caen de lleno dentro del neo-positivismo y estructuralismo: no hay ni marxismo, ni revisionismo marxista soterrado[55]. A mi juicio, su evolución hacia el marxismo hay que situarlo a partir de los comienzos de los sesenta. En 1963, dará un curso en la Universidad de Puerto Rico sobre Marx. En la Biblioteca, donde pasaba largas horas, mañana y tarde (vivía en una Residencia en el propio campus), yo le veía siempre con las obras de Marx y Engels, desde las juveniles hasta las de su madurez, incluyendo *El Capital*. Recuerdo que me recomendó leer de Marx *La ideología alemana*. Pero, al menos en Puerto Rico, no era todo marxismo: con un común y gran amigo, profesor exiliado, Jorge Enjuto, solía hablar todavía sobre Wittgenstein y de ahí saldrá, más tarde, su edición revisada de *La realidad como resultado*, edición puertorriqueña: las evoluciones intelectuales no suelen ser bruscas, sino pausadas[56]. En fin, también en esta Universidad publicará «El marxismo y el problema de la inducción»[57]. En cierta medida, y paradójicamente, en una semi-colonia norteamericana, en la amable tierra borincana, Tierno irá deslizándose y asentándose en el marxismo no-dogmático.

Tierno, verá en el marxismo, tanto mito y utopía, como liberación. Los mitos en cuanto son necesarios para la cultura y no deben destruirse sin alternativas y, así, dirá: «no será yo el que intente rebajar el valor mítico del marxismo, mientras no haya mitos sustituyentes, mitos nuevos que puedan conducirnos, estimularnos y orientarnos a perfeccionar el presente»[58]. Función iluminadora, añadirá, para el «encuentro del hombre consigo mismo, en cuanto que la visión del mundo está siempre en un proceso continuo» , «ser marxista es luchar por la igualdad y por la implantación de valores más humanos, luchas por la abolición de los privilegios.... en el marxismo se esconde una teoría humana que encauza los esfuerzos del hombre hacia un entendimiento transparente»[59] Tierno ve muy clara la huella

55 Desde luego, en las XII tesis funcionalistas hay pretexto político (defensa de las libertades), aunque Tierno insiste en un «marxismo soterrado», vid. E. Tierno Galván: *Cabos Sueltos*, op. cit., p. 205. Una de las mejores tesis doctorales que he leído, si no la mejor, no sólo desde la perspectiva sociológica, y con mayor amplitud, es la del profesor Héctor Romero: *E. Tierno Galván y la sociología*, Universidad Complutense, Facultad de CC.PP. y Sociología, Madrid, 2012.

56 Vid. E. Tierno Galván: *La realidad como resultado*, Ed. La Torre, Universidad de Puerto Rico, 1966.

57 Ensayo recogido en su libro citado sobre la novela picaresca, pp. 359 y ss.

58 Vid. E. Tierno Galván: *Marx y Engels*, en OO.CC., Tomo VI, p. 127.

59 Ibid. p. 131.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del gran Hegel en Marx, pero Hegel, por eliminar la praxis, es al mismo tiempo, dirá un «robador del hombre»[60].

Tres supuestos encarnan, para Tierno, la teoría marxista, vista desde la pluralidad legítima de interpretaciones: un método riguroso, una ética universalista y la utopía como horizonte. El método es el camino para alcanzar una sociedad y hombre nuevos, asentado en la praxis histórico-social y con finalidad de perfeccionamiento y felicidad. Las categorías que Tierno emplea serán las de razón mecánica e inteligencia dialéctica, cantidad y cualidad[61]. La dialéctica, el pensar dialogando hegeliano, estimula constantemente la razón mecánica: la inteligencia critica, la razón mecánica construye. Afirmando que «el marxismo, en cuanto filosofía del perfeccionamiento, es un método que permite interpretar las estructuras sociales, los comportamientos, conjugando la exposición dialéctica de la razón mecánica». Por otra parte, defenderá que la cultura de la calidad, refiriéndose al idealismo, debe ir siendo sustituida por la idea de cantidad: método es praxis. De ahí, su reiterada insistencia en la necesidad de desmitologizar la cultura, incluida la metafísica.

Por otra parte, para Tierno, en el marxismo hay una ética inmanente, ética, reiterará, «que está, en el fondo de todo problema político y moral»: «hay que rehacer, dirá, la célebre frase de Marx, diciendo que para el marxismo, detrás de cualquier problema social o político, hay un problema ético. Es cierto —añade— que las relaciones de producción condicionan la moral, pero es igualmente cierto que las aspiraciones morales informan a la ética como perfección de la convivencia»[62]. En este sentido, Tierno coincidirá con Julián Besteiro: «en el optimismo, de origen ácrata, en la perfectibilidad del hombre». Por último, la utopía: para Tierno contiene un motor, un horizonte o visión, que permite ir haciendo la utopía en la tierra. «Esta participación en la utopía, en el proceso de la utopía, da sentido práctico a la vida y contribuye a que salgamos de uno u otro sueño dogmático.... En ello, consiste la originalidad del marxismo: es una experiencia que se continúa y modifica en el orden intelectual de modo muy semejante al proceso de permanencia y cambio de las ciencias naturales»[63]: así, la evolución lleva a la revolución.

4. Asentamiento doctrinal y como hombre de partido en el socialismo democrático

Desde estos dos ejes, es decir, con el subyacente fondo libertario y un marxismo abierto y humanista *in fieri*, Tierno, buscando una «armonía» entrambas

60 Ibid. pp. 132-133.

61 Vid. E. Tierno Galván *Razón mecánica y razón dialéctica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 126 y p. 154.

62 Ibid. pp. 153 y ss.

63 Vid. E. Tierno Galván: *Reflexiones ...,* op. cit., p. 550.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

doctrinas, se asentará en el campo del socialismo democrático, fundiendo libertad e igualdad, acentuando esta última, con una exigencia clara de pluralismo y de libertades, que impida cualquier autoritarismo, y manteniendo su horizonte utópico. Esta opción, que será un continuum evolutivo, se perfilará, con las características tradicionales del socialismo reformista y, más tarde, con mayor radicalismo ideológico, con proyección política. En todo caso, a pesar de su radicalidad, su imagen pública, desde mediados de los años cincuenta, hasta su fallecimiento, estará enmarcado dentro del campo socialista democrático, no comunista, el que rechazará explícitamente. No aceptación intelectual y vital, pero políticamente no se considerará anti-comunista, al asumir el comunismo europeo la democracia pluralista y la vía electoral.

Hay un dato relevante y singular en este itinerario de convivencia teoría y práctica. A diferencia de los intelectuales-políticos más destacados del socialismo tradicional español (Vera, De los Ríos, Besteiro, Negrín, Araquistain), que representaban posiciones ideológicas diferenciadas, estarán dentro del PSOE. Tierno, en el nuevo contexto de la pos-guerra y décadas posteriores, no se inscribirá en esta tradición. Intentará un socialismo democrático con revisión. Y, no solo doctrinalmente, sino también con pretensión de institucionalizar algo distinto. En esta dirección, conformará, en función de las especiales circunstancias políticas y sociales, un grupo, un pre-partido y, más tarde, un partido socialista distinto: nunca clandestino, pero sí ilegal. Novedad, como la de otros grupos políticos emergentes, que implicará, obviamente, conflictos, por sus diferencias doctrinales, tácticas y estratégicas con el socialismo histórico. Así, después de la críptica *Asociación europeísta*, en los años cincuenta, fundará sucesivamente otras estructuras partidistas: FUSE (Frente Unido Socialista Español), el PSI (Partido Socialista en el Interior) y, por último, el PSP (Partido Socialista Popular). Tierno-intelectual y Tierno-hombre público con grupo o partido tendrán un enlace permanente. Fue, al mismo tiempo, un líder político, pero también su principal ideólogo. Su evolución intelectual condicionará la propia evolución de las formaciones que irán apareciendo: procesos que caminarán juntos. Ya comentados el grupo-Tierno en cuanto europeísta-funcionalista, FUSE, daré algunos apuntes sobre el PSI y el PSP.

El programa del PSI, de 1968, redactado por Tierno, y ayudado por una Comisión, respondía a una posición de reformismo genérico socialista y no exclusivamente marxista: expresaba, así, la imagen que se tenía de los grupos anteriores. Es decir, un pre-partido/movimiento, de cuadros profesionales y estudiantes, progresista e inter-clasista. El manifiesto fundacional va dirigido textualmente a «toda la clase trabajadora y a todos los sectores democráticos»[64]. Partido o pre-partido, entendidos como una plataforma, de pensamiento y acción (dentro de lo posible: con reuniones, conferencias, viajes de contacto), y también con un

64 Vid. *Un año de El Socialista en el Interior*, Órgano interno del PSI, México, 1970, p. 2.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

carácter instrumental que, estando en el interior, permitiese diálogo con el exilio, no siempre fácil. Así, en su punto primero del programa se afirmaba la necesidad de la unidad socialista global, pero diferenciándose «de los compañeros socialistas en el exilio que, por circunstancia de todos conocidas —se dirá— sostienen la lucha contra el sistema autoritario desde perspectivas y acciones que no coincidían plenamente con lo que aconsejaba para lucha de fronteras adentro»[65]. Los puntos siguientes respondían a los enunciados reformistas clásicos: integración en Europa, libertades públicas, separación Iglesia/Estado, democratización social y económica, crítica a las políticas económicas gubernamentales, entre otras.

En dos puntos, y por el momento, no parecía posible coincidir con el PSOE-histórico: las cuestiones de la forma de Gobierno y sobre el sindicalismo. De forma accidentalista, el PSI no se declaraba monárquico ni republicano, sólo democrático, pero de facto aceptaba la salida monárquica, condicionada al pleno reconocimiento y ejercicio de todas las libertades y con un referéndum. Tierno, a título personal, lo había expresado en varias ocasiones: «la Monarquía como salida», con las condiciones señaladas. Para el socialismo histórico, anclado en la legalidad republicana, participando activamente en el Gobierno de la República en el exilio, estaba muy atado por sus Congresos: la salida de la Dictadura exigía un gobierno «sin signo institucional». En uno de estos Congresos (el VII), sólo la voz de Luis Araquistain, en su polémica con Indalecio Prieto, defenderá, por los mismos años y en solitario, una posición abierta, que exponía ya el PSI[66].

Otra cuestión insalvable será el apoyo explícito del PSI al naciente sindicalismo de Comisiones Obreras. El PSI propugnaba una estructura sindical abierta, democrática y unitaria, tal como defendían CC.OO., e, igualmente la táctica del «entrismo», trabajando dentro de los Sindicatos Verticales del Régimen, es decir, participar en las elecciones sindicales. El PSOE-histórico, con su UGT, menos activa y sólo en determinadas regiones, y no aceptando el «entrismo», no le era posible asumir este esquema. Muy especialmente Tierno, desde su transfondo libertario, defenderá siempre un sindicalismo libre y espontáneo, no burocratizado, con pluralismo interno, no partidista y unitario. En principio, CC.OO. respondía bien a su planteamiento: estaban formadas por sindicalistas independientes, socialistas, cristianos de base, comunistas e incluso falangistas, aunque, por su propia dinámica, los cuadros dirigentes comunistas irán teniendo mayor protagonismo y, de hecho, la relación PC-CC.OO. será siempre muy acentuada.

En este periodo, de 1968 a 1974, del PSI, será cuando Tierno se instalará en su marxismo no-dogmático, un marxismo libertario, aunque la táctica del

65 Vid. *III Congreso del PSP*, Discurso del Secretario General, Raúl Morodo, Madrid, Ed. Tucar, Madrid, 1976, p. 46.

66 Vid. Carlos y José Martínez Cobos: *La travesía del desierto. La infrahistoria del PSOE (1954-1970),* Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1995, pp. 183 y también: Abdón Mateos: *El PSOE contra Franco*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1993, pp. 329 y ss.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

PSI siga siendo reformista. Dos libros, que recogen ensayos, conferencias y declaraciones, que ya he citado, *España y el socialismo* y *Democracia, socialismo y libertad*, desde 1965, expresan bien esta evolución ideológica. Evolución que se corresponde a unos años en donde la comunidad intelectual crítica, y los estudiantes,, se impregnan de radicalización y rebeldía y el marxismo y su revisión alcanza cotas muy altas: así, el mayo francés del 68, la primavera de Praga, el experimento frustrado chileno, de Salvador Allende, tendrán gran impacto en él (sobre todo el caso chileno). Años, al mismo tiempo, en el plano político en que Tierno, como líder socialista en el interior, viaje por Europa y América, reuniéndose con dirigentes, entre ellos, Mario Soares, De Martino, Nenni, Mitterrand, Mèndes-France, Willy Brandt, Callaghan, Carlos Andrés Pérez, Carlos Altamirano, Salvador Allende, y dando conferencias, entrevistas y declaraciones. Las relaciones más estrechas será, con Mario Soares y la Fundación alemana Ebert. A nivel interno, Tierno es un referente socialista, junto a otros líderes liberales o demo-cristianos: Dionisio Ridruejo, Gil-Robles, Areilza, Ruiz-Giménez, Giménez Fernández (este último fallecerá por estos años). El PSI, en relación con la «Internacional Socialista», solicitará su ingreso en ella como observador, pero en el litigio entre el PSOE-histórico y el PSOE-renovado, que durará tiempo, la Internacional, por mayoría, decidirá a favor del PSOE-renovado, en 1974.

Estos años, del 68 al 74, son, por tanto, años eclécticos: reformismo y pragmatismo de partido y consolidación de Tierno en el marxismo no-dogmático. Radicalización teórica, pero que se irá gradualmente proyectando en el partido: Tierno comenzará ya a hablar de «socialismo de izquierda» y de «socialismo autogestionario», incluso de revolución, en su sentido genérico, o también de «revolución cultural». Defenderá un marxismo abierto, «hay muchas clases de marxismo» y que como método, «contribuye al progreso, con pluralidad de opiniones». Los clásicos marxistas los considerará sólo «antecedentes», no un catecismo: recordará al propio Marx, que decía que no era marxista, rechazando convertir al marxismo en una religión[67]. Al mismo tiempo, apuntará a la eficacia y responsabilidad de las clases medias, a través de su movilización ideológica, posición poco ortodoxa, que será cuestionada en la citada revista crítica *Ruedo Ibérico*[68]. Y, por supuesto, defendiendo siempre la no-violencia, el pluralismo y el gradualismo táctico. La utopía, sin embargo, no deberá olvidarse nunca, en cuanto horizonte y motor histórico: «el izquierdismo auténtico —dirá— es un pragmatismo alimentado por la utopía». Afirmará también que «si el socialismo de izquierdas quiere realmente cultivarse como tal, tiene que partir del mayor respeto a los derechos y libertades individuales..... no somos comunistas: yo no he

67 Vid. E. Tierno Galván: *España y el socialismo*, op. cit., p. 289.

68 Vid. E. Tierno Galván: «Conversación con Ruedo Ibérico», en *España y el socialismo*, op. cit., p. 87; y su artículo «Socialismo y clases medias», en OO.CC. Tomo III, p. 1168.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sido ni soy comunista,, mi mentalidad no marcha por ese camino»[69]. Pero, al mismo tiempo, comenzará a criticar las social-democracias nórdicas europeas: su aspiración se centrará en la búsqueda de un socialismo del sur, mediterráneo. Por otra parte, será crítico con lo que llama «radicalismos estéticos» o «falsos radicalismos», con referencia al movimiento cristiano-marxista del FLP («Felipe», Frente de Liberación Popular). Reiterará con frecuencia que es necesario «aceptar la guerra civil como un «hecho histórico», con el fin de lograr una real reconciliación nacional. Y, en fin, insistirá en la obligación, política y ética, de unificar toda la oposición democrática, sin exclusiones, y de todos los grupos y partidos socialistas que iban apareciendo en diversas regiones y nacionalidades[70].

En el dinámico sub-periodo de estos años, 1974-78, que cubre ya propiamente la transición, la aparición de la Junta Democrática, las elecciones generales y el proceso constituyente, aprobándose la Constitución de 1978, el PSI cambia de nombre y se llamará Partido Socialista Popular[71]. La constitución de la Junta Democrática, primer organismo con vocación unitaria de toda la oposición democrática (sucesivamente, aparecerá Convergencia Democrática y, por último, uniéndose estas dos estructuras, la Coordinación Democrática, llamada Platajunta, reuniéndose, de facto, los principales grupos y partidos de la Oposición). La Junta Democrática, o más exactamente Juntas Democráticas, que aparecerán por toda Europa, significará para el PSP un factor de expansión grande, aumentando considerablemente militantes y simpatizantes.

El PSP se instala ya, ideológica y políticamente, en un socialismo de izquierda. Tierno, con todo, sigue manteniendo siempre una imagen pública moderada y reformista, por su talante apacible de viejo-profesor, pero el partido se va deslizando mayoritariamente hacia un radicalismo doctrinal, al que Tierno animaba, y con una veta ácrata, sobre todo en los sectores jóvenes y estudiantiles. En el III Congreso del PSP, en 1976, próximas las elecciones generales, quedará fijada su renovada ideología y táctica[72]. En el discurso de Tierno (leído por Francisco Bobillo, ya que Tierno había sufrido un desprendimiento de retina), se definirá ya al PSP como un partido socialista de izquierdas y autogestionario (ya comenté anteriormente que Tierno pretendía unir marxismo y anarquismo). Asistieron 600 delegados de toda España, decenas de representantes de partidos políticos de Europa, occidentales y comunistas, árabes, junto a otros 20 delegados de organizaciones políticas y sindicales españolas. Fue el primer partido de izquierda que aparecía públicamente desde la guerra civil y con autorización, sólo unos meses antes que el PSOE-renovado.

69 Vid. E. Tierno Galván: *Democracia, Socialismo y Libertad*, op. cit., pp. 191-192.

70 Vid. E. Tierno Galván: *España y el Socialismo*, op. cit., pp. 318 y ss.

71 Vid. Francisco Bobillo: *PSP*, Ed. Avance, Barcelona, 1976 y María Amalia Rubio: *Un partido en la Oposición (el PSP),* Ed. Comares, Granada, 1996.

72 Vid. Documento de la Comisión Permanente del Congreso del PSP (Programa ideológico-político), en *III Congreso del PSP*, junio de 1976, op. cit., pp. 71-80.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La tónica general del Congreso, y sus conclusiones programáticas, incidirán en la concepción de un socialismo autogestionario y europeísta[73]. Sin embargo, en dos cuestiones, habrá una cierta ambigüedad calculada que, en el fondo, escondía un pragmatismo, y con convicción real, que había sido siempre una constante del grupo/partido tiernista: lo referente a la forma de Gobierno y la estructura del Estado. Por primera vez, el PSP se declarará republicano, así, como el propio Tierno, —como defendía toda la izquierda—, pero se dirá incluirá una matización relevante: «aunque admitirá cualquier forma de Gobierno aceptada democráticamente por el pueblo»[74]. La vieja idea de Tierno de la «monarquía como salida» quedaba, pues, intacta. De igual modo, por lo que se refiere a la forma territorial del Estado. Era, también, común en la izquierda, citar el «principio de autodeterminación de los pueblos», tanto en el plano internacional (colonias), como internamente. Autonomía y autodeterminación eran conceptos que se utilizaban indistintamente, creando confusión, a veces calculada. El PSP, en este tema, no estará exento de ambigüedad, porque en principio aceptará «el principio de las nacionalidades y regiones españolas que por razones históricas, culturales, sociales o económicas, lo deseen», pero añadiendo un segundo párrafo que desnaturaliza lo anterior: así, se decía: «manteniendo también la necesaria solidaridad articulada a través de los órganos comunitarios del Estado español»[75]. En otras palabras, la autodeterminación tenía límites: la permanencia de la unidad estatal, transformándose, de hecho, la autodeterminación en autonomía. En las intervenciones suyas, más tarde, en el Congreso de los Diputados defenderá siempre con radicalidad la unidad estatal.

Con este programa, el PSP acudirá a las elecciones de 1977: en el fondo, la visión de Tierno y de gran parte del partido entendía que el PSP debería situarse en el espacio político comprendido entre el PSOE-renovado, de Felipe González, y el PC, de Santiago Carrillo, mientras que el sector minoritario que yo, como Secretario General, representaba, pensábamos que el espacio real debería ser entre la UCD y el PSOE-renovado, que se correspondía con nuestro campo profesional y social mayoritario y que no excluía que el marxismo fuese asumido como método de interpretación histórica. Ganará el primer sector, y se perderán las elecciones. Meses más tarde, como señalé, en el último Congreso del PSP, se aprobará, aunque no por unanimidad, la integración con el socialismo renovado, realizándose así la unidad global del socialismo hispano, con alguna excepción (Andalucía) con el PSA de Alejandro Rojas-Marcos[76].

73 Ibid. pp. 74-75.

74 Ibid. p. 75.

75 Ibid. puntos 6 y 17, pp. 73 y 76.

76 El IV y último Congreso del PSP, muy polémico, celebrado en Torremolinos, Málaga, los días 8 y 9 de abril de 1978, se acordó la disolución del PSP y la integración en el PSOE-renovado. Hubo 202 votos a favor, 44 en contra y 3 abstenciones. Vid. María Amalia Rubio: *Un partido en la oposición*, ob. cit., pp. 130-131.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. CUARTA Y ÚLTIMA NAVEGACIÓN: FIN DE AVENTURA UTÓPICA, NUEVAS ACTIVIDADES PÚBLICAS E INTELECTUALES, MEMORIALISMO AMABLE, AGNOSTICISMO HUMANISTA, SOSIEGO PACIFISTA Y DESPEDIDA CON CONFESIÓN

En su última etapa, desde 1978 a 1986, Tierno se instalará en otro escenario vital. La desaparición de su instrumentum partidista, el PSP, le producirá, en un principio, confusión y frustración: fue un golpe duro el fracaso en las elecciones con el correlato de la inviabilidad de su proyecto político. Muy consciente de que su sueño encantado/dogmático se había desvanecido, pero, igual que Tocqueville, se considerará un vencido que asume su derrota y sabe reaccionar. Responderá, en los primeros momentos, con un comentario espontáneo, «tuvimos el voto de cualidad». No afortunada expresión, no sólo por su contenido poco democrático, sino también porque contradecía su esquema dialéctico de cantidad/cualidad, pueblo/élite. Superada esta frustración, encontrará enseguida nuevos sustitutivos y estímulos. Así, políticamente, se incorporará o reincorporará al socialismo democrático vencedor, sin entusiasmo, pero, a su manera, disciplinado; como diputado, abogará por la concordia y el entendimiento, difuminado su papel de líder socialista radical en el Grupo Mixto; y, sobre todo, como Alcalde de Madrid, será un regidor-abad paternal, ilustrado y tolerante, conformando una personalidad pública inédita y carismática. Intelectualmente, publicará unas Memorias, *Cabos Sueltos*, con ironía e imaginación literaria; se replanteará el problema religioso, con su agnosticismo humanista; escribirá muchos ensayos, prólogos e introducciones sobre Galdós, Pablo Iglesias, Apollinaire, Sartre, Flaubert, Krause, Ortega, Durruti, Balmes, Azaña, Miguel Hernández, Voltaire[77]; hará una breve autobiografía intelectual; y se despedirá con una oratoria y un ensayo-carta, que, en gran medida, pueda interpretarse como confesión y auto-retrato.

Brevemente, haré unos comentarios sobre esta doble actividad, política e intelectual. Ante todo, el por qué la desaparición del PSP y su integración en el PSOE. La integración del PSP en el PSOE y, concretamente Tierno, no fue la única opción que se planteó. Hubo, en efecto, dos posibilidades más discutidas: la autodisolución o continuar, aunque fuese testimonialmente, como PSP. Tierno,

77 Así, vid. E. TIERNO GALVÁN: *Galdós y el episodio nacional Montes de Oca* (Ed. Tecnos, 1979); OO.CC., Tomo VI, pp. 25-113; «Pablo Iglesias, un legado de estilo», OO.CC., Tomo V, pp. 143-153; «Apollinaire y el fascismo», OO.CC., Tomo VI, pp. 171-179; «Sartre y el desengaño», OO.CC., Tomo VI, pp. 179-187; «Flaubert: Madame Bovary», OO.CC., Tomo VI, pp. 872-887; «Reivindicación de Krause», OO.CC., Tomo VII, pp. 31-35; «Ortega y la Metafísica. La influencia alemana a través de la Universidad de Maguncia», OO.CC., Tomo VII, pp. 87-100; «Azaña, traductor», en OO.CC., Tomo VII, pp. 607-631; «Voltaire: Sobre Micromegas», OO.CC., Tomo VII, pp. 531-539; «El fenómeno político de Miguel Hernández», en OO.CC., Tomo VII, pp. 813-822. Póstumamente, en 1986, saldrá un pequeño libro que amplía sus Acotaciones, comentando a Heidegger, Picasso, Galileo, Goethe, Huss, titulado *El miedo a la razón,* con prólogo de Vicente Cervera, Madrid, Tecnos, 1986.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en su primera reacción, y gran parte del partido, defendía la continuidad y no integrarse en el PSOE, alejado éste de un «socialismo de izquierda». A esta actitud Tierno llamaba la necesaria «travesía del desierto». Pocos meses después, cambiará de opinión. ¿Contradicción o realismo? Creo que lo segundo, es decir, tuvo clara conciencia de la inviabilidad de su viejo sueño encantado. Dos causas, alterarán su opinión: una crisis interna ideológica y las dudas contraídas en la campaña electoral. Como solía suceder en todos los partidos socialistas, tarde o temprano, la cuestión del marxismo constituía un punto clave. En el PSP, durante años, entendido el partido como movimiento inter-clasista, no hubo problemas: fácil fue la convivencia. Sin embargo, un partido muy ideologizado, con acentuación ácrata y con fracaso electoral llevará a una huída izquierdista hacia delante. En fin, las deudas complementarán este cuadro.

Aunque, fugazmente, Tierno fue designado Presidente honorario del PSOE, será en el fondo, un cabo suelto en el nuevo partido. Mantendrá, desde luego, la disciplina, con cierta autonomía, amablemente tolerada, pero no hará política fraccionalista: el PSOE era ya su partido, pero más dudosamente su proyecto. Por otra parte, la rápida oportunidad de la Alcaldía resolverá bien su ambiguo status. Cuando surge una crisis en el PSOE, sobre la eliminación o no del marxismo, a Tierno le disgustará que se suprima, pero decidirá inhibirse: conoce bien su situación tocquevillana, de vencido coherente, y rechazará las invitaciones a una batalla partidista, aunque seguirá ayudando con su imagen pública de viejo socialista y demócrata: sus viejos sueños dogmáticos/encantados quedarán así reducidos.

Su actividad parlamentaria en el Congreso de los Diputados tuvo un asentamiento doble: como diputado del PSP, y después de la unión, como diputado en el PSOE. En las primeras Cortes Democráticas, constituyentes *sui generis* y, en todo caso como resultado[78], Tierno y Carrillo serán los únicos líderes de la izquierda y de la vieja oposición, que alcanzarán escaño: Llopis no lo obtuvo. En otros campos ideológicos, tampoco se sentarán en el Congreso Ruiz-Giménez, Areilza o Gil-Robles (Satrústegui sí, pero en el Senado). ¿Qué participación tendrá Tierno en la elaboración de la Constitución? Con sólo cinco diputados (en el Senado se obtendrá uno), el PSP, en el Congreso, no pudo formar grupo parlamentario propio, así que tendrá que integrarse en el variopinto Grupo Mixto. Por otra parte, al establecerse la restringida Ponencia Constitucional, se decidió excluir al Grupo Mixto de la misma, lo que implicaba que Tierno no sería ponente, ya que los diputados del PSP, en el Grupo, éramos mayoría. Decisión que, en un proceso constituyente, no era usual dentro de los parámetros del constitucionalismo europeo, ni fue decisión democrática. Tierno, así, no entrará en la

78 Vid. *E. Tierno Galván*: Intervenciones de E. Tierno Galván como diputado al Congreso: legislatura constituyente (1977-1979) y Primera Legislatura (1979-1982), en OO.CC., Tomo Complementario, pp. 25-246.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ponencia y sólo en la amplia Comisión de Asuntos Constitucionales y de Libertades Públicas: su influencia, por tanto, no será de protagonista.

En las veinte intervenciones significativas de Tierno, en Pleno y Comisión, la actitud que adoptará fue de concordia constructiva y apenas beligerante. Actitud que se corresponderá a la que, también, hizo en las elecciones: pedir el voto genéricamente para la izquierda y, a veces, para la «democracia». Su idea general sobre la Constitución estaba en que fuese un texto de transacción inter-ideológica y que resultase un instrumento o herramienta con mayor participación posible: la Constitución como reconciliación y nuevo punto de partida para construir una sociedad democrática avanzada. Más que hablar como líder socialista eligió el papel de un viejo demócrata conciliador y consciente del deber de dar paso a las nuevas generaciones. En esta dirección, las intervenciones que creo más destacadas, serán sobre la reforma constitucional, sobre las regiones y nacionalidades y la defensa de un preámbulo constitucional.

La reforma y el procedimiento de reforma constituirán un tema al que prestará Tierno gran atención[79]. Pedirá que sea flexible y que tuviesen cuenta la dinámica social y los cambios que normalmente se producen, flexibilidad que, ya en años anteriores, había reiterado. El gran jurista y político inglés, James Bryce, con su clásica obra, le era muy próximo. Entendía que no debía establecerse una Constitución que pretendiese la perfección: esta idea llevaría, de hecho, a su inalterabilidad. La Constitución debería ser muy abierta, acogedora de los cambios sociales: la Constitución, dirá, debe ser «canal y no muro». «Aparecen, así —dirá—, dos tipos muy claros de Constituciones en cuanto se atienda a sus relaciones con el proceso social, a lo que llamamos las relaciones del significativo con los significantes: hay Constituciones muro y Constituciones canal». Cuando se estructura una Constitución muro, que detiene, que no deja camino para resolver las contradicciones —defenderá—, está yendo en contra de lo que pide la propia voluntad popular, que exige que se resuelvan los problemas actuales y se dejen puestas las condiciones convenientes para que se resuelvan en el futuro..... Es pues menester que esta Constitución canalice los grandes problemas y los plantee de tal manera que, en su día, puedan encontrar solución, porque si no ¿cómo va a hallarse esa solución?»[80]. El pragmatismo coyuntural, sin embargo, predominará y el resultado es conocido: se establecerá un procedimiento muy rígido para la reforma constitucional. Un cualificado diputado reconocerá, pero ya en nuestros tiempos actuales, lo siguiente: «que la rigidez constitucional fue una decisión muy consciente. Hay que decirlo claro. Nosotros no queríamos que la Constitución se reformase, por eso acordamos un procedimiento muy reforzado

79 Vid. *E. Tierno Galván*: «Especificación de un derecho constitucional para una fase de transición», en el libro colectivo *Liberalismo y socialismo: problemas de la transición, el caso chileno*, Tucar Ediciones, Madrid, 1975, pp. 109-122.

80 Vid. *E. Tierno Galván*: Intervención de E. Tierno Galván en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 5 de mayo de 1978, en OO.CC., Tomo Complementario (VIII), p. 89.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para hacerla imposible. Aunque sí existen aspectos del diseño constitucional que se pueden mejorar»[81]. Con esta intencionalidad y el emergente bipartidismo hegemónico se explica que no se planteasen iniciativas (apenas dos) de reforma constitucional, en las cuatro décadas de vigencia de la Constitución.

Entre otras intervenciones de Tierno como diputado-PSP (como PSOE se reducirán a temas concretos municipales), destacaría dos: una, muy personal, sobre los polémicos conceptos, en diferentes sesiones, de regiones y nacionalidades[82] y, otra, defendida por Tierno, y preparada por una pequeña Comisión del PSP, referida al Preámbulo Constitucional[83].

Sobre el primer asunto, Tierno tendrá una evolución notable, es decir, desde hablar simplemente de «comunidades diferenciadas», en el marco de su etapa funcionalista-tecnocrático, a una posición de más contenido, que incluirá ya la idea de nacionalismos y regiones, pero con una constante invariable: dentro de la unidad estatal. España, para Tierno, en todas sus intervenciones, será siempre concebida como «la unidad sustancial de la nación o patria común». Añadiendo que «hay que cambiar la estructura territorial del Estado por anacrónica y disfuncional, pero que no significa destruir la unidad y buena convivencia entre todos los españoles»[84].En su polémica con Manuel Fraga, defendiendo la inclusión del concepto de nacionalidades en el texto constitucional y el régimen de las proyectadas autonomías, así como el establecer una Cámara de las regiones y nacionalidades, confesará una rectificación: «yo carecía —afirmará— de sensibilidad para el problema y tuve que hacer un gran esfuerzo porque estaba embriagado por la identificación de la historia de España con la historia de Castilla y he tenido que pasar años leyendo la historia en las distintas regiones y nacionalidades para entender mejor el problema.....En España caben todos los pueblos..... hay un problema vasco, otro catalán y otros muchos que requieren y exigen una estructuración del Estado.... de tal manera que no atente a la soberanía esencial de la nación española»[85].

La otra enmienda, firmada por Tierno y por mí, como Portavoz del Grupo Mixto, fue la de introducir en el ante-proyecto constitucional, un Preámbulo que la Ponencia había olvidado o, más bien, eludido. El proyecto que presentamos,

81 Vid. Rafael Arias-Salgado: Declaraciones a la periodista Lucía Méndez, en «El Mundo», Madrid, 7 agosto de 2017.

82 E. Tierno Galván: Intervención en el Pleno del Congreso de Diputados, en OO.CC., tomo Complementario (VIII), pp. 33 y ss; intervención en el Pleno del Congreso de 4 de julio de 1978, OO.CC., tomo Complementario (VIII), pp. 141 y ss.; intervención en el Pleno del Congreso, 18 de julio de 1978, en OO.CC., tomo Complementario (VIII), pp. 163 y ss.

83 Vid. E. Tierno Galván: Intervención de E. Tierno Galván en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 20 junio de 1978, en OO.CC., tomo Complementario (VIII), pp. 123 y ss. La Comisión del PSP que redactó el proyecto de Preámbulo Constitucional estaba formada por Pablo Lucas Verdú, E. Linde, Donato Fuejo y Raúl Morodo.

84 Vid. E. Tierno Galván: intervención citada, p. 33.

85 Ibid. p. 166.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

decía: «El pueblo español, después de un largo periodo sin régimen constitucional, de negación de las libertades públicas y de desconocimiento de los derechos de las nacionalidades y regiones que configuran la unidad de España, proclama en uso de su soberanía, la voluntad de

— garantizar la convivencia democrática,, dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico justo,
— consolidar un Estado de Derecho que asegure la independencia y relaciones entre los poderes del Estado,
— proteger a todos los ciudadanos y pueblos de España en el ejercicio normal de los derechos humanos, de sus culturas, lenguas e instituciones,
— establecer una sociedad democrática avanzada,
— colaborar en el establecimiento de unas relaciones pacíficas con todos los pueblos de la Tierra.

Por consiguiente, los representantes del pueblo español, ateniéndose al principio de reconciliación nacional, reunidos en Cortes, aprueba la siguiente Constitución»[86].

El texto central de la enmienda, con leves modificaciones, será aceptado, incluyendo la expresión «sociedad democrática avanzada», pero no así los párrafos introductorio y finales: concretamente referidos a un punto de ruptura con el antiguo régimen y el introducir la «reconciliación nacional». Tierno, entre otras cosas, en la defensa de la enmienda dirá: «Se puede olvidar todo, pero no de modo absoluto. Olvidarlo todo es la amnesia total. Olvidar todo el pasado es imposible»[87]. Se puede entender, en base a la política del consenso, eliminar lo referente a una modesta referencia a la ruptura, pero poco suprimir la idea de la reconciliación.

En la Alcaldía, Tierno tuvo un sosiego activo o trasiego gratificante. Sobre todo, acudirá más a la *auctoritas* que a la *potestas*: con su transfondo libertario, seguía pensando que el poder corrompe. Su praxis se encaminaba por incitar, proyectar e, incluso, provocar: plan que encajaba bien en su personalidad. De esta manera, se convertirá en un regidor popular, muy próximo al pueblo. Al margen de su actividad administrativa, que procurará orientar y delegar en buenos gestores, dedicará tiempo a escribir pequeños artículos didácticos sobre temas municipales, en una revista que publicaba el Ayuntamiento. Y, sobre todo, se divertirá —y divertirá— escribiendo unos Bandos que tendrán gran difusión. El barroco y la Ilustración se conjugan con una prosa culterana y popular, llenos de ingenio y humor. Civismo y paternalismo, didactismo con críticas amables, conforman un cuadro que invita a los madrileños a «ser buenos y benéficos», en la tradición

86 Intervención citada p. 124. Vid. también Raúl Morodo: «El Preámbulo constitucional», en la *Constitución Española de 1978*, dirigida por Oscar Alzaga, Madrid, Ed. de Derecho Privado, pp. 3-18.

87 Vid. E. Tierno Galván: intervención citada, p. 137.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

liberal doceañista gaditana. Fernando Lázaro Carreter, viejo amigo de Tierno, y que formó en su día parte de la Asociación críptica funcionalista, los prologará y comentará. Y dirá de él: «No sé de nadie que le exceda en buena crianza y educación. Tan firme es en ellas como en sus ideas (aunque obviamente no susciten idéntico entusiasmo en todos). De cómo consigue ser, a la vez, gentil y radical, ceremonioso e inquebrantable, sólo él tiene el secreto. Aunque en parte lo muestra; consiste en una renuncia a la acritud, en una apelación al humor, en un respeto formal de incalculable cortesía. Y, claro, en un elegante escepticismo como fondo del cuadro»[88]. Sin duda, la Alcaldía fue para Tierno un sucedáneo apacible de sus viejos sueños dogmáticos y encantados. En su cargo fue reelegido por el pueblo madrileño y despedido con multitud nunca vista.

Sus *Cabos Sueltos* no son propiamente unas memorias políticas al uso, es decir, ordenadas o sistemáticas: Tierno no guardaba apenas cartas o documentos. Fueron dictadas, con unos breves esquemas que hacía en cada momento, entre reuniones y viajes (sedentario, en principio, al final será un viajero curioso y animoso). De ahí su título: cabos o piezas sueltas, que va hilvanando a su gusto. Un memorialismo que contextualiza guerra y posguerra, años de aislamiento, estrategia de emboscadura, lides y aventuras políticas, semblanzas de amigos y adversarios sin rencores: no hay ajustes de cuentas, pocas autojustificaciones y las críticas siempre veladas por el humor, y se inventa algunas cosas. Son, como dice, «recuerdos matizados por la imaginación»[89]. Los aciertos los asume sin vanidad y los errores políticos, que algunos fueron importantes los describe con benevolencia o los acepta a medias, y la nostalgia por los sueños encantados/dogmáticos del pasado, se perciben, incluso, con una distancia liberadora.

En sus últimos años, el tema religioso, Tierno volverá a plantearlo. Aunque su obra «¿Qué es ser agnóstico? se publica en 1975, se irá reeditando, con capítulos nuevos, hasta 1986: significativamente, con cinco ediciones en vida, será el libro más vendido de Tierno y, en especial, muy leído en los Seminarios eclesiásticos[90]. Tierno se consideraba un agnóstico, no un ateo, algo así como un hombre con religiosidad y ética inmanentes. Racionalismo y neo-positivismo, sin duda, constituyen pilares bien firmes en su cosmovisión, así con la metodología marxista, para entender la religión como fenómeno social e histórico. Con todo, pienso que esta distinción ateo/agnóstico, es decir, el que niega y el que no comprende, éste último, en base al principio de verificación, fue una elaboración tardía. En la década neo-positivista se encuentra una mayor radicalidad y esta distinción no aparece tanto en esta última etapa, o al menos, más ambiguamente. A diferencia de la política, que pasa de la moderación a la

88 Vid. Fernando Lázaro Carreter, prólogo a los Bandos de E. Tierno Galván, en OO.CC., Tomo Complementario, p. 510. Los Bandos se recogen en el Tomo VII, pp. 295-346.

89 Vid. E. Tierno Galván: *Cabos Sueltos*, OO.CC., Tomo VI, pp. 229-872, p. 231.

90 Vid. E. Tierno Galván: «¿Qué es ser agnóstico?», en OO.CC., Tomo VII, [recogida en la 4ª edición, Ed. Tecnos, 1985]. También, «Yo no soy ateo», op. cit., nota 45.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

radicalidad, la religión procede a la inversa: hay un deslizamiento flexible ante la religión. Desde luego, en ningún caso, asumirá la transcendencia, desde la razón, y el concepto de «finitud», en cuanto, mundanalidad, será uno de sus ejes centrales. Pero, también, en la última etapa, hay alguna ventana abierta: «la razón, afirmará, crea vacilaciones» y el respeto a la religión se reiterará: «Es perfectamente compatible —dirá— la relación del agnosticismo con las instituciones religiosas: las respeta. En muchos casos, las admira y, desde luego, tiene incluso una actitud reverencial frente al hombre de fe, el que ha resuelto los problemas, porque se ha vinculado al misterio y porque acepta el misterio como una solución. La fe, profunda y auténtica, es uno de los fenómenos más interesantes que se producen en la mundanalidad, en donde estamos, en el mundo de lo que hay»[91].

Dentro de esta complejidad y ambivalencia (fe/razón), posiblemente no ande descaminado un profesor y colega de Tierno, en Salamanca, y clérigo católico, Lamberto de Echevarría, cuando afirma que, como Unamuno, Tierno racionaliza o intenta racionalizar la fe. En todo caso, existirá un alto respeto, siempre explícito, por las vivencias religiosas. En sus *XII tesis sobre el funcionalismo europeo*, reconocerá que la «espiritualidad occidental está cimentada en la herencia cristiana»[92]. Como Alcalde dirá que se coloque en la mesa oficial el Crucifijo y la Constitución, comentando: «que uno de los símbolos significa amor y paz y el otro, la ley justa, votada y aceptada por todos». El cardenal Suquía, entonces arzobispo de Madrid, cuando falleció Tierno, dirá que «Tierno fue una imagen de los buenos mortales.... supo hacer contraste de ideas, no de personas.... y escuchó, aceptó y buscó una sana colaboración con la Iglesia. Suquía dará su aprobación y presidirá los solemnes funerales en San Francisco el Grande[93]. No es mi intención sacar conclusiones sobre el sentido que Tierno le da o pudiera dar a su religiosidad inmanente, salvo una cosa, a mi juicio, clara: su respeto institucional a la religión. Más allá, entramos en el mundo de las conjeturas, todas o casi todas legítimas.

Para terminar esta extensa semblanza me permito citar dos textos suyos, de sus últimos meses, que, condensan su claroscuro religioso y su firmeza doctrinal política, así como su auto-retrato y confesión. El primero, fue tres meses antes de fallecer, ya muy enfermo, que hará una intervención pública junto con

91 Vid. E. Tierno Galván: *Yo no soy ateo,* ibid., p. 44. Véase, también, su ensayo *El miedo a la razón*, escrito probablemente en los setenta, pero publicado póstumamente, en la editorial Tecnos, 1985, pp. 105-110.

92 Vid. E. Tierno Galván: *XII tesis sobre el funcionalismo europeo*, Tomo I, op. cit., p. 433.

93 Vid.: Angel Suquía, en el periódico ABC, Madrid, 21 de enero de 1986. Días más tarde, Suquía en un breve artículo en el periódico YA, escribirá que, al plantearse la actitud de la Iglesia Católica respecto a las exequias de Tierno, dirá que consultó a los obispos auxiliares y al Colegio de Consultores y, teniendo en cuenta el Concilio Vaticano II (LG, II, 16), autorizará y presidirá los solemnes funerales en San Francisco el Grande. Vid. Angel Suquía: En la muerte del profesor Tierno Galván, YA, Madrid, 26 de enero de 1986.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ruiz-Giménez en el Hospital Clínico de Madrid[94]. Se les «nombrará» simbólicamente a ambos, «senadores romanos» para que invoquen a una supuesta diosa pagana, sin nombre, pidiendo salud. En su oratorio, Tierno eludirá la salud y hablará de paz. Y, así, dirá: «Yo te invoco, diosa, en nombre de la paz, en nombre de lo que el espíritu tiene de superior, en nombre de esa nueva *superstitio*, que llaman exageración, que dicen que es cristianismo... superstitio que señala que todos somos hijos de Dios, esa *superstitio nova* y no digamos maléfica, porque no lo es, nos está invitando a entender que todos nos debemos a todos y que el saber, a la luz de la razón, liberará a los esclavos.... Yo te invoco, diosa, si existes, y si no al dios de los cristianos, para que nos des, en lugar de ignorancia, saber; en lugar de hambre, lo necesario y suficiente y que la guerra se borre de nuestras mentes; que no hablemos de guerras, que la palabra enemigo no exista, que exista sólo la concordia. Yo te invoco, diosa, en nombre del pueblo»[95].

En el otro texto, también de su etapa final, vuelve a sus viejos temas renacentistas y barrocos, de su primer sueño encantado o de evasión, pero ahora la evasión le llevará a un autorretrato y, en cierto modo, confesión. Se titula; «Carta a una profesora italiana sobre Don Diego Hurtado de Mendoza que, para colmar su curiosidad y aclarar algunas de sus dudas, la escribió el licenciado don E. Tierno Galván»[96]. La profesora italiana remite a la utopía y Tierno, se autotransforma en un ilustre renacentista. Y, así, se despedirá, al final del texto, con simulación barroca y con algunos mensajes crípticos, políticos (igualdad) y religiosos (averroísmo, enlace filosofía y religión): «Este hombre absoluto en todo, pero absoluto en cada circunstancia, sólo unía los momentos de condición absoluta por el hondísimo respeto que así mismo se tenía. No hubo en el postrer Renasimiento español persona más independiente que Don Diego. Nunca se concedió a sí mismo mucho, pero nunca regateó nada de que lo suyo pudiera dar. Distante en lo esencial, próximo a lo accesorio, estuvo tan cerca de Dios como un filósofo, muy cercano a la escuela averroísta, puede estarlo... Si hubiera vivido Don Diego en nuestros días se habría prendado de la belleza, gracias y sabiduría de usted, para consuelo de quienes, sin mérito, la admiramos. La fortuna, que es envidiosa, no ha permitido que coincidan tantas virtudes, Mándeme, señora, como guste. He intentado hacer un encargo. Sé que no lo he hecho bien, pero la buena intención y esfuerzo no han faltado. Besa su mano su humilde servidor y amigo, ETG[97].

Tierno falleció en Madrid, el 19 de enero de 1986, con 67 años de edad.

94 Vid. E. Tierno Galván: «Oratoria a la salud», en OO.CC., Tomo VII, pp. 773-779 (texto recogido por Antonio Gómez Rufo en su libro *Carta a un amigo sobre Don E. Tierno Galván*, Ed. Antonio Machado, Madrid, 1986).

95 E. Tierno Galván: Oratoria.... ibid. p. 777.

96 E. Tierno Galván: «Carta a una profesora italiana sobre don Diego Hurtado de Mendoza, que para calmar su curiosidad y aclarar algunas dudas la escribió el licenciado Enrique Tierno Galván el mes de octubre de 1984», en OO.CC., Tomo VII., 1985, pp. 242-277.

97 Ibid. p. 277

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *Enrique Tierno Galván. A remarkable intellectual and living path (II)*

ABSTRACT: *This text is the second part of a biographical note about Enrique Tierno Galván.*

RESUMEN: *Segunda parte de la semblanza de Enrique Tierno Galván*

KEY WORDS: *Biographical note, Enrique Tierno Galván*

PALABRAS CLAVE: *Semblanza, Enrique Tierno Galván*

FECHA DE RECEPCIÓN: *20.12.2017* FECHA DE ACEPTACIÓN: *01.02.2018*

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

Durante los últimos tiempos la crisis económica ha reavivado un viejo debate doctrinal en relación con un fenómeno que se repite cada vez con más frecuencia: el abuso de la figura del decreto-ley por parte de los Ejecutivos. Aún no tratándose de un tema nuevo, no ha dejado de ser objeto de controversia y de una amplia discusión dogmática que se ha visto plasmada en diversas publicaciones científicas de relevancia, como es el trabajo que nos ocupa.

El presente comentario se centra en una obra del profesor Aragón Reyes en la que se ocupa precisamente de esta temática y cuya tesis central, como el propio título sugiere, es que el decreto-ley se ha convertido en un instrumento ordinario de legislar, lo que constituye un claro abuso de este tipo de normas que se aparta de la configuración que la Constitución les ha dado. El origen del trabajo se encuentra en el discurso de ingreso del profesor Aragón en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que tuvo lugar el 6 de abril de 2016, y en el que expuso de forma razonada y crítica sus reflexiones acerca de un grave problema para nuestra democracia constitucional.

Nos encontramos ante un estudio riguroso sobre el fenómeno de la utilización abusiva de la legislación de urgencia abordado desde una doble dimensión teórica y práctica. A mi juicio, la elección del tema ya es en sí un gran acierto, habida cuenta que se trata de una temática que no puede considerarse agotada, como lo demuestra el análisis de las diferentes cuestiones que se abordan en el libro. Además, y como el propio autor señala, se trata de un tema que viene justificado por reunir tres características: actualidad, importancia dogmática y necesidad de análisis crítico. El lector encontrará un análisis lúcido y pormenorizado que pone el acento en las causas explicativas de esta práctica legislativa y en las consecuencias que de la misma se derivan.

Respecto a su estructura, el texto se articula en once capítulos, si bien es posible discernir tres bloques claramente diferenciados. El primero (capítulos I, II y III) nos adentra en la configuración constitucional del decreto-ley, así como en sus antecedentes. El segundo (capítulos IV a IX) contiene la parte más extensa del libro y desarrolla la tesis del autor conforme a la cual el decreto-ley se ha convertido en el modo ordinario de legislar, dando lugar a un uso desnaturalizado de este tipo de normas. A tal efecto, profundiza por-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

menorizadamente en las causas desencadenantes de esta utilización abusiva de la legislación de urgencia, acompañándola del análisis de una muestra con la que pretende corroborar la hipótesis de partida. Por último, el tercer bloque (capítulos X y XI) contiene una propuesta de modificación legal y de reinterpretación constitucional como solución al problema abordado.

El autor comienza advirtiendo que, pese a los cuestionamientos teóricos del decreto-ley y las dificultades de encaje en una democracia parlamentaria, no se trata de una figura ajena en derecho comparado, ni en nuestro Constitucionalismo histórico. Efectivamente, el libro hace un somero repaso por las figuras afines reconocidas en algunas Constituciones de nuestro entorno europeo, deteniéndose especialmente en el *decreto-legge* italiano (art.77 CI) que sirvió de modelo al constituyente español de 1978, así como en los antecedentes de dicha figura en España (CE 1931, Franquismo y Transición).

Tras unas consideraciones previas sobre los orígenes del decreto-ley analiza su significado constitucional. La regulación constitucional del art. 86.1º CE muestra la clara «voluntad constituyente de que el decreto-ley fuese un instrumento de uso claramente restringido, una norma de tipo excepcional que nunca podría convertirse en un modo ordinario de legislar, puesto que la potestad legislativa se atribuye de modo general a las Cortes (art.66.2 CE) y no al Gobierno» (pág.31).

El análisis del uso desviado del decreto-ley se acompaña de datos de la práctica que sustentan la tesis del autor sobre el abuso del decreto-ley. Se constata con datos cuantitativos que el número de decretos-leyes se ha elevado considerablemente entre 2008 y 2015 en relación con la legislación parlamentaria, lo que viene a confirmar que se ha convertido en norma ordinaria, prácticamente alternativa a la ley parlamentaria. «La ocupación normal por el decreto-ley del espacio de la ley ordinaria es una realidad incuestionable. Y no cabe argumentar que en estos dos últimos periodos el aumento de decretos-leyes se deba a la situación de crisis económica…» (pág. 38).

En cuanto a las causas que han llevado a este uso desviado de la legislación de urgencia, el libro identifica claramente dos: la debilidad de nuestro parlamentarismo y la laxa interpretación constitucional del art.86.1º CE.

Sobre la primera, el profesor Aragón señala algo que lleva sosteniendo desde hace tiempo, y es que nuestro régimen parlamentario de canciller en la práctica se ha convertido en un «parlamentarismo presidencialista» (pág.41), haciendo del Presidente del Gobierno no solo el director de la política gubernamental, sino también el director de la política parlamentaria. Por otro lado, la férrea disciplina de los grupos parlamentarios ha convertido a los partidos en los auténticos protagonistas de la vida parlamentaria. De este modo, el parlamentario individual queda relegado a un segundo plano anulando, pues, cualquier atisbo de independencia como consecuencia no sólo de los Reglamentos parlamentarios, sino sobre todo de nuestro sistema electoral. Esta realidad ha llevado a una inoperancia del control del Gobierno en las Cámaras y a una falta de centralidad del Parlamento dete-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

riorando la legitimidad de la institución parlamentaria y afectando al propio régimen parlamentario. A su vez, esta debilidad de los controles políticos está conduciendo a que el único control efectivo sea el judicial, con el consiguiente riesgo de que la «judicialización de la política acabe produciendo una politización indeseable del poder judicial», incluido, el Tribunal Constitucional. No obstante, el control jurisdiccional de estas normas no es suficiente porque, dado el carácter rogado de su jurisdicción, no todos los decretos-leyes son controlables por el TC, y de los sometidos a este control, no todos son enjuiciados en su completo contenido. Asimismo, observa que la sustitución práctica del control parlamentario por el jurisdiccional ha significado que los decretos-leyes no han sido controlados por razones estrictamente políticas.

La segunda clave para entender la actual situación sobre el uso del decreto-ley lo constituye la interpretación flexible que el Tribunal Constitucional ha sostenido tanto de su significado, como de los requisitos previstos en el art.86.1º CE para su emanación y sobre la cual el autor se muestra especialmente crítico. Efectivamente, la doctrina constitucional ha reconocido a Gobierno y Congreso una amplia discrecionalidad política en la apreciación de la urgencia, que sólo puede controlarse jurisdiccionalmente en supuestos de clara y patente arbitrariedad, lo que ha facilitado un uso excesivo del decreto-ley. El autor analiza críticamente la jurisprudencia constitucional en esta materia y comienza reprochando la falta de claridad del Tribunal para reconocer el carácter «excepcional» de este tipo de normas. Precisamente ahí reside la causa principal de la flexibilidad con la que se ha interpretado el art. 86.1ºCE. Y aunque desde la STC 29/1982 ha admitido que la legislación de urgencia se configura como «una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes», sin embargo no ha obtenido la consecuencia jurídica debida como norma excepcional. A su juicio, esta situación trae causa de la confusión entre «norma excepcional» y «supuestos excepcionales» en la doctrina constitucional. A este respecto, puntualiza que mientras que el art.116 CE está destinado a hacer frente a supuestos «excepcionales» que ponen en peligro el sistema constitucional, el art.86.1º CE está destinado a hacer frente a situaciones «extraordinarias» que no generan ese peligro pero requieren de una urgente respuesta.

Sobre el carácter «excepcional» del decreto-ley, el profesor Aragón precisa que este rasgo no deriva del supuesto para el que está previsto la norma, que no es excepcional, sino extraordinario. La excepcionalidad deriva del modo de emanación que es excepcional, en cuanto que constituye una excepción al procedimiento legislativo parlamentario. El decreto-ley no es una norma de excepción, sino una norma excepcional, como señaló el autor en el voto particular formulado a la STC 137/2011. Sin embargo, no es esta la interpretación que ha sostenido el Tribunal Constitucional que, al interpretar el art.86.1º en sentido flexible, ha admitido que «el decreto-ley pueda ser usado como un instrumento útil para la acción política gubernamental. Que es lo mismo que decir que

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el decreto-ley es un instrumento prácticamente normal para legislar» (pág.59).

Por otro lado, el libro incluye algunas muestras concretas de esta flexibilidad interpretativa del art. 86.1º CE, no sólo en relación con la ley formal, sino también con el reglamento. A este respecto, aborda la doctrina constitucional sobre la admisión del decreto-ley para regular materias para las que bastaría utilizar la potestad reglamentaria. El argumento utilizado por el Tribunal para considerar lícito este uso de la legislación de urgencia es que nuestro sistema de fuentes «no contempla reservas de reglamento, lo cual implica que a la ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario» (por todas, STC 329/2005, FJ 6). En este punto, el autor comparte las críticas formuladas por María Emilia Casas Bahamonde en el voto formulado a la STC 329/2005, al afirmar que dicha posibilidad solo resultaría admisible «si es inaplazable regular una materia reservada a la ley en un tiempo inferior al necesario para la aprobación de una ley formal por las Cortes Generales». Y en esta línea también, sostiene que el principio de universalidad de regulación del legislador parlamentario no cabe predicarlo del legislador gubernamental. Por ello, concluye que la inexistencia de reserva material reglamentaria vale como razón para justificar la cualidad de regulación universal de la ley, pero no cabe trasladarla al decreto-ley, ya que tienen éste la misma fuerza que la ley, sin embargo no tiene su misma naturaleza.

Respecto al carácter «provisional» del decreto-ley, trae a colación las diversas interpretaciones de este rasgo: a) el decreto-ley solo debe atender supuestos coyunturales, y no efectuar regulaciones jurídicas definitivas (por ejemplo, STC 6/1983, FJ 7º); b) los decretos-leyes son normas provisionales hasta que no se produzca, dentro de plazo, la convalidación o derogación (entre otras, STC 189/2005, FJ 6º), como mantiene el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el profesor Aragón se decanta por una tercera interpretación consistente en entender que son «provisionales mientras no se produzca una ley que los derogue. Es decir, hasta que, por ley ordinaria, se convierta en definitiva aquella regulación provisional». Desde esta óptica, sugiere la conveniencia de que todos los decretos-leyes, a excepción de los dictados para resolver situaciones puramente coyunturales, se tramiten por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia.

También ha sido interpretada flexiblemente la cláusula de la «extraordinaria y urgente necesidad», especialmente desde la STC 6/1983 en la que admitió que el decreto-ley es una «norma de uso prácticamente ordinario, pues cabe para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual y que por ello la necesidad de su emanación no ha de considerarse absoluta, sino relativa». A juicio del autor, en este tipo de argumentaciones vuelve a plantearse la confusión entre dos necesidades distintas, las referidas al art.86.1º CE y al art. 116 CE (pág.75). Esta línea interpretativa conducirá a que el Tribunal flexibilice también su

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

control sobre el presupuesto habilitante al admitir que solo podrá producir la inconstitucionalidad del decreto-ley cuando la apreciación de dicho requisito por el Gobierno se haya realizad de forma «abusiva o arbitraria». Ahora bien, no será éste el que deba justificar la no arbitrariedad, sino que es el Tribunal al que corresponde comprobarlo controlando que la justificación dada por el Ejecutivo no sea arbitraria. A este respecto el autor considera un acierto la exigencia de la relación de conexión o adecuación entra la situación urgente y las medidas acordadas, así como la catalogación de control «externo» del enjuiciamiento que corresponde al Tribunal. No obstante, el control del presupuesto de hecho habilitante sigue siendo débil, en la medida en que se limita a constatar si la motivación de la extraordinaria y urgente necesidad es razonable, es decir, «si no es arbitraria».

Este control externo, pero flexible, ha llevado a que el Tribunal, aun habiendo reconocido que el decreto-ley solo procede si la situación de extraordinaria y urgente necesidad no pueda ser atendida por el procedimiento legislativo de urgencia, dé por hecho esta circunstancia sin indagar si esa posibilidad de tramitación parlamentaria existía o no. «Es cierto que tal constatación no es fácil, pero tampoco resulta imposible, dada la previsibilidad de los plazos determinados en los reglamentos de las cámaras para el procedimiento legislativo de urgencia» (pag. 81). Sobre este elemento, la STC 68/2007 inicia un giro jurisprudencial al precisar que el Gobierno debe justificar los «perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia» (FJ 12º) . Sin embargo, esta línea interpretativa sufre un nuevo retroceso hacia el carácter laxo del control de constitucionalidad del presupuesto habilitante con la STC 93/2015 en la que el Alto Tribunal establece que no procede una «justificación expresa e individualizada de la inadecuación del procedimiento legislativo para atender a tiempo los objetivos gubernamentales».

En cuanto a las materias excluidas del decreto-ley, el profesor Aragón puntualiza de forma muy acertada que éstas no son únicamente las enumeradas en el art.86.1º CE, sino también aquellas otras que se derivan de una interpretación sistemática de la Constitución, en concreto, aquellas reservadas a otras fuentes de producción que vetan la utilización del decreto-ley. A este respecto trae a colación la STC 155/2005, en la que el Tribunal Constitucional sostuvo que el 86.1 no es el único límite sustantivo a la legislación de urgencia, pues sobre ésta opera también el conjunto de «reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos». Asimismo en relación con estos límites materiales implícitos también quedado vedado al decreto ley la reforma constitucional.

El estudio sobre la utilización del decreto-ley va acompañado de un análisis cualitativo mediante el cual el autor se centra en dos supuestos concre-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tos de uso abusivo de la legislación de urgencia: el decreto-ley ómnibus y el decreto-ley singular.

A mi juicio, merece una especial mención el capitulo sexto sobre el muy preocupante fenómeno de los decretos-leyes ómnibus, en el que el profesor Aragón nos ofrece un análisis crítico y minucioso, con el coincido completamente. Desde el inicio se posiciona en contra de esta práctica legislativa que considera un «fraude normativo y parlamentario». Así, nos recuerda que ni la STC 136/2011 puso coto al fenómeno de las «leyes ómnibus» al convalidar las leyes de acompañamiento a las de los Presupuestos Generales del Estado, ni la STC 199/2015 ha puesto límite al «decreto-ley ómnibus» al no encontrar el Tribunal objeción alguna para trasladar la doctrina de las leyes ómnibus y aplicarla al ámbito de la legislación de urgencia. A este respecto, el autor trae a colación el contundente voto particular que formuló a la STC 136/2011 y en el que expuso las razones por las que el fenómeno de las leyes heterogéneas puede suponer no solo un quebranto para la seguridad jurídica, sino también una vulneración del principio democrático y su proyección sobre el procedimiento legislativo. Ahora bien, y en esto concuerdo íntegramente con el profesor Aragón, la situación resulta más grave en el supuesto del decreto-ley, sobre el cual recae una única decisión parlamentaria, que tiene por objeto pronunciarse sobre la oportunidad del conjunto de una norma de contenido heterogéneo. No es lógico, afirma, que una norma así pueda someterse en el Congreso a un simple voto de ratificación. A mayor abundamiento, añade muy acertadamente, tampoco resultaría congruente que una norma así pudiera tramitarse por el procedimiento legislativo de lectura única, en la medida en que su estructura heterogénea y la pluralidad de contenidos difícilmente podría encajar en el supuesto previsto para la aplicación de dicha modalidad procedimental.

El autor comparte la dura crítica formulada a la STC 199/2015 en el voto particular conjunto de la magistrada Asúa Batarrita y los magistrados Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, y en el que se afirma, entre otras cosas, que «la potestad que el art. 86 CE atribuye al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley se inserta en este diseño como excepción, pero de ningún modo erige al poder ejecutivo en colegislador en pie de igualdad con los representantes democráticamente elegidos por el pueblo». A juicio del profesor Aragón, no resulta correcto trasladar a los decretos-leyes ómnibus la doctrina del Tribunal sobre las leyes de acompañamiento, ya que las figuras de la ley y el decreto-ley no pueden equipararse. «Estos son normas con la misma fuerza, pero con distinta naturaleza, que las leyes», afirma. Por todo ello, concluye que la práctica de los decretos-leyes de contenido heterogéneo debe reputarse inconstitucional y se decanta por la conveniencia de incorporar la obligación de exigir la homogeneidad en los mismos.

Otra práctica analizada en el libro es la utilización de los decretos-leyes singulares tanto por el Estado, como por las CCAA. Sobre ello, el autor revisa la doctrina constitucional sobre las leyes singulares, con el objeto de com-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

probar si ésta ha modificado la emanada de la STC 111/1983 en la que el Tribunal admitió la expropiación singular mediante decreto-ley. Así, señala que la STC 48/2005 supuso una modulación jurisprudencial al vincular las leyes singulares con el problema de la vulneración de la tutela judicial efectiva que supondría este tipo de normas. Dicha decisión tuvo presente la sentencia condenatoria del TEDH en el asunto *Ruiz Mateos c. España*, precisamente, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir al expropiado reaccionar jurisdiccionalmente frente al decreto-ley expropiatorio. A juicio del profesor Aragón, esta nueva doctrina, referida a una ley expropiatoria, es perfectamente aplicable al supuesto de los decretos-leyes singulares y, en consecuencia, esta práctica debe reputarse inconstitucional.

Al objeto de verificar el abuso del decreto-ley, el trabajo incluye un análisis, como muestra, de dos decretos-leyes que, aunque no impugnados ante la jurisdicción constitucional, constituyen un claro ejemplo de este fenómeno. A través del examen detallado de los Reales Decretos-leyes 1/2014, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, y 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, el profesor Aragón pone de manifiesto una tendencia generalizada en el uso desmedido de este tipo de normas, que se ha convertido en los últimos tiempos en una forma habitual de legislar, con notable perversión del significado constitucional del decreto-ley, y por ello, con evidente degradación de la potestad legislativa parlamentaria.

Asimismo, en relación con los decretos-leyes autonómicos el autor se muestra crítico con esta extensión de la legislación de urgencia al ámbito autonómico, y considera que ni las ampliación de competencias autonómicas, ni la composición unicameral de los Parlamentos autonómicos constituyen razones suficientes para justificar el reconocimiento de esta facultad a los gobiernos autonómicos. Por el contrario, esta situación podría contribuir a relegar la función legislativa de los Parlamentos autonómicos debilitando el régimen parlamentario en las CCAA. Esta incursión en la práctica de los decretos-leyes autonómicos va acompañada por una serie de datos que constatan un uso desorbitado, máxime cuando la naturaleza de las competencias autonómicos y la simplificación de las instituciones parlamentarias (unicamerales) hacen menos necesario el recurso a la legislación de urgencia.

Tras este riguroso análisis de la práctica del decreto-ley, el profesor Aragón concluye que el mal uso que se ha venido haciendo de estas normas no procede de su regulación constitucional, sino de una práctica política poco respetuosa con ella y de una interpretación constitucional inadecuada. De ahí, que la obra cierre con un conjunto de propuestas dirigidas precisamente a corregir esta situación y que constituyen su principal aportación.

En conexión con el ámbito parlamentario nos encontramos con una de las aportaciones más novedosas del libro: la sugerencia de sustituir el actual modelo de convalidación de decretos-leyes por un modelo de conversión obligatoria. A tal efecto, propone mo-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dificar el art.151.3 RCD —en relación con el art. 86.3 CE— para imponer la tramitación de todos los decretos-leyes, una vez recaída la convalidación, por el procedimiento de urgencia, salvo aquellos calificados por la Mesa de la Cámara como estrictamente coyunturales. Esta opción garantizaría el respeto a la potestad legislativa de las Cortes Generales y la intervención de las Cámaras mediante el *iter legis*. Asimismo, resultaría coherente con el carácter excepcional que la Constitución atribuye a la legislación de urgencia, así como con su carácter provisional. Sobre esta nota última, el profesor Aragón critica la actual doctrina constitucional conforme a la cual el acto de convalidación convierte al decreto-ley en una disposición legislativa con vigencia indefinida. A su juicio, la provisionalidad de estas normas debe mantenerse mientras no se convierta en ley, esto es, mientras no sustituya por el legislador.

Además, el autor nos ilustra con unas sugerentes propuestas de reinterpretación constitucional, entre las que destaca la incesante reivindicación del decreto-ley como norma auténticamente excepcional. Aunque el Tribunal Constitucional ha admitido que esta norma constituye una excepción al procedimiento legislativo parlamentario, sin embargo no ha sido consecuente con dicha calificación.

Por otro lado, y si realmente quiere ponerse coto al abuso del decreto-ley y el consecuente desplazamiento de la ley, sugiere una interpretación constitucional restrictiva del presupuesto de hecho habilitante. Sobre ello, considera que el Tribunal Constitucional debe ser más riguroso en el control «externo» que le corresponde, exigiendo: por un lado, que se expliciten las razones completas invocadas por el Gobierno en la exposición de motivos del decreto-ley (no en el debate parlamentario); y por otro, que se explicite suficientemente por qué no han podido adoptarse las medidas a través del ejercicio ordinario de la potestad reglamentaria y de por qué no pueden adoptarse por el procedimiento legislativo de urgencia. Asimismo, dicho control no debe basarse en la mera razonabilidad, esto es, en la ausencia de arbitrariedad. A su juicio, debe exigirse proporcionalidad de la medida adoptada. En conclusión, el control de los decretos-leyes debiera incluir los siguientes pasos sucesivos que la aplicación del principio de proporcionalidad impone, verificación: a) de la necesidad de la medida, b) de la adecuación de la misma al objetivo que pretende, y c) ponderación o equilibrio entre la finalidad de la medida y el sacrificio constitucional que comporta adoptarla.

Ante el manifiesto abuso de la figura del decreto-ley, lo que procede, concluye el profesor Aragón, es «tomarse la Constitución en serio y dotar, política y jurisdiccionalmente, a los decretos-leyes del carácter restringido que ella, manifiestamente, ha querido».

Desde sus primeras páginas el libro nos desvela la preocupación del autor por una práctica legislativa abusiva cada vez más frecuente y con importantes consecuencias en nuestra forma de gobierno parlamentaria, en la medida en que una fuente con vocación excepcional se está convirtiendo prácticamente en la forma ordinaria de legislar.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como podrá comprobar el lector, el libro no se detiene en el mero análisis descriptivo del *statu quo*, sino que se adentra en la reflexión crítica y constructiva de la problemática analizada, sugiriendo interesantes propuestas *de lege ferenda* y de reinterpretación constitucional tendentes a limitar esta tendencia abusiva del decreto-ley. Sin duda, el trabajo del profesor Aragón Reyes constituye una relevante contribución doctrinal y una obra de obligada referencia para la disciplina del derecho constitucional e imprescindible para cualquier estudioso del derecho público.

YOLANDA GÓMEZ LUGO

Profesora Titular acreditada
de Derecho Constitucional
UC3M

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

OLIVER ARAUJO, J., *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

La Real Academia Española define «barrera» como aquella «valla, compuerta, madero, cadena u otro obstáculo semejante con que se cierra un paso o se cerca un lugar». Aunque esta definición no es aplicable a las cuestiones electorales, sí nos da la clave para entender qué ha de entenderse por barrera en el ámbito de las elecciones. Así, en su *Glosario básico de sistemas electorales*, Josep M. Colomer, José Ramón Montero e Ignacio Lago, entienden que la «barrera mínima» o «umbral legal» es, «en un sistema de representación proporcional, el número o la proporción mínima de votos en el nivel nacional o en el distrito requerido para participar en la distribución de los escaños». Pues bien, este libro del profesor Joan Oliver Araujo, prologado por su maestro, Luis López Guerra, versa precisamente sobre este elemento, la barrera electoral (o, como el autor la denomina en alguna ocasión, «la guillotina de los pequeños») y su origen, tal y como reconoce el propio autor, se halla en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares.

En cuanto a su estructura, esta obra se organiza en torno a ocho capítulos con contenido sustantivo. El primer de ellos, de carácter esencialmente introductorio, está dedicado a la definición del concepto de sistema electoral y a subrayar su importancia en las democracias representativas. Por sistema electoral debe entenderse el conjunto de disposiciones que intervienen en el proceso de traducción de votos en escaños. Como oportunamente señala el autor, la expresión «sistema electoral» refleja la existencia de varios elementos (circunscripción o distrito electoral, fórmula electoral, barrera electoral, etc.) que forman parte de un conjunto y que son interdependientes entre sí. Su interdependencia queda patente cuando un pequeño cambio en alguno de los elementos puede afectar a los efectos desplegados por el resto de componentes del sistema. Además, pequeñas reformas, en apariencia intrascendentes, pueden inclinar la balanza político-electoral de un lado o de otro. Esto es algo de lo que son perfectamente conscientes los partidos políticos, como demuestra el hecho de que la manipulación electoral en beneficio propio haya sido un recurso habitual en la historia electoral española. Por ello, nos advierte el autor, las reformas electorales acostumbran a esconder, bajo argumentos jurídicos o de profundización democrática, motivaciones políticas silenciadas. No en vano, como sagazmente apuntase Giovanni Sartori hace medio siglo, los sistemas electorales son los instrumentos más específicamente manipulables del sistema político.

En el segundo de los capítulos se realizan una serie de consideraciones generales acerca de las barreras electorales. Comenzando por el concepto de barrera electoral y su naturaleza jurídi-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ca, ésta se define como una exigencia legal sobre el porcentaje de votos mínimo que debe superar una candidatura para participar en la fase del reparto de escaños. La aplicación de las barreras repercute tanto desde el punto de vista de la *oferta* como de la *demanda* electoral: de un lado, las listas electorales que no superan la barrera pierden la posibilidad de acceder a la representación; del otro, se produce una esterilización de los votos dirigidos a las listas excluidas. Además, las barreras son mecanismos que otorgan bonificaciones a los partidos con mayor respaldo electoral: los escaños que, de no haber existido la barrera legal, corresponderían a las distintas candidaturas excluidas, se distribuyen entre los restantes partidos que sí han logrado franquear la barrera. En paralelo a este *efecto mecánico* del sistema electoral, puede producirse un *efecto psicológico*, conocido como *voto útil* o *estratégico*, entre los electores que, conscientes de que su primera preferencia política no tiene posibilidades de obtener representación, prefieren entregar su voto a una fuerza política mayoritaria con el fin de no desperdiciarlo.

Sea como fuere, queda claro que el fundamento de las barreras electorales es el de prevenir la obtención de representación por parte de partidos con escaso respaldo electoral, para así evitar la excesiva fragmentación y, con ello, facilitar la capacidad de trabajo de los parlamentos y propiciar la estabilidad de los gobiernos. El fin último es, en definitiva, el de favorecer la gobernabilidad y la eficacia en los centros de decisión política, dentro de una lógica de parlamentarismo racionalizado.

Los siguientes capítulos del libro están dedicados a todos los niveles de gobierno en nuestro país en los que se emplean barreras electorales (el nacional, el autonómico y el local); todos menos el europeo, el único en España en el que un sistema electoral de tipo proporcional opera sin prever barrera legal alguna, lo cual, sumado a la utilización de un distrito único nacional, permite una elevada proporcionalidad en los resultados.

El tercer capítulo se ocupa de la barrera electoral establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados. Esa barrera del 3 % de los votos válidos a nivel provincial es prácticamente inútil, pues, debido a la baja magnitud de las circunscripciones, sólo puede llegar a tener eficacia en las provincias de Madrid y Barcelona. De hecho, en las trece elecciones generales que se han celebrado en España desde 1977, la barrera tan sólo ha tenido efectividad en las elecciones de 1993, en Madrid, dónde el CDS, con un 2,97 % de los votos válidos, se vio privado del escaño que le habría correspondido de no existir dicha barrera. Por consiguiente, no es descabellado afirmar que la barrera legal del 3 % puede considerarse en la práctica letra muerta, por lo que su eventual supresión no tendría apenas impacto. No es de extrañar, pues, que entre la doctrina encontremos propuestas para dotar de eficacia real a dicha barrera abogando por su endurecimiento, ya sea mediante la elevación de su cuantía al 5 %, ya sea ampliando al nivel estatal el ámbito de su aplicación, o bien mediante una combinación de ambas.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La razón de ser de esta barrera debe buscarse durante la transición a la democracia, cuando el Gobierno de Adolfo Suárez trataba de convencer a los procuradores de las Cortes franquistas de la necesidad de que admitiesen un sistema de tipo proporcional en la Ley para la Reforma Política, combinado, eso sí, con «dispositivos correctores para evitar fragmentaciones inconvenientes de la Cámara». Por lo demás, la continuidad otorgada por la LOREG tanto a la barrera electoral como al resto de elementos básicos del sistema electoral del Congreso de los Diputados, debe entenderse desde la lógica de la inercia del Derecho electoral. No en vano, pese a la radical transformación experimentada por el sistema de partidos tras las elecciones generales de 1982, el PSOE disfrutaba en el momento de aprobación de la LOREG de una contundente mayoría absoluta, obtenida gracias a los mecanismos de desproporcionalidad previstos por el sistema. De ese modo, tanto el PSOE como el PP a partir de la década de los noventa han seguido el ejemplo de muchos otros partidos gubernamentales que abandonan sus proyectos reformistas en materia electoral cuando su acceso al Gobierno ha sido parcialmente favorecido por los sesgos representativos.

El cuarto capítulo se dedica a las barreras electorales utilizadas en las elecciones a las diecisiete Asambleas legislativas autonómicas. Este quizás sea el capítulo más interesante del libro, tanto por prestar atención a un ámbito del Derecho electoral español al que no se le ha dedicado el suficiente interés por la doctrina —el de los sistemas electorales autonómicos— como por el esfuerzo de sistematización que realiza el autor. En este punto, el libro reitera algunas de las consideraciones que ya realizase el autor en el capítulo VI de otra de sus obras (*Los sistemas electorales autonómicos*, 2011), y que constituye una referencia ineludible en el estudio del Derecho electoral de las CCAA.

De este capítulo cabe destacar la clasificación de las diferentes barreras electorales autonómicas en seis niveles, en función de su grado de exigencia de menor a mayor: 1º) las nueve CCAA que fijan la barrera en el 3 % en la respectiva circunscripción (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Asturias, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Navarra y Castilla y León); 2º) el caso de Extremadura, que establece una barrera del 5 % en la respectiva circunscripción o, siempre que la candidatura se presente en las dos provincias extremeñas y no supere en porcentaje anterior en alguna de ellas, del 5 % a nivel autonómico; 3º) las dos CCAA que fijan la barrera en el 5 % de la respectiva circunscripción (Galicia e Islas Baleares); 4º) las tres CCAA que establecen la barrera en el 5 % en el conjunto de la Comunidad (Cantabria, La Rioja y Madrid); 5º) el caso de la Comunidad Valenciana, que fija la barrera del 5 % en el conjunto de la Comunidad computado sobre todos los votos emitidos, es decir, válidos (a candidaturas y en blanco) y nulos; 6º) y el caso singular de Canarias, que prevé tres posibilidades alternativas para la obtención de escaños: superar el 30 % de los votos a nivel insular, superar el 6 % a nivel autonómico, o ser la candidatura más vo-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tada en la respectiva circunscripción insular.

Asimismo, también merece subrayarse el apartado que se dedica a estudiar las reformas electorales que han incidido en la cuantía de las barreras y en las que, bajo los «argumentos jurídicos invocados», existían «objetivos políticos silenciados». En este sentido, el autor pone de relieve en diferentes pasajes del libro cómo, tanto las elevaciones de la barrera electoral (Galicia, Islas Baleares y Canarias) como su reducción (País Vasco), estaban motivadas por la manipulación estratégica por parte de los partidos en el poder: en los casos en que se aumentó, se hizo con el propósito velado de eliminar contrincantes políticos; mientras que, cuando se redujo, el objetivo era el de allanar el camino a un potencial socio político.

El capítulo quinto se detiene en el estudio de la barrera electoral utilizada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, entre los que se examinan los Ayuntamientos, los Cabildos Insulares canarios y los Consejos Insulares de Baleares. Esta barrera se sitúa en todos los casos en el 5 % de los votos válidos y, al menos en el caso de las elecciones municipales, se estimó que era conveniente esta cuantía como forma de fortalecer a los partidos políticos en detrimento de las agrupaciones de electores locales. El autor presta una atención especial a la elección de los miembros de los Consejos Insulares, los cuales, con la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de 2007, se eligen por sufragio universal y directo en comicios diferenciados de los autonómicos —con anterioridad conformaban cada Consejo Insular los diputados electos en cada isla en las elecciones al Parlamento de Baleares—, al igual que sucede en los Cabildos canarios desde las primeras elecciones.

El sexto capítulo examina la doctrina del TC sobre las barreras electorales. Respecto a esta jurisprudencia, conveniente comenzar señalando que el Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que «nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de la forma parlamentaria de Gobierno» (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 6). Es en esta lógica de parlamentarismo racionalizado donde debe buscarse el fundamento de las barreras electorales. Con ellas, se trata de evitar «la atomización de la representación política», de modo que «la proporcionalidad electoral sea compatible con que el resultado de la representación de los electores (…) no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia». Esos objetivos se justifican teniendo en cuenta que «el proceso electoral, en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales, sino que es también (...) un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél» (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 6).

Ahora bien, como acertadamente subraya Oliver Araujo, esta doctrina aplicada a los casos concretos se ha revelado «extremadamente condescendiente» hacia los legisladores autonó-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

micos, avalando la constitucionalidad de todas sus normas en esta materia. Así, en las SSTC 75/1985, 72/1989, 193/1989 y 225/1998, nuestro Alto Tribunal, al examinar si el derecho de acceder al cargo representativo en condiciones de igualdad (art. 23 CE) y la exigencia de proporcionalidad (art. 152.1 CE) resultaban vulnerados, ha ido admitiendo la constitucionalidad de barreras cada vez más exigentes: el 3 % a nivel de circunscripción en Cataluña; el 5 % a nivel autonómico en la Región de Murcia, a pesar de la existencia por aquel entonces de cinco circunscripciones infraprovinciales; e incluso una imponente barrera del 6 % en el conjunto de la Comunidad Autónoma de Canarias, atemperada, eso sí, por cláusulas correctoras también validadas por el máximo intérprete constitucional, como obtener el 30 % de los votos —el 20 % en un primer momento— en una circunscripción insular o ser el partido más votado en una isla. Como señala el autor, el Tribunal ha mantenido una doctrina «calculadamente ambigua», que no permite saber cuál sería el hipotético límite de estas barreras, pues, en palabras del propio Tribunal, «no ha elevado a categoría un determinado porcentaje numérico» (STC 225/1998, FJ 5).

En este punto, nos sumamos a las críticas de la doctrina mayoritaria a la endeblez argumentativa de la STC 225/1998. Y es que, una vez son aplicadas las estratosféricas barreras electorales canarias a procesos electorales concretos, éstas exceden, con mucho, su función legítimamente constitucional (evitar la excesiva fragmentación de los parlamentos y garantizar la gobernabilidad en una lógica de parlamentarismo racionalizado), pues excluyen de la representación política a fuerzas políticas con un respaldo electoral muy significativo. Este pronunciamiento se suma a la jurisprudencia constitucional excesivamente permisiva —e inmutable a lo largo del tiempo— con los excesos de los legisladores autonómicos.

En el capítulo séptimo el autor realiza un ejercicio de Derecho comparado, examinando el sistema electoral alemán, que, como es sabido, es un sistema mixto de «representación proporcional personalizada». En este original sistema en el que los electores disponen de dos votos, el grado de proporcionalidad es elevado, puesto que la distribución de los escaños entre los partidos que acceden al *Bundestag* se determina a partir de los votos emitidos por los electores en el conjunto de la Federación; pero, además, lo anterior se combina con una elevada personalización de la elección, puesto que los votantes seleccionan la mitad de los candidatos en distritos uninominales con su otro voto. Es ese equilibrio virtuoso entre los efectos positivos de los sistemas proporcionales y de los mayoritarios el que ha llevado a algunos especialistas a afirmar que el sistema alemán reúne lo mejor de los dos mundos de los sistemas electorales.

Como acostumbra a subrayar uno de sus máximos estudiosos, Dieter Nohlen, en los últimos tiempos resulta extraño cualquier debate sobre una eventual reforma electoral en el que el alemán no aparezca como un sistema modélico o referente. España es un buen ejemplo de este fenómeno, como

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

evidencia el ingente número de artículos de opinión —y también doctrinales— en los que se discute, o se reivindica sin ambages, la adopción de un sistema como el alemán por nuestras reglas electorales domésticas. También se ha planteado esta posibilidad en los recientes debates sobre reforma electoral de algunas CCAA como Madrid, Cataluña o la Comunidad Valenciana; o, incluso, remontándonos a los albores del proceso autonómico, en el intento frustrado de establecer un sistema a imitación del alemán en el Principado de Asturias.

Por lo que se refiere a la barrera electoral del sistema electoral empleado en las elecciones al *Bundestag*, para que un partido pueda participar en la distribución de escaños en el circuito proporcional, debe obtener, al menos, el 5 % de los votos en el conjunto del país, o alternativamente, haber conseguido, al menos, tres escaños directos en los distritos uninominales del circuito mayoritario. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en varios pronunciamientos, ha declarado que la barrera es compatible con la Ley Fundamental de Bonn y que respeta el principio de igualdad del sufragio, siempre en aras del buen funcionamiento del parlamento. Pero el Alto tribunal alemán, a diferencia del español, también ha subrayado que una barrera superior al 5 % sería contraria al principio de igualdad de sufragio.

Asimismo, cabe destacar que todos los *Länder* alemanes, con independencia del sistema electoral utilizado (catorce de ellos emplean también sistemas de representación proporcional personalizada), prevén una barrera del 5 % que se aplica sobre el conjunto del *Land*, excepto en el sistema proporcional puro de Bremen, donde se aplica por separado a cada una de sus dos circunscripciones. Esta práctica uniformidad de las barreras electorales en la actualidad ha venido precedida de un proceso evolutivo lento, caracterizado por el método de prueba y error. En un primer momento, la mayor parte de los *Länder* utilizaron sistemas electorales sin barrera electoral. Sólo Baviera, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Schleswig Holstein y Baden-Württemberg emplearon algún tipo de barrera electoral para las primeras elecciones. En un segundo momento, comenzaron a introducirse barreras electorales en el resto de *Länder*, siendo Baja Sajonia el último en hacerlo en 1959. Además, el porcentaje del 5 % de los votos válidos se erigió en el estándar de referencia, pues sólo dos de los sistemas electorales establecieron un umbral electoral más exigente (Baviera y Schleswig-Holstein), que finalmente terminarían suavizando. De hecho, en 1952, el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional la barrera del 7,5 % que se empleaba en Schleswig-Holstein, por vulnerar la igualdad de sufragio.

Por lo que respecta a la barrera electoral del 5 % en el conjunto de la Federación para las elecciones al Parlamento Europeo, el Tribunal Constitucional alemán la declaró inconstitucional en una sentencia de noviembre de 2011. Y ello, a pesar de que en 1979 el mismo Tribunal la había considerado adecuada a la Constitución. El Tribunal justificó esta evolución en su doctrina «en los cambios producidos en la

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

configuración y composición del Parlamento Europeo, en el fortalecimiento de sus funciones, singularmente las legislativas, y en que en las últimas convocatorias electorales muchos partidos se habían quedado privados de la obtención de algún escaño por causa de la aplicación de la barrera». A raíz de dicha sentencia de 2011, el legislador alemán redujo la barrera de las elecciones al Parlamento Europeo al 3 % de los votos emitidos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha vuelto a declarar inconstitucional esa cláusula en una sentencia de febrero de 2014.

Por último, Oliver Araujo entiende que la aplicación de las barreras electorales del sistema alemán a España provocaría importantes problemas de representación, al dejar fuera del Congreso de los Diputados a los partidos nacionalistas o regionalistas no mayoritarios en sus territorios, así como a aquellos partidos de ámbito estatal con una presencia modesta pero significativa en el conjunto del Estado. Entiende, además, que incorporar a nuestro ordenamiento la barrera de la forma en que está establecida en el sistema electoral alemán podría ser inconstitucional, por vulnerar el principio de representación proporcional (art. 68.3 CE) y el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE). En cualquier caso, sostiene el autor que, si el legislador español apostase finalmente por la adopción del sistema electoral alemán en su totalidad, sería aconsejable rebajar la exigencia de la barrera al 2 o 3 % o, alternativamente, haber sido la formación política más votada en un distrito uninominal.

En el último capítulo se adentra en el espinoso asunto de lo que el mismo titula «umbral electoral como barrera electoral encubierta». Para ello, retoma la importante diferenciación entre la «barrera electoral» y el «umbral electoral» (o «umbral efectivo» en la terminología del politólogo Arend Lijphart). Este último concepto alude al porcentaje de votos mínimo necesario para que un partido consiga *efectivamente* su primer escaño en un determinado reparto. Por tanto, mientras que la barrera, que es una disposición legal expresa determinada de antemano, impide acceder a las candidaturas a la fase de distribución de escaños; el umbral, que es una cuestión fáctica, no impide tal cosa, pero supone que las candidaturas que no lo superen no obtengan escaño alguno. Son varios los factores que influyen a la hora de determinar el umbral, aunque la variable fundamental es la magnitud de la circunscripción: cuanto menor sea el número de escaños a repartir, mayor será el umbral y viceversa. Ahora bien, en la cuantía final de ese umbral también influye el grado de concentración o de dispersión del voto entre las distintas fuerzas políticas que compiten por los escaños, por lo que el umbral, a diferencia de la barrera, no puede calcularse con total exactitud con anterioridad a la celebración de las elecciones.

Esta distinción le sirve al autor para examinar las reformas y propuestas de reforma consistentes en reducir el tamaño de los parlamentos que, a su vez, implican una reducción de la magnitud de las circunscripciones y que, en consecuencia, suponen una elevación de los umbrales efectivos. En

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este sentido, en la legislatura autonómica 2011-2015 el Partido Popular auspició reformas de los sistemas electorales autonómicos orientadas a reducir el número de diputados, con el propósito oficial de recortar el gasto público y contribuir a la austeridad también desde las instituciones representativas. Aunque en muchos casos no llegaron a materializarse este tipo de propuestas por falta de consenso o por no alcanzarse las mayorías cualificadas exigidas para reformar las leyes electorales autonómicas (Extremadura, Islas Baleares, Galicia, La Rioja y Comunidad Valenciana), en Castilla-La Mancha y Cantabria sí consiguió aprobarse dichas modificaciones electorales. En este punto, se pasa por alto la reducción del tamaño del Parlamento de Cantabria de 39 a 35 escaños, operada mediante la disposición adicional novena de la Ley cántabra 2/2012, de 30 de mayo, de Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Más atención presta el autor al intento frustrado de reducción del número de escaños en las Islas Baleares tramitado entre finales de 2014 y principios de 2015, y a la polémica reforma electoral de Castilla-La Mancha. Sobre esa última, hay que recordar que, en el año 2012, el PP castellano-manchego llevó a cabo una reforma que aumentó de 49 a 53 el número de escaños de las Cortes regionales, esgrimiendo para ello argumentos demográficos: la región había experimentado un crecimiento poblacional considerable, pues había incrementado su población muy por encima de la media nacional. Sin embargo, esta reforma no llegaría a aplicarse a ningún proceso electoral, al ser derogada por una nueva modificación de las reglas del juego dos años después, en 2014, convirtiendo en papel mojado la anterior reforma del año 2012.

Así, apelando a la austeridad de los poderes públicos y en un sentido diametralmente opuesto, el PP impulsó en solitario —tanto en Toledo como en Madrid— una reforma del Estatuto de Autonomía que reducía de manera drástica la horquilla de diputados de la Asamblea regional (entre 25 y 35). Finalmente, la ley electoral posterior fijó en 33 el número de escaños, convirtiendo las Cortes de Castilla-La Mancha en el parlamento con menos diputados de toda la España autonómica junto al Parlamento de La Rioja. La jibarización del parlamento trajo consigo una disminución del tamaño de las cinco circunscripciones que, a la postre, generaron unos altos umbrales efectivos. La exigencia de unos porcentajes de voto realmente exigentes (entre el 8 y el 13 % en función de la provincia) para la obtención efectiva de escaños —sin que la barrera electoral del 3 % se modificase— dificultaba sobremanera la presencia de terceros partidos. Sirva de ejemplo el caso de Ciudadanos, que en los comicios autonómicos de 2015 cosechó cerca de 100.000 votos (más del 8,6 % de los votos a nivel regional) y, sin embargo, no obtuvo ningún diputado.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional, en las sentencias 197/2014, de 4 de diciembre y 15/2015, de 5 de febrero, convalidó la constitucionalidad

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la fuerte reducción del tamaño de las Cortes de Castilla-La Mancha, a pesar de esos elevados umbrales. A su entender, la reducción del número de diputados autonómicos que llevó a cabo el Estatuto de Autonomía y concretó la ley electoral no vulneró ni la proporcionalidad (art.152.1 CE), ni el principio del pluralismo político (art.1.1 CE), ni el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art.23.2 CE). Las referidas sentencias se suman, pues, a un bagaje jurisprudencial problemático, del que se desprende que el legislador puede disponer de los elementos de los sistemas electorales prácticamente sin limitaciones. Así, la proporcionalidad se presenta como un criterio orientador o tendencial, sobre el que el legislador puede introducir modulaciones con un gran margen de discrecionalidad. En consecuencia, el principio no resultará vulnerado, excepto en aquellos casos en que la afectación de la proporcionalidad esté desprovista de una justificación objetiva o razonable y, además, resulte excesiva o arbitraria. De este modo, el canon de enjuiciamiento del Tribunal empleado en relación con la exigencia de proporcionalidad es sumamente flexible. Laxitud que se pone de relieve cuando el Tribunal sostiene la constitucionalidad de una determinada legislación electoral afirmando que no resulta «irrazonable» ni «arbitraria» (STC 19/2011, FJ 9). Da la sensación de que con estas afirmaciones el Tribunal ha rebajado el estándar de proporcionalidad requerido a los sistemas electorales autonómicos a niveles similares a los exigidos por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Esta situación resulta cuando menos preocupante, dada la querencia de los partidos políticos —subrayada por el autor en distintos puntos de la obra— por manipular los sistemas electorales en su propio beneficio. Por ello, la siguiente reflexión del autor es perfectamente pertinente: «En esta materia, para conocer la verdadera intención que subyace bajo la hojarasca de palabras que —a menudo— intenta esconderla, el Derecho Constitucional puede utilizar los conocimientos auxiliares que le aportan la Ciencia Política y la Sociología electoral» (p. 208).

Para concluir este comentario, sólo cabe destacar el brillante y ameno estilo que caracteriza ésta y otras obras de Joan Oliver Araujo; estilo que le permite ir combinando con maestría referencias de una amplia nómina de autores con sus propios posicionamientos, contribuyendo así a alimentar el debate doctrinal: como buen constitucionalista, no abdica de su responsabilidad de pronunciarse en términos jurídicos sobre aquellos asuntos públicos que, como los que se tratan en el libro, tienen innegables aristas políticas. En suma, el rigor intelectual con que el autor afronta cada uno de los asuntos abordados en la obra, lejos de erigirse como un obstáculo o *barrera*, constituye un auténtico reclamo para aquellos estudiosos de las cuestiones electorales que deseen zambullirse en su lectura.

CARLOS FERNÁNDEZ-ESQUER

Investigador en Ciencia Política
Universidad Autónoma de Madrid

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

García-Escudero Márquez, P., Álvarez Rodríguez, I., *La presentación y proclamación de candidatos electorales,* CEPC, Madrid, 2017.

El libro que tan amablemente me ha pedido que recensione la dirección de la Revista Teoría y Realidad Constitucional se ocupa de una cuestión esencial en el proceso electoral: la presentación y proclamación de candidatos electorales.

La importancia de las elecciones en una democracia representativa está fuera de toda discusión, por lo que no merece la pena extenderse en su justificación en este momento. Por otro lado, el debate sobre el sistema electoral —o los sistemas electorales— en España tampoco admite mucha discusión cuando, precisamente en estos días, está abierta en el Congreso de los Diputados una Ponencia para analizar sus posibles reformas. Los temas anteriores han sido tantas veces analizados que sería difícil escribir un libro en el que se pudiese aportar alguna novedad. Sin embargo, llama la atención la poca importancia que se ha dado a nuestro procedimiento electoral y, en particular, al control de las elecciones. Desde nuestro punto de vista, este sí que es un asunto que debería ser más estudiado y, no precisamente porque funcione mal, sino por todo lo contrario: por su calidad, fiabilidad y la seguridad que ofrece a los candidatos en las elecciones y a los ciudadanos en general. Es más, incluso merece la pena estudiarlo por la facilidad con la que se han producido los necesarios ajustes legislativos sobre él a lo largo de todos los años de su vigencia (1985-2018). Por supuesto, esto no quiere decir que no haya habido temas discutidos —v.gr. la participación en las elecciones de los españoles residentes en el extranjero, la participación en las elecciones de los extranjeros residentes permanentes en España o la solicitud o no de avales para la presentación de candidaturas—. En definitiva, que estudiar el proceso y el control electoral, por la importancia que tienen para la democracia, es mucho más que analizar tediosos trámites procedimentales y sirve para dar el valor que merece a nuestro sistema político y a sus instituciones. Incluso, si se nos permite, para demostrar a los «pesimistas» que en el mundo de las instituciones y la democracia española también hay cosas que hacemos bien.

Precisamente por todo ello, tiene valor y mucha importancia el libro que ahora analizamos. Porque estudia con todo detalle un momento tan crucial para las elecciones como el de la presentación y proclamación de candidaturas. Como dicen los autores: la transcendencia se deriva de que *sin candidatos no hay elecciones*. Un estudio de esta naturaleza no es fácil, requiere una estructura y un desarrollo apegado a la Ley que sea fiel al *iter procedimental* sin perder de vista la necesaria reflexión sobre los problemas de fondo, que exprese con rigor las principales cuestiones que han de afrontar los órganos de la administración electoral en la conclusión del trámite o los tribunales en

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la resolución de los recursos electorales. Pues bien, los autores siguen en el libro el anterior esquema de trabajo a la perfección: se inicia con la presentación de los sujetos legitimados para la presentación de candidaturas; siguen con los plazos y lugar para presentarlas; con los requisitos de las candidaturas, con la publicación y subsanación de irregularidades, con los recursos que caben contra la proclamación de candidatos, ante la jurisdicción contenciosa administrativa y el Tribunal Constitucional; para finalizar con las peculiaridades de la presentación de candidaturas a los tres procesos electorales que quedan regulados en la LOREG: al Congreso de los Diputados y al Senado, a las elecciones municipales y al Parlamento Europeo. Esquema perfecto que ofrece una visión global del itinerario que ha de recorrer el proceso de presentación de candidatos electorales. A su vez, en cada uno de esos momentos no eluden los temas de fondo que merecen ser analizados, bien por los cambios en la legislación que durante estos años se han dando, bien por la aportación que la jurisprudencia ha ofrecido a los correspondientes conflictos (v.gr. reforma del art. 44.4 LOREG para la *prohibición de candidaturas que sucedan a partidos ilegalizados,* o *la composición equilibras entre mujeres y hombres en las candidaturas)*. Como decíamos, un plan de trabajo y un desarrollo perfecto. Tan solo, por hacer alguna sugerencia, quizás hubiera merecido la pena haber dedicado un epígrafe a recoger las peculiaridades de la presentación y proclamación de candidaturas en los procesos electorales de las Comunidades Autónomas. Por su puesto, esta ausencia no resta un ápice de importancia al libro y, además, se justifica, primero, porque lo anterior queda fuera de la legislación electoral general y, segundo, y quizás más importante, porque no existe más diferencias entre el proceso de presentación de candidatos del régimen general y el de las Comunidades Autónomas que el órgano electoral encargado de efectuar el control (Junta electoral de la Comunidad Autónoma y Juntas electorales provinciales).

Como dicen los autores, la obra combina la descripción de la regulación legal con su interpretación por la Junta Electoral Central, los Tribunales y las aportaciones de la doctrina. Con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que por su extensión y profusión ofrece respuesta a casi todos los temas polémicos y, lo que es más importante, desarrolla principios generales que informan la actuación del resto de órganos electorales. De los múltiples e interesantes temas que se han planteado en esta fase del procedimiento electoral, que han sido objeto de la acción del Legislador, la jurisprudencia y el debate doctrinal quisiera traer aquí, como también hacen los autores en su obra, tres asuntos: la prohibición de candidaturas que sucedan a partidos políticos ilegalizados, es decir, las previsiones del art. 44.4 de la LOREG; la incorporación de la paridad electoral, es decir, las previsiones del art. 44 *bis* de la LOREG, y la presentación de candidatos consecuencia de la aplicación del artículo 99.5 de la Constitución, es decir, las previsiones de la nueva Disposición Adicional séptima de la LOREG.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La primera cuestión tiene que ver con las previsiones del artículo 44.4 de la LOREG, que establece la prohibición de candidaturas que sucedan a partidos políticos ilegalizados. La reforma de ese artículo 44.4 de la LOREG es un complemento a la reforma de la Ley de Partidos Políticos de 2002 que introducía la posibilidad de declarar ilegal un partido político cuando su actividad vulnerase los principios democráticos o pretendiese destruir el régimen de libertades con alguna de las acciones previstas en el artículo 9 LPP. Para ello, el citado artículo 44.4 de la LOREG lo que hace es prohibir la presentación de candidaturas electorales a partidos, federaciones o coaliciones de partidos que apoyen o justifiquen el terrorismo. El primer problema que para ello se plantea es la urgencia e inmediatez con las que se deben desarrollar todos los trámites para analizar y recopilar las pruebas sobre si las candidaturas presentadas tienen evidencias de ser continuidad de partidos ilegalizados. Para ello se incorpora un apartado c) nuevo al artículo 49.1 de la LOREG que ha servido para reconocer que, si durante la campaña electoral, las partes legitimadas para recurrir la presentación de candidaturas tuvieran conocimiento de que algunas de las presentadas están incursa en los supuestos previstos en el artículo 44.4 podrán interponer el recurso contra la proclamación hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria. El libro analiza con todo detalle este procedimiento, así como la intervención del Tribunal Constitucional mediante sus sentencias (SSTC 126/2009, 138/2012 y 10/2013). No nos resistimos a apuntar las otras dos reformas de la LOREG para este asunto que nos sirven para entender el objeto del Legislador de 2011. La incorporación del artículo 108.4 bis de la LOREG que habilita para que, desde la votación hasta la proclamación de electos, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal puedan solicitar ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ. La suspensión cautelar de la proclamación de electos pertenecientes a una candidatura contra los que vaya a promover un procedimiento de ilegalización o un incidente de ejecución de sentencia de ilegalización en los quince días siguientes. Y la que, sin duda, fue medida más polémica de esta reforma: la incorporación en el nuevo artículo 6.4 de la LOREG de la llamada «incompatibilidad sobrevenida». Dicho precepto establece que incurrirán en incompatibilidad las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad a las elecciones por sentencia judicial firme. La incompatibilidad surtirá efectos en el plazo de quince días naturales desde que la Administración Electoral comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración, una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido. No creemos que esta regulación sea contraria a la prohibición del mandato imperativo previsto en el artículo 67.2 de la CE y, por lo tanto, tampoco a la doctrina del Tri-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bunal Constitucional en la que establece que el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud de sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores y, eventualmente, a la del elegido. Desde nuestro punto de vista los problemas que plantea esta regulación tienen que ver con el contenido de la incompatibilidad y con la institución encargada de declarar la «incompatibilidad sobrevenida» que, más bien, es una inhabilitación encubierta. Pero dejemos aquí este asunto, porque como se explicaba más arriba, excede con mucho las pretensiones de libro que estamos comentando.

El segundo asunto a comentar es la incorporación del artículo 44 *bis* de la LOREG para reconocer la llamada paridad electoral. El libro hace un exhaustivo recorrido sobre la cuestión tanto desde el punto de vista legal como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizando los tres grandes problemas: el problema de lo que este sistema tiene de *representación de intereses*, los efectos sobre el principio de *igualdad de acceso a los cargos públicos representativos* y *la libertad de los partidos a la hora de confeccionar las listas*. Puesto que sobre estos temas nos hemos ocupado en nuestro libro la *democracia paritaria. Un estudio crítico*, querría hacer las siguientes precisiones. La reforma electoral que establece que las candidaturas electorales deben conformarse de manera que en su conjunto no tenga menos del 40% o más del 60% de representantes de cada sexo introduce la paridad a partir del *principio de composición equilibrada* de las listas electorales. Nuestra crítica a esta decisión legislativa viene de considerar que es una medida que se construye sobre la idea de que los puestos de representación se han de repartir de forma permanente y estable al 50%, más o menos, entre hombres y mujeres. No estamos ante medidas de acción afirmativa o discriminación inversa para corregir situaciones de desigualdad y discriminación que, por definición, han de ser temporales, sino ante un reparto en función de un criterio natural (el sexo) que se considera fundamental para el ejercicio de los cargos públicos. Decisión que casa mal con la igualdad y universalidad del derecho al sufragio (arts. 68 y 69 CE). El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 12/2008 declara la constitucionalidad del artículo 44 bis de la Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres partiendo de un planteamiento bien claro y no menos discutible para aceptar la constitucionalidad de la «paridad electoral» (f.j. 6º): el citado artículo procura la igual participación efectiva de mujeres y hombres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, aplicando una fórmula de equilibrio entre sexos. Una fórmula que se caracteriza por fijarse en un criterio sociológico universal y permanente: todos somos hombres o mujeres y, por tanto, la fórmula de la «composición equilibrada» no favorece a unos y perjudica a otras, sino que es un modelo bidireccional que asegura la presencia igual de cada sexo mediante un reparto de los puestos a elegir. El argumento del Tribunal no sostiene que la división entre mujeres y hombres es de carácter ideológico o político, sino que esa división es previa

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y consiste en que la igualdad radical entre ambos sexos requiere que quien quiera ejercer una función representativa debe concurrir a las elecciones en una de los dos mitades que conforman la condición humana: hombres y mujeres. Planteamiento que es bien discutible desde el *universalismo racional* sobre el que se construye la democracia liberal.

El tercero y último asunto que merece la pena traer a este comentario es el relativo a la presentación de candidatos consecuencia de la aplicación del artículo 99.5 de la Constitución, es decir, las previsiones de la nueva Disposición Adicional Séptima de la LOREG. El establecimiento de un proceso electoral «express» para el caso de tener que convocar elecciones de acuerdo con lo previsto en el art. 99.5 de la CE se debe, según el propio Legislador de 2016, a que estábamos ante una *«situación especial de nuestro sistema constitucional»* que, según él, debe «*disponer de una regulación específica en el régimen electoral»* (…) hasta el punto de «*recurrir a trámites ya utilizados en el proceso electoral inmediatamente anterior, así como simplificar y reducir determinados plazos del procedimiento»*. Como es sabido, dicho objetivo se plasma, fundamentalmente, en la reducción del proceso electoral de cincuenta y cuatro días a cuarenta y siete días de duración. Y la justificación que se da es que: «*…en estas elecciones, convocadas de forma automática de acuerdo con el apartado 5 del artículo 99 de la Constitución, los candidatos no necesitan el mismo tiempo para realizar las actividades destinadas a la captación del sufragio»*. Nos parece que una reducción de esta naturaleza no es algo inocuo como se desprende de la justificación que se hace de la reforma. Hemos de recordar que las campañas electorales son uno de los principales procesos legitimadores del sistema democrático y que existe un acuerdo general sobre el efecto que las campañas tienen: primero, contribuyen al aumento de la participación; segundo, a pesar de situaciones de hastío o desafección hacia la clase política o las instituciones, producen un estado de mayor conexión entre elegidos y electores; y tercero, en escenarios de máxima competición, influyen significativamente en las intenciones del votante indeciso. Por ello, desde nuestro punto de vista, dicha campaña electoral «express», además de los problemas que plantea para cumplir plazos, que ya eran breves, mediante una nueva reducción de tiempo, es que se recortan los tiempos de deliberación, contraste de ideas y competición entre las distintas ofertas electorales lo que conduce a que, sin solucionar el problema inicial de ausencia de investidura, se genere un procedimiento electoral ultra breve que puede erosionar los principios de calidad democrática y legitimación del resultado final.

Muchos otros temas de gran enjundia trata el libro de los colegas Piedad García-Escudero e Ignacio Álvarez, sin embargo, la prudencia reclama que paremos aquí y, eso sí, recomendemos su reposada lectura a todos aquéllos que estén interesados en el proceso electoral español.

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ

Catedrático (A) de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

BUSTOS GISBERT, R., *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons/Fundación Manuel Giménez Abad, 2017.

Preguntarse acerca de la «calidad» de la democracia realmente existente en un concreto país es algo que se viene realizando desde hace bastante tiempo en diferentes Estados[1] y que empezó a practicarse oficialmente en España desde, al menos, 2007, año en el que el Centro de Investigaciones Sociológicas realizó su estudio número 2701[2], al que siguió un segundo estudio, el 2790[3], en 2009, titulados, literalmente, «calidad de la democracia»[4].

En los últimos años y como consecuencia, precisamente, del cuestionamiento de la calidad de la democracia española —recuérdese ¡Le llaman democracia y no lo es! tan escuchado en el *15-M*—, asistimos a una proliferación de trabajos que, desde diferentes perspectivas, tratan de medir, en términos homologables internacionalmente, las fortalezas y debilidades del sistema político-constitucional español; a título de ejemplo, pueden citarse el informe anual «sobre la democracia en España» que realiza la Fundación Alternativas[5] y los estudios comparados que lleva a cabo el Banco Mundial[6].

Como recuerda Irene Palacios, existen dos grandes marcos para evaluar la calidad democrática: el del proyecto *Democratic Audit*, que se inició en el seno del Human Rights Centre de la Universidad de Essex, cuyos principales artífices fueron Stuart Weir y David Beetham (1999)[7], y el marco desarrollado por Larry Diamond y Leonardo Morlino (2005) en el simposio especial de la Journal of Democracy sobre calidad de la democracia[8].

Nos parece de especial interés el proyecto *Democratic Audit* que en España es utilizado como marco de análisis

1 Véase, por ejemplo, el trabajo de D. BEETHAM, E. CARVALHO, T. LANDMAN y S. WEIR *Assessing the Quality of Democracy. A Practical Guide*, IDEA International, Estocolmo, 2009.

2 http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=8080&cuestionario=9354&muestra=14545

3 http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9922&cuestionario=11536&muestra=17205

4 Véanse, al respecto, el libro de B. GÓMEZ FORTES, I. PALACIOS BRIHUEGA, R. VARGAS-MACHUCA y M. PÉREZ YRUELA *Calidad de la democracia en España: Una auditoría ciudadana*, Ariel, Barcelona, 2010, y el estudio de I. PALACIOS BRIHUEGA *Los españoles y la calidad de la democracia*, Colección Opiniones y actitudes, Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid, 2016, disponible en https://libreria.cis.es/libros/los-espanoles-y-la-calidad-de-la-democracia/9788474767087/

5 http://www.fundacionalternativas.org/las-publicaciones.

6 http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home . Puede verse un resumen de tres de los estudios comparados internacionales más valorados en la entrada de P. MARÍ-KLOSE «La democracia española. en perspectiva comparada», *Agenda Pública*, 5 de noviembre de 2017, http://agendapublica.elperiodico.com/la-democracia-espanola-perspectiva-comparada/.

7 *Political Power and Democratic Control in Britain. The Democratic Audit of the United Kingdom*, Routledge, Londres, 2009.

8 *Assessing the Quality of Democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para el examen del funcionamiento de la democracia que todos los años realiza, como ya se ha indicado más arriba, la Fundación Alternativas tomando como base las opiniones de expertos, lo que facilitaría una hipotética comparación de los datos[9]. Este proyecto tiene en cuenta catorce esferas coincidentes con catorce preguntas vinculadas a cuatro grandes pilares: ciudadanía, leyes y derechos; representación y control del gobierno; sociedad civil y participación, y democracia más allá de las fronteras del Estado.

Si a resultas de lo dicho parece claro que los análisis sociológicos y politológicos sobre la calidad de la democracia están consolidados en nuestro país, no se puede decir lo mismo o, al menos, con la misma intensidad respecto al estudio de ese tema desde una perspectiva jurídico-constitucional y eso es, precisamente, lo que lleva a cabo de manera rigurosa y sistemática el profesor Rafael Bustos Gisbert en el libro *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo* que forma parte de la primera entrega de la colección Debates Constitucionales, dirigida por José Tudela Aranda y coordinada por los profesores Josep María Castellà Andreu y Fernando Reviriego Picón[10].

Cabe agradecer, en primer lugar, la sinceridad y transparencia del autor, que ya en la Introducción señala: «la presente monografía no es un análisis general y profundo de la calidad democrática. Es, como el subtítulo indica, una serie de reflexiones ordenadas en torno a los conceptos conformadores de una democracia de calidad en un determinado tiempo y lugar: la España de 2017. Reflexiones constitucionales porque el punto de vista es el Derecho constitucional originado a partir de la vigencia de la Constitución aprobada en 1978. Y reflexiones que se articulan en torno a tres ejes transversales: teoría, realidad y deseo. Teoría porque se pretende poner de manifiesto cómo deberían funcionar los elementos básicos de la calidad democrática. Realidad porque se destacará cómo han funcionado realmente, a nuestro entender, en la práctica dichos elementos. Y, en fin, deseo porque se proponen medidas que resultarían aconsejables (aunque por supuesto sean muy discutibles) para mejorar la calidad de la democracia española».

En segundo lugar, se hace explícita la tarea que el autor asume —y que cumple con creces—: «el objetivo que se nos propuso al encargarnos esta monografía era muy claro: debía ser un análisis comprensible para lectores no especializados en Derecho constitucional. Dos ejes debían orientarnos. Un estilo ensayístico, pero buscando el rigor académico. Se trataba de elaborar un ensayo liberado en lo posible de las formas típicas del método jurídico en la medida en que estas acaban alejando al lector no especializado. Pero ello no podía rebajar las exigencias propias de un trabajo realizado desde la investigación especializada…»

9 *Ob. cit*., pág. 16.

10 De esta primera entrega forman parte también los libros de I. GÓMEZ *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* y C. VIDAL *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, también de 2017.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En tercer término, el profesor Bustos Gisbert menciona el modelo que seguirá en su análisis: el elaborado por Levine y Molina en 2007 para evaluar la calidad de la democracia en Latinoamérica donde se considera que una democracia es de calidad si satisface plenamente las aspiraciones del autogobierno popular en cinco grandes aspectos: la decisión electoral; la participación política; la *accountability* (rendición de cuentas); la *responsiveness* (receptividad a las demandas sociales) y la soberanía. Y esos cinco criterios serán objeto de estudio detallado en los capítulos II a VI.

En el capítulo II se analiza la merma de calidad democrática derivada de nuestro sistema electoral y se concluye que hace falta garantizar el voto igual de los ciudadanos (mejor asignación de escaños a circunscripciones) y que se refleje mejor el peso en número de votos de los distintos partidos en el número de escaños que resultan finalmente asignados (mejor proporcionalidad). Es necesario, además, fortalecer la relación entre representante y votantes rompiendo, o al menos debilitando, la intermediación del partido político en esa relación. Por último, debe garantizarse la estabilidad parlamentaria facilitando la creación de mayorías en el Congreso que sustenten con cierta estabilidad al ejecutivo; todo ello supone, en palabras del autor, «buscar la cuadratura del círculo».

El capítulo III versa sobre la crisis de los intermediarios en la participación política: partidos y medios de comunicación y, una vez diagnosticados los problemas en la materia se aboga, por resumirlo mucho —como es obvio, estas páginas no pretenden ahorrar la lectura del libro sino incentivarla—, por la recuperación de la confianza en los partidos, la mejora de los mecanismos de libre formación de la opinión pública y, posiblemente, la articulación de nuevos mecanismos de participación ciudadana directa.

En el capítulo IV se pone en escena la responsabilidad de los gobernantes y se señala, entre otras cosas, que parte de la desafección popular sentida hacia el funcionamiento de la democracia en España se debe a la incapacidad del parlamento-oposición para provocar el proceso de rendición de cuentas gubernamental necesario para la realización del principio democrático en un sistema representativo. También se analizan los fallos en los controles que deben desarrollar instituciones no políticas como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial y se incide en el problema «de origen» que supone anteponer los criterios partidistas a la hora de nombrar a los titulares de esos órganos.

El capítulo V se centra en el efecto demoledor que produce la corrupción política. Como señala el profesor Bustos, si una determinada sociedad tiene una alta percepción de la existencia de corrupción, inevitablemente la calidad de una democracia es muy baja. Percibir que existe corrupción política es tanto como percibir que las decisiones de los representantes democráticamente elegidos (directa o indirectamente) se adoptan en función de los intereses de terceros a cambio de beneficios personales. No se adoptan en función de los intereses de los votantes. Estos devienen irrelevantes o, cuando menos,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

secundarios. Esta percepción resulta, por todo ello, demoledora para la democracia. Si los ciudadanos consideran que existe corrupción significa que no confían en absoluto en su capacidad real para poder inspirar e influir en las decisiones públicas.

Frente a esta situación, el autor postula la recuperación del control político sobre los gobernantes y ello a través de diferentes vías: fortalecer la posición individual de los representantes en el seno de los partidos; generar mecanismos de control y participación en el funcionamiento diario de los mismos; prohibir la mendacidad en los gobernantes; asegurar un estatuto jurídico de las minorías parlamentarias; garantizar la total transparencia de los poderes públicos, y en especial de la financiación de los partidos políticos,… Pero, además, cualquier eventual medida habrá de encuadrarse dentro de un más amplio compromiso general de erradicación de la corrupción política del sistema democrático como una forma inexcusable de evitar la carcoma permanente de la calidad democrática.

Finalmente, el capítulo VI se centra en la globalización, la Unión Europea y la democracia y, con ello, en la capacidad real del pueblo y sus representantes para dirigir las políticas nacionales frente a las posiciones o presiones de poderes situados por encima del propio Estado. Y, en este contexto, la mejora de la calidad democrática en relación con las decisiones impuestas a España como miembro de la comunidad internacional y como partícipe de la integración europea se aborda desde un punto de vista nacional, buscando la mejora del nivel de participación, directa e indirecta, de los ciudadanos en la formación interna de la voluntad estatal que ha de expresarse en dichos foros políticos supraestatales.

El libro termina con una recapitulación de las propuestas en forma de programa general: modernización del sistema electoral, refundación de los partidos, acabar con la partitocracia en las instancias de control jurídico, aprobación de un estatuto de las minorías parlamentarias e interdicción de la mendacidad, exploración de mecanismos de participación directa de los ciudadanos, parlamentarización de la política exterior, implantación de una ética pública en un marco general de lucha contra la corrupción política e institucionalización de la protección de los derechos del buen gobierno y de la calidad democrática.

El libro cumple sobradamente, como ya se ha apuntado, los objetivos que desde la dirección se imponen al autor y los que el autor se impone a sí mismo. Me parece que el diagnóstico de la merma de calidad de nuestra democracia es certero; también lo es la idea de que la recuperación de esa calidad no es únicamente cuestión de normas sino, en no poca medida, de formas: «a menudo no sería necesaria ninguna modificación jurídica para incrementar la calidad democrática».

En un texto remitido a la *Revista Europea de Derecho Constitucional* un mes antes de escribir esta recensión me propuse esbozar «algunos apuntes sobre la calidad de la democracia española» y tratar de dar respuesta a unos interrogantes que coinciden bastante con los aspectos que estudia el profesor Bus-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tos: ¿sirve el sistema electoral a la expresión del pluralismo y al igual valor de los votos? ¿Contribuye el sistema de partidos al buen funcionamiento de la democracia española? ¿Rinde cuentas de su gestión el Gobierno ante el pueblo y el Parlamento? ¿Hay igualdad de derechos políticos y participan todos los ciudadanos en la vida pública?

Mis conclusiones, mucho menos elaboradas que las del profesor Bustos Gisbert, apuntan en su misma dirección: la democracia española «necesita mejorar» para alcanzar una calidad superior a la que presenta en la actualidad: debe reformar su sistema electoral para que exprese el pluralismo político realmente existente en la sociedad y para que el peso de los ciudadanos en la toma de las decisiones relevantes sea, esencialmente, el mismo, al margen del lugar en el que vivan y de la opción política por la que se decanten en los procesos electorales de ámbito estatal; en segundo lugar, debe articularse un sistema de partidos en el que las formaciones políticas funcionen de manera democrática y consigan arraigo social; en tercer término, habría que llevar a cabo una profunda reforma institucional para mitigar el excesivo poder que ha ido alcanzando el Poder Ejecutivo, cada vez más «irresponsable» y refractario al control social y parlamentario; finalmente, en una sociedad democrática, la mayoría del pueblo gobernado ha de poder actuar como pueblo gobernante, por lo que es preciso incluir políticamente a los extranjeros con residencia legal y continuada en España y, quizá, también a los mayores de 16 años.

Y, por mencionar algún concreto «desacuerdo», yo soy menos escéptico que el profesor Bustos sobre las posibilidades que ofrecen instrumentos de democracia participativa de ámbito estatal como la iniciativa popular, tanto constitucional como legislativa, y el referéndum. También creo que si alguna reforma implica una modificación de la Constitución por el procedimiento agravado no puede dejar de realizarse si aspiramos a una democracia de calidad.

En todo caso, y ya que hemos estado hablando de calidad, no cabe sino certificar la del libro escrito por el profesor Rafael Bustos y la relevancia de trabajos de esta naturaleza para mejorar, valga la reiteración, la calidad del conocimiento ciudadano sobre los problemas que aquejan a nuestro sistema democrático. Me atrevo a concluir que, ante la desidia e inoperancia institucionales, solo desde la concienciación ciudadana se podrán impulsar unos cambios que cada vez son más apremiantes.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático (A) de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

PÉREZ-MONEO, M., VINTRÓ CASTELLS, J., (COORDS.) *Participación política: deliberación y representación en las Comunidades Autónomas*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2017.

El marco autonómico ofrece espacios para reforzar los elementos democráticos de nuestro sistema de representación política, siempre y cuando entendamos la participación no como vía para la adopción de decisiones, sino como la generalización y la diversificación de mecanismos a través de los cuales, tanto el individuo como el conjunto de los ciudadanos, según los casos, pueden incidir significativamente en la deliberación pública, en los procesos de toma de decisión y en los cauces de representación. Así concluye el libro coordinado por los profesores Miguel Pérez Moneo y Joan Vintró. Una clara síntesis de lo que nos encontramos en esta obra; un arsenal de propuestas para construir una relación de representación más sólida a partir de la mejora de los canales de comunicación entre ciudadanos y representantes.

La reducción al ámbito autonómico tiene su justificación, como nos recuerda Javier García Roca en el prólogo, en la idea del *federalism makes experimentation easier,* es decir, que las Comunidades Autónomas pueden ser laboratorios de experimentación administrativa donde ensayar nuevos instrumentos para su traslado al conjunto del Estado. Y así ha ocurrido, de hecho, en el terreno de la participación ciudadana y de la buena administración, tras su reconocimiento como derechos por los Estatutos de nueva generación, de manera que los códigos de buen gobierno, la introducción de medidas para hacer efectivas la rendición de cuentas y las leyes de participación ciudadana o de transparencia en las Comunidades Autónomas han precedido siempre a la legislación estatal. Sin embargo, en el terreno de la participación política, el escenario es de signo contrario. Por un lado, la LOREG ha reducido mucho los márgenes en los que puede moverse el legislador autonómico; quizás en exceso, como se nos recordará a lo largo de estas páginas. Por otro, en los pocos aspectos en los que es posible innovar, se ha optado por hacer seguidismo de la regulación estatal. Y, finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reducido al máximo el papel que puede jugar en nuestro modelo de democracia representativa el referéndum y su utilización por las Comunidades Autónomas. De ahí que consideremos especialmente necesario y útil el trabajo realizado por los autores de identificar esos espacios autonómicos en los que se pueden ofrecer nuevas vías de participación política a los ciudadanos.

En concreto, en esta obra se analizan tres dimensiones de la participación de los ciudadanos, no siempre fácilmente delimitables, que se corresponden con las tres partes en las que se estructura el libro: participación en la deliberación, en la toma de decisiones y en la representación. Además, se incluye un prólogo del profesor García Roca, un

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estudio introductorio y unas conclusiones de los coordinadores del libro.

En el prólogo, García Roca bosqueja el marco teórico en el que se desarrolla el debate actual entre democracia y representación política: la esclerosis del sistema representativo y del parlamentarismo a la hora de dar respuesta satisfactoria a los problemas de la ciudadanía; la pérdida de confianza y de consentimiento de los ciudadanos respecto a los representados y, por último, la desafección de los ciudadanos por las instituciones representativas y los partidos, principales actores del proceso político, cuya preocupación por los intereses de la ciudadanía, en lugar de por los propios, se encuentra en entredicho sobre todo a raíz de la proliferación de casos de corrupción política. Como nos recuerda el autor después en la mayoría de los casos no son problemas nuevos, aunque en la actualidad se han visto agravados por la crisis económica (tampoco esta situación ha sido una novedad en las viejas democracias representativas con dos guerras mundiales y varios *cracks* económicos como el del 29 o la crisis del petróleo) y por el inmovilismo de nuestra clase política reacia a acometer las reformas constitucionales y de las leyes desarrollo necesarias para seguir haciendo *habitable* para todos una Constitución que por el camino va perdiendo la fuerza normativa de sus preceptos, llegando a su inobservancia, la desafección ciudadana o incluso a la vulneración directa de los preceptos constitucionales. Según el autor, no podemos olvidar las enseñanzas de Constant, Schmitt, Kelsen, Mirkine-Getzevich, Bockënförde o Pitkin en la búsqueda de una solución; por eso, la respuesta no puede plantearse en términos de sustitución de la democracia por las técnicas participativas; mucho más cuando eso ha sido llevado al extremo por teorías de base comunitarista para propugnar democracias de transición a no se sabe si a un tipo de socialismo totalitario o a un autoritarismo de base populista. También señala como insuficientes, esta vez por reduccionistas, las soluciones que focalizan toda su atención en el parlamento abierto y la transparencia. La única opción viable es la participación *en* la representación política, es decir, mejorar la propia relación representativa, articulando puntos de conexión con los ciudadanos, y complementarla de manera auxiliar con instrumentos de participación directa de los ciudadanos.

Ese es precisamente el punto de partida de esta obra colectiva, tal y como nos señalan los coordinadores en su estudio introductorio donde, además, se fijan como objetivo común de todos los autores la identificación del estatuto del jurídico del ciudadano en relación a las vías —reales y efectivas— de participación que se le ofrecen para intervenir en la deliberación y la toma de decisiones. Se adopta así una perspectiva metodológica original en los estudios sobre representación política, la del representado, cuando lo habitual es hacerlo desde la óptica del representante.

Con buen criterio, han reducido su análisis a la *participación política*, entendiendo por tal el contenido del derecho de participación del art. 23 CE. Por tanto, sólo tendrán en consideración aquellas técnicas participativas

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que tomen en consideración al individuo *uti cives* (sufragio, referéndum, iniciativa legislativa popular y, de manera cada vez más residual, el régimen municipal de concejo abierto), y sólo de manera incidental, se ocuparán de esos otros mecanismos de participación *uti socii* para la defensa de intereses concretos o de carácter sectorial, abundantes en nuestra Norma Fundamental y englobados por el Tribunal Constitucional bajo la fórmula *democracia participativa,* porque, a su modo de ver, primando estas formas de participación se corre el riesgo de arrinconar a la ciudadanía y de poner en riesgo el interés general. No obstante, no estoy de acuerdo con esta visión pesimista de las asociaciones como agentes de participación. Es lugar común acusar a las organizaciones sectoriales de profesionalización de la participación. Pero, ¿acaso los partidos no son profesionales de la representación? Es más, ¿no estarían especialmente cualificados los particulares afectados por un problema para aportar soluciones? ¿por qué pensar siempre que se rigen por intereses espurios? ¿qué hay de malo, entonces, en concentrar sus esfuerzos en ocuparse sólo de esos problemas si la decisión siempre va a quedar en manos de las autoridades encargadas de defender el interés general? Cuestión distinta es que, como se trata más adelante en este libro por Rubio y Gozalo, deban regularse y hacerse públicas esos contactos entre las organizaciones particulares y las autoridades, más concretamente con los representantes. Hace ya tiempo, defendí con A. Fernández, la posibilidad de dotar de protección constitucional a la actuación de las organizaciones sectoriales[1]; parece complicado a partir del concepto constitucional de participación política vigente y del desarrollo efectuado por la legislación electoral y de referéndum en el que los partidos aparecen como únicos (y no sólo principales como reza en el art. 6 CE) instrumentos de participación. Por eso, propusimos que la vía podría ser el art. 22 CE, reconociendo una suerte de contenido adicional del derecho de asociación, accionable ante los tribunales y en amparo, cuando dichas organizaciones tuviesen reconocidos por el ordenamiento derechos de participación. Y tanto la Ley 39/2015 (art. 133) como las leyes de participación ciudadana de las Comunidades Autónomas ofrecen ese cauce. Además, también puede ser una buena forma de otorgar voz frente a las instituciones a determinados colectivos, como los extranjeros, excluidos del derecho de participación política.

La Parte I, «Deliberación pública: campaña electoral y participación en los procesos parlamentarios», nos ilustra sobre aquellos mecanismos con los que pueden trasladarse al ámbito parlamentario nuevas inquietudes ciudadanas. Se analizan en ella solo dos temas, las campañas electorales y la participación ciudadana en sede parlamentaria, aunque creo que habría sido conveniente añadir aquí la iniciativa legislativa popular que se estudia en la

1 FÉRNANDEZ LE GAL, A. Y PÉREZ ALBERDI, Mª. R., «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales. El artículo 105 a) de la Constitución», LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Gobierno y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 521-527.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Parte II. Cada tema, como sucederá también en las otras partes del libro, es analizado por dos estudios, uno de ellos de alcance general y el otro, de carácter más concreto y centrado, casi siempre, en Cataluña a modo de muestra de estudio.

Respecto a la campaña electoral, los estudios de L. Bruguera Amenave («*Participación en campaña electoral desde una perspectiva autonómica comparada*») y M.A. Presno Linera («*Proceso electoral autonómico y participación ciudadana: propuestas de reforma vinculadas a la campaña electoral*») nos muestran el estrecho margen dejado por la LOREG en esta materia así como la escasa creatividad de las leyes autonómicas y, lo que es sumamente interesante, realizan una serie de propuestas de mejora de la regulación. No se desarrollan, por tanto, derechos de participación de los ciudadanos en la campaña electoral, sino una propuesta de regulación de la campaña menos encorsetada que conceda más opciones a los representantes de hacer llegar a los electores su mensaje y que, al mismo tiempo, garantice la igualdad de oportunidades de las candidaturas y la neutralidad de los poderes públicos en la formación de voluntad del elector; por eso nos parece que el lugar más adecuado para tratar este tema habría sido la Parte III, en la que se busca una mejor articulación de la relación de representación.

Estoy de acuerdo con los autores en que ese exceso competencial del legislador estatal obedece a una interpretación demasiado amplia del artículo 149.1.1ª CE (condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos)[2] y, por tanto, en que podría haber margen para la intervención autonómica para las propuestas enumeradas por Presno Linera de: a) incentivar la participación de los ciudadanos en la campaña informativa de los poderes públicos, b) modificar la duración de la campaña electoral, c) eliminar la exigencia de *proporcionalidad* en el tratamiento informativo de las televisiones públicas y de *proporcionalidad y neutralidad electoral* a las televisiones privadas, d) suprimir la prohibición de difundir encuestas durante los cinco días anteriores a la cita electoral, e) fijar por ley la obligación de celebrar debates en los medios de comunicación públicos y, finalmente, f) eliminar la jornada de reflexión. No comparto, sin embargo, su propuesta para que la norma para llevar a cabo las modificaciones sea el Estatuto de Autonomía, como forma de blindaje competencial. Pienso que el ámbito natural de la reforma es el de la ley electoral autonómica, bajo riesgo de convertir al Estatuto en una norma excesivamente reglamentaria. Además, no podemos obviar que los intentos para definir por vía indirecta a través de la norma estatutaria las competencias transversales o básicas del Estado han sido desactivados por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en las SSTC 247/2007, Fj. 17, 31/2010, Fj. 57 y 137/2010, Fj. 9).

2 En el mismo sentido, GAVARA DE CARA, J.C., «La distribución de competencias en materia electoral en el Estado de las Autonomías», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 22-23, 2004, pp. 12-13 y mi trabajo, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los diputados, Madrid, 2013, pp. 191-196.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los trabajos de J. Tudela Aranda («*El Parlamento autonómico y la calidad de la democracia*») y de R. Rubio y M.A. Gozalo («*Vías de participación en el Parlamento, ¿Parlamentos abiertos?*») ponen el acento en la necesidad de revitalizar la posición institucional del Parlamento autonómico; diagnóstico, el del debilitamiento del Parlamento, no por conocido, menos exacto y que, en su opinión, trae causa de la deriva presidencialista de la forma de gobierno y de la erosión de las funciones parlamentarias, especialmente la legislativa y la de control. Para conseguir esa revitalización, consideran imprescindible la recuperación del sentido ideológico del Parlamento, el protagonismo del diputado individual y la presencia del ciudadano en la vida parlamentaria. En este sentido, la propuesta del Parlamento abierto, estudiada por Gozalo y Rubio, aspira precisamente a potenciar la participación del ciudadano en el ejercicio de las funciones parlamentarias. Al servicio de tal objetivo, los autores analizan una serie de actuaciones que podrían mejorar la transparencia de las Asambleas autonómicas (los portales de transparencia, la utilización de formatos abiertos, la incorporación de una memoria de trazabilidad o *huella digital* de la tramitación de los textos legislativos y la publicación de las agendas de los parlamentarios) así como nuevas vías de participación individual o asociativa (y por tanto enmarcadas en la *democracia participativa*) que se están ensayando en los últimos tiempos para recuperar la confianza ciudadana, tales como el impulso de los foros deliberativos y participativos, la modernización del derecho de petición a través de las nuevas tecnologías, la apertura a los ciudadanos de las comparecencias y audiencias parlamentarias, lo intergrupos (es decir, grupos informales de parlamentarios abiertos a personas ajenas a las instituciones) y la regulación de los grupos de interés.

La Parte II, «Toma de decisiones: iniciativa legislativa popular y referéndum», recoge cuatro trabajos dedicados a las instituciones de participación política directa. Los dos primeros, de E. Aranda Álvarez («*La iniciativa legislativa popular. Propuestas para mejorar su ejercicio*») y P. García Majado («*La participación ciudadana en Cataluña a través de la iniciativa legislativa popular*»), se posicionan a favor de una regulación de la iniciativa legislativa popular que reduzca al mínimo los impedimentos a su ejercicio, en consonancia con la regulación efectuada por la ley de iniciativa legislativa popular catalana; lo que, a su juicio, conlleva afectar a «los elementos esenciales» de la titularidad del derecho mediante su ampliación a mayores de 16 años y a los extranjeros; eliminar muchos de los límites materiales, aunque en el caso de la ILP estatal exigiría sin duda la reforma del art. 87.3 CE; relajar los requisitos formales de admisibilidad; ampliar el plazo de recogida de firmas; suprimir el debate de la toma en consideración y, finalmente, prever la presencia de la comisión promotora en todas las fases de tramitación de la iniciativa, hasta el punto de reconocerle la posibilidad de retirarla. Creo muy acertadas la mayoría de las propuestas, salvo las que tienen que ver con la ampliación de los titulares del derecho, sobre la edad y

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la nacionalidad, con distinto alcance en cada caso; así, aunque como defiende García Majado, podemos considerar que la edad es una condición de ejercicio del derecho de participación política, creo que debe incluirse entre los requisitos que garantizan la igualdad básica en el ejercicio del derecho y, por lo tanto, su modificación solo puede corresponder al legislador estatal (art. 149.1.1 CE). Por otro lado, la extensión a los extranjeros choca con la propia literalidad del art. 13 CE y exigiría reforma constitucional.

Los estudios de M.N. Alonso García y M. E. Seijás Villadangos («*Consultas populares autonómicas: ¿hay vida más allá de Cataluña?*») y de D. López Rubio («*Referéndum y consultas populares en Cataluña*») se ocupan de uno de los temas más controvertidos de los últimos años, la admisibilidad constitucional del referéndum autonómico. Se examina en estos dos trabajos de manera exhaustiva la regulación y las tentativas de aplicación en el País Vasco, Canarias y Cataluña. Su análisis no puede sustraerse de jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como es sabido, de entrada, parece contraria a esta hipótesis, al reservar al Estado «la entera disciplina del referéndum» (SSTC 31/2010, 31/2015, 137/2015, 138/2015, 51/2017, etc.); esta regla general trae como corolario que la competencia autonómica sobre consultas populares solo puede dar cabida a consultas de alcance sectorial enmarcadas dentro del fenómeno de la *democracia participativa,* pero no al referéndum, que se configura como una modalidad del derecho de participación política del art. 23, reservada para las consultas *uti cives* a través del sufragio y cuyo establecimiento y regulación correspondería exclusivamente al Estado en virtud del art. 149.1.32ª CE (autorización de las consultas populares por vía del referéndum).

No obstante, se defiende en esta obra una interpretación que nos parece muy plausible: la incorporación en legislación estatal, en concreto en la Ley Orgánica 2/1980, de un referéndum autonómico que siguiese las coordenadas del previsto en la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña[3] (aún vigente cuando se editó la obra), esto es, un referéndum consultivo sobre asuntos de competencia autonómica, con autorización previa estatal y en el que fuese posible la iniciativa popular. En ausencia de regulación estatal que lo prevea, todos los intentos de las Comunidades Autónomas por hacer uso del referéndum han sido declarados inconstitucionales. Diagnóstico que se ha cumplido incluso con la propia la Ley 4/2010 (STC 51/2017).

En la Parte III se estudian tres aspectos concretos relativos a la conexión de los partidos políticos y los sistemas electorales: la participación de los afiliados o incluso los simpatizantes en la realización del programa

3 Defendida también por PÉREZ SOLA, N., «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares» en: *Teoría y Realidad Constitucional,* nº 24, 2009, p. 450; CASTELLÀ ANDREU, J. M.ª, «La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Public*, nº Extr. 2010, p. 315 y en mi trabajo «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015, pp. 128-130.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

electoral del partido; la selección de candidatos a través de un proceso de primarias y la posibilidad de desbloquear las listas. Echo en falta un tema clave y que está en todas las propuestas pasadas, presentes y seguro que futuras del sistema electoral como es la corrección de las enormes distorsiones de la proporcionalidad electoral que afectan al Congreso de los Diputados y a los Parlamentos autonómicos, especialmente al de Cataluña, como ha podido demostrarse en estas últimas elecciones. Aunque es cierto que, en obras de esta índole, fruto de un proyecto de investigación, a veces resulta imposible conciliar todos los intereses en juego y es inevitable sacrificar algún tema.

Sobre la apertura a los ciudadanos del proceso de elaboración de los programas electorales, el trabajo de Emilio Pajares Montolío («*La participación ciudadana en la elaboración de programas electorales*») subraya el escaso interés que ha despertado la orientación programática de los partidos y su escasa apertura a la participación ciudadana, presentándose más bien como un coto cerrado a disposición únicamente de algunos expertos, de un grupo reducido de dirigentes y de asesores. Considera el autor que esta situación obedece en buena medida al hecho de que la normativa electoral estatal o autonómica y la propia ley de partidos no establecen ninguna previsión al respecto, más allá del genérico deber de participación de los militantes en las actividades del partido del art. 8 de la LOPP. Tampoco el estudio de las normas internas de los partidos catalanes realizada por el autor revela grandes avances. Una experiencia práctica concreta, que ni siquiera sigue formalmente los estatutos del PSOE, nos es relatada por D. Giménez Gluck («*Análisis sobre participación ciudadana en el proceso de elaboración del programa electoral del PSOE en las elecciones generales de 2015*»). Las conclusiones que podemos extraer de sus análisis son, de un lado, que quizás más que la participación en la elaboración del programa electoral mismo, que resulta prácticamente imposible por la brevedad de los plazos de nuestro procedimiento electoral, lo conveniente sería abrir el cauce participativo entre Congresos para la orientación del programa político del partido; lo que, sin duda, traerá consecuencias en el programa electoral. Y, por otro lado, que eventuales modificaciones no deberían pasar por cambios legislativos sino de la normativa de los partidos políticos para conciliarlo que la libertad de auto-organización que tienen reconocidas constitucionalmente estas asociaciones.

En el tema de la selección de los candidatos, los trabajos de J. Alguacil Aurioles («*A propósito de la selección de los candidatos electorales de los partidos a través de elecciones primarias. ¿Son el mejor instrumento para acercar los partidos a la ciudadanía?*») y M. Pérez Moneo («*La participación ciudadana en la selección de candidatos electorales*») expresan puntos de vista completamente opuestos. Para el primero, no se pueden trasladar las primarias nacidas en un modelo presidencialista como el norteamericano a nuestro modelo. Para el, el proceso de primarias resulta incompatible con el sistema de organización de partidos eminentemente representativo, porque

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

introduce un elemento de democracia directa en la selección de candidatos. Sin embargo, nos inclinamos más por la postura de Pérez Moneo, para quien la apertura de los procedimientos internos de los partidos destinados a la selección de los candidatos ofrecería nuevas posibilidades de expresión a la voluntad popular y de mejora de la relación representativa. El autor cifra el fundamento para la intervención del legislador en esta materia, por un lado, en la dimensión constitucional de la selección de los candidatos a los cargos públicos representativos, al suponer una fase necesaria del proceso electoral y un elemento clave en la orientación ciudadana de la política nacional y, por otro, en el mandato constitucional de democracia interna. Ahora bien, no es posible imponer a los partidos que participen en las primarias personas ajenas a la organización si no se quiere desnaturalizar su libertad de organización interna, que le protege de injerencias externas, y los derechos de los afiliados que, de otro modo, se vaciarían de contenido; por eso se propone que la ley limite la extensión de las primarias a los militantes y sean los estatutos quienes puedan ampliar ese proceso a adheridos y simpatizantes.

Por último, en prácticamente todas las propuestas de reforma electoral que se están presentando a nivel autonómico y estatal, se encuentra la posibilidad de incluir alguna forma de personalización del voto, siendo la opción del desbloqueo de las listas la más extendida. En el trabajo de M. Garrote de Marcos («*Listas desbloqueadas en los sistemas electorales autonómicos: ¿Es necesario, posible y probable?*»), encontramos todos los ventajas e inconvenientes de esta forma de candidatura extraídos de la experiencia comparada. Entre los motivos a favor se encuentran la mejora de la relación de representación, induciendo a una mayor responsabilidad de los representantes, a un mayor acercamiento a sus electores y a un control más estricto de su actividad. Para A. Queralt, que centra sus análisis en las reformas electorales catalanas, no pueden obviarse algunos problemas que deber ser tenidos en cuenta a la hora de su implantación, especialmente, su incidencia en la selección de candidatos por los partidos, la necesidad de dar un nuevo enfoque a la campara electoral, pues la competencia ya no se producirá sólo entre partidos sino también dentro de los mismos, o la afectación en la composición equilibrada por sexos de las listas, aunque en este último punto las dos autoras coinciden en que las listas cremallera palían notablemente ese efecto perverso.

La extensión de este breve comentario ha dejado muchas cosas en el tintero, porque muchas son las reflexiones que suscita esta obra en la que se analizan con rigor académico los instrumentos de participación y de mejora de la democracia que están siendo ensayados por las Comunidades Autónomas. Este tratamiento analítico y empírico de los temas hacen que sea una obra de imprescindible consulta para quienes buscan soluciones a los problemas que vienen lastrando nuestras democracias.

Mª REYES PÉREZ ALBERDI

Profesora Contratada Doctora
de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Sociedad democrática y Constitución (Estudios y cabos sueltos)*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

En este libro el prof. Óscar Alzaga ha recogido una selección de artículos y textos, algunos de ellos inéditos, seleccionados en función del interés que conservan para los estudiosos del Derecho constitucional. El título, «Sociedad democrática y Constitución», quiere expresar la filosofía política de la libertad e igualdad que impregnó el movimiento constitucionalista desde sus orígenes, que permite adoptar una visión realista del Derecho constitucional, la que siempre ha definido a su autor. Como en otros libros de este tipo, la selección de trabajos ofrece una visión panorámica de la trayectoria intelectual e investigadora de su autor, y es reflejo de su forma de entender esta disciplina y el papel que éste debe desempeñar en el desarrollo de una comunidad política plenamente democrática. En dicha selección se incluyen desde algunos de los primeros escritos de un joven profesor de Derecho político, en los años en que se luchaba por alcanzar un Estado de derecho, hasta trabajos de la etapa de madurez de su autor, sobre cuestiones más complejas o delicadas. Entre ellos destacan los trabajos inéditos, y especialmente un interesante estudio redactado en 1974, junto con otros cuatro juristas comprometidos con la oposición democrática, que expone detalladamente y con formato de anteproyecto de ley electoral las garantías que la oposición consideraba indispensables para aceptar participar en unas elecciones verdaderamente libres y competitivas. Lo realmente relevante es que la práctica totalidad de dichas garantías fueron recogidas en las normas que regularon las elecciones de junio de 1977, a las que concurrieron los partidos que habían estado en la clandestinidad, y de allí pasaron posteriormente a nuestra actual legislación electoral. Otro trabajo también inédito es la *Addenda* al Informe sobre la Reforma de la Universidad, elaborado en 2012 por una comisión de expertos, en la que se defienden la libertad de ciencia, de cátedra, la autonomía universitaria y el acceso a los cuerpos docentes universitarios en función de los principios de mérito y capacidad.

ARANDA ÁLVAREZ, E., (Coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

El Derecho constitucional, como bien apuntaba Hesse, no puede permanecer ajeno ni a la realidad social, ni a las transformaciones sociales movidas por ésta.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Consciente de ello, el profesor Aranda coordinó unas Jornadas en la Universidad Carlos III de Madrid, junto con el Instituto de Derecho Público Comparado de esa Universidad (dirigido por el profesor Luis Aguiar de Luque, autor de la introducción) y la Fundación Manuel Giménez Abad con un muy sugerente título, rúbrica bajo la que pretendía abordar los diferentes problemas y conflictos surgidos como consecuencia de esa dilatada permanencia en funciones y que precisaban de una reflexión sosegada. Destacan las aportaciones en la parte primera (posición del Rey en el procedimiento de investidura) de Antonio Torres del Moral, Miguel Satrústegui y María Rosa Ripollés; en la segunda (Gobierno en funciones y su control) de Ascensión Elvira Perales, Javier García Roca, Fernando Reviriego Picón, Francisco Visiedo, Manuel Fernández-Fontecha y Víctor Bethencourt; en la tercera (actividad legislativa) de Piedad García-Escudero Márquez, Javier García Fernández e Isabel Giménez Sánchez; y en la cuarta (convocatoria automática de elecciones) de Enrique Arnaldo Alcubilla, Emilio Pajares Montolío y Javier Lorenzo. Se analizan, como hemos apuntado, todas las cuestiones que adquieren relevancia desde una óptica del Derecho constitucional: desde la posición del Rey en la propuesta que debe realizar al Presidente del Congreso de los Diputados de candidato a Presidente de Gobierno, analizando así el artículo 99 CE y las posibilidades de reforma del mismo, pasando por el estudio de la actividad legislativa de un Parlamento con un Gobierno en funciones, hasta el muy importante análisis de las posibilidades de que este Parlamento pueda controlar a tal Gobierno en funciones.

Astarloa Huarte-Mendicoa, I., *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Iustel, Madrid, 2017.

Este trabajo es, como afirma el prologuista, «un libro sobre el Parlamento en el que no se habla mal del Parlamento. Todo lo contrario. Constituye una vivaz reivindicación del Parlamento como institución». Con un tono a medio camino entre el ensayo y la monografía jurídica clásica, su autor nos ofrece una visión panorámica desde la que valorar nuestro parlamento y encarar las reformas futuras a las que se someta. En primer lugar, nos coloca, con perspectiva histórica y comparada, ante la realidad de que es preciso desterrar algunos tópicos y admitir que la realidad de nuestro parlamento no es tan criticable como se ha considerado en muchas ocasiones. En segundo lugar aborda los retos y problemas del parlamento de este tiempo (heredados, propios del s. XXI y relacionados con la devaluación de la función legislativa). En tercer lugar analiza detalladamente la reforma del parlamento: las culminadas, las frustradas y las propuestas de los diferentes partidos en este sentido. Y concluye con un interesante capítulo con sus reflexiones sobre el cambio pendiente. Este trabajo proporciona un material exhaustivo, en muchos casos desconocido o no estudiado, procedente tanto de la literatura comparada más moderna sobre los Parlamentos y el parlamentarismo,

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como de los trabajos acumulados durante más de treinta años para las reformas que se han venido planteando —generalmente sin éxito— en nuestras Cortes Generales. La obra se ha beneficiado, desde luego, de la experiencia tanto teórica como práctica adquirida por su autor, que ha desempeñado tareas como la de Letrado Mayor de las Cortes, Diputado, Secretario de Estado y Letrado Mayor del Parlamento Vasco.

BILCHITZ, D., *Pobreza y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Esta obra es la traducción al castellano de una auténtica obra de referencia en lengua inglesa en materia de derechos fundamentales, fruto de las investigaciones del prof. David Bilchitz, en la que se ofrece la impresionante teoría construida por su autor sobre cómo debemos pensar los derechos socioeconómicos y qué es lo que éstos requieren para su efectividad. Con este libro el autor no solo se propone dotar de una fundamentación metaética a los derechos sociales o socioeconómicos, sino también plantear una vía concreta para su efectivización: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes (judicial review). La argumentación de Bilchitz se orienta a justificar el postulado consistente en que los derechos socioeconómicos deben ostentar una prioridad normativa equivalente a la de los derechos civiles y políticos. Dicha equiparación se basa en el argumento consistente en que las sociedades están en la obligación de tratar a todos los individuos con una importancia igual o equitativa. El reconocimiento de dicha importancia presupone para Bilchitz no solamente reconocer a los individuos su libre ejercicio de libertad, sino que además implica el garantizarles el acceso a recursos suficientes para permitirles alcanzar una amplia variedad de metas. En ello radica, según Bilchitz, el aseguramiento de que todas las personas vivan una vida valiosa.

CABELLO FERNÁNDEZ, M.D., *Democracia directa e iniciativa legislativa popular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Las tensiones entre la democracia directa y la representativa son clásicas. Aunque quizá pueda hablarse en la actualidad de democracia participativa, como un modelo de democracia que supera tal contraposición, aceptando que nuestro modelo constitucional asienta sus pilares en la democracia representativa, pero incidiendo a su vez en las necesidades de fomentar la mayor participación del ciudadano en el seno de tal forma de democracia y, además, fomentando también mecanismos que permitan una mayor y mejor participación directa de éste que complementen la representación. En ese contexto cobra una especial relevancia el mecanismo de la iniciativa legislativa popular, pues si bien es cierto que es un instrumento que se encuadra en la denominada democracia directa, y así lo hace

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ver la autora del libro, permite conectar de forma particularmente adecuada voluntades directas de ciudadanos con el foro de la representación, el Parlamento. La autora aborda además la regulación de la iniciativa legislativa popular en los planos europeo, estatal y autonómico,.

CASTAÑÓN JIMÉNEZ, C., *Régimen jurídico y práctica del juramento en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

En este trabajo, fruto de una tesis doctoral defendida por la autora, se plantea un estudio pormenorizado de la regulación y ejercicio de la figura del juramento como expresión pública y explícita de la sujeción constitucional de prácticamente cualquier función que esté llamada a surtir efectos públicos en nuestro país. Partiendo de unas nociones preliminares sobre los aspectos más sobresalientes de fondo y forma del juramento, se aborda una tipología sistemática de su presencia en el ordenamiento jurídico español. El resultado es un mapa detallado de todo un abanico de juramentos, tan sorprendente como rico en matices. Abarca desde los juramentos contemplados en la Constitución (juramento regio y juramento del Príncipe de Asturias), hasta los juramentos de particulares que despliegan efectos públicos (juramentos profesionales, juramento de naturalización, jura de bandera civil), pasando evidentemente por los juramentos parlamentario, gubernamental, administrativo, judicial y los que se prestan en los órganos constitucionales y de relevancia constitucional. El análisis pausado y riguroso de cada tipo de juramento se complementa con apuntes actuales sobre su práctica, ilustrativos a su vez de la constante aunque silenciosa evolución de la figura.

DE VEGA, P., *Obras escogidas*, (Ed. R. Rubio), CEPC, Madrid, 2017.

Se recogen en este volumen las principales obras del profesor Pedro de Vega (1936-2016), Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Complutense, y, sin duda, uno de los referentes del constitucionalismo español e iberoamericano de la segunda mitad del siglo XX. Esta labor de selección y recopilación, acometida por su discípulo Rafael Rubio Nuñez, nos permite tener en un solo volumen algunas de sus capitales aportaciones entre las que destacan sobremanera sus reflexiones sobre la reforma constitucional. En estos momentos de zozobra que actualmente vivimos dentro de la crisis institucional más grave que ha sufrido nuestra democracia al amparo de la denominada cuestión catalana, conviene releer sus atinadas reflexiones y recordar su respuesta ante las reformas, políticamente convenientes cuando resultan jurídicamente necesarias; si bien «a través de la interpretación de la norma se puede ir operando su adaptación a las necesidades y urgencias de la realidad y de la historia, sin

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesidad de operar su reforma» la interpretación tiene su límite y «si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria. En toda situación límite no cabe otro dilema que el de falsear la constitución o reformarla». Como podrá verse al consultar la obra, también se recogen aquí sus agudas reflexiones sobre otras cuestiones como la naturaleza de los derechos fundamentales y la problemática de su eficacia directa, el transito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial, la importancia de la comunicación en la democracia de masas, etc. Encontraremos tanto trabajos publicados como intervenciones. Una obra fundamental para cualquier constitucionalista.

Elvira Perales, A., *Libertad de circulación de las personas en la Unión Europea,* CEPC, Madrid, 2017.

Se analiza en el presente trabajo una de las clásicas libertades comunitarias, la libertad de circulación de las personas, que tras el Tratado de la Unión Europea pasó a ser uno de los derechos vinculados a la ciudadanía europea. La libertad de circulación, como se analiza bien en el trabajo, cuenta entre sus limitaciones con la aplicación de la cláusula de orden público, sobre cuyo alcance el Tribunal de Justicia ha jugado un papel determinante, una cuestión que se aborda con gran detalle. Tres son las partes en las que se articula. En la primera se aborda el Derecho de la Unión Europea, resaltándose el papel clave del Tribunal de Justicia de la Unión y de forma particular el alcance de las limitaciones de la libre circulación. Inmediatamente a continuación se analiza el tratamiento dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los supuestos de expulsión de personas con vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por último, se analiza la aplicación de la cláusula de orden público en España.

Enríquez Sánchez, J. M., Masferrer, A., Aguilera Portales, R.E., *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis*, Uned ed., Madrid, 2018.

Este trabajo es una obra colectiva en la que participan especialistas en derechos fundamentales y cuyo objetivo es ofrecer un análisis desde diferentes disciplinas jurídicas de la realidad y la teoría de los derechos. La obra cuenta, sobre todo, con la participación de expertos en filosofía del derecho, historia y derecho constitucional. Los derechos que en ella se analizan van desde los primeros y más básicos, como la libertad, igualdad y dignidad, hasta aquellos que presentan a la sociedad de nuestros días los retos más complejos, como los derechos relacionados con el medio ambiente o los derechos económicos.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., *Tecnologías biométricas, identidad y derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Una serie de elementos materiales, combinados con informaciones tales como el origen, sexo, filiación o el nombre y los apellidos producen, lo que en algunos países se denomina identidad civil —ante el Estado— y que se establece entre el nacimiento y la defunción de una persona. Pero lo que llamamos identidad social es un artefacto más complejo, en tanto comprende un conjunto más o menos difuso de fragmentos individuales con los que se identifica a una persona: modos de comportarse, tipos de actividades, perfiles de consumo o de voto; esto es, versiones abreviadas y funcionales de la identidad de alguien. Desde tiempos ancestrales las personas son juzgadas y calificadas por su medio social para facilitar su rápida ubicación. Pero sistemas de reconocimiento automatizado (lectores de huellas, escáneres faciales o de iris, sensores de diferentes tipos) han llegado en un momento en el que los conceptos de frontera se han transformado y los Estados se enfrentan a nuevos retos para su seguridad nacional ocasionados, entre otros, por el aumento de la población, la mayor velocidad o intensidad de los movimientos poblacionales y las nuevas formas de criminalidad. Sobre la base de que el cuerpo «nunca miente» estos sistemas proceden al reconocimiento de las personas mediante una captación de características anatómico-físicas o comportamentales. Y los encontramos en entornos muy diversos. Así por ejemplo, se emplean en el control de los movimientos transfronterizos, la identificación de los solicitantes de asilo o el fichado de los empleados, pero también en escenarios más triviales, como es el caso del control de acceso a instalaciones deportivas, el pago de menús o el encendido de un teléfono. La decisión de la India de introducir datos biométricos en las cartas nacionales de identidad o los chips biométricos adheridos a los pasaportes de la UE, explican como se ha llegado a enrolar ya a más de dos mil millones de personas en todo el Planeta. La presente monografía, cuya autora es Doctora en Derecho y en Ciencias Biológicas, aborda, en primer lugar y con rigor, las claves científico-tecnológicas del funcionamiento de estos sistema de reconocimiento, así como su empleabilidad, precisión y fiabilidad en diferentes contextos operativos (desde pasaportes, visados, sistemas electorales o acceso a ayudas sociales, pasando por: prisiones, escuelas, hospitales, o controles de zonas de seguridad, entre otros). Se adentra, asimismo, en un análisis de la legitimidad y proporcionalidad del uso de estos sistemas, así como en la valoración de su impacto respecto de la dignidad y los derechos fundamentales, atendiendo a los pronunciamientos que desde diferentes instancias, incluidas las judiciales, se han producido en torno a las tecnologías biométricas.

FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

La libre circulación de las personas ha supuesto un cierto replanteamiento del dogma de la soberanía estatal del *ius puniendi,* desarrollando un interesante

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

debate jurídico-constitucional en torno a la necesidad de institucionalizar un eventual modelo europeo de justicia penal. Mediante la construcción de un sistema de garantías penales, sustantivas y procesales de carácter supraestatal, basado en un conjunto de estándares mínimos comunes, se pretende alcanzar un punto de equilibrio entre libertad y seguridad como presupuesto para la protección de los derechos inviolables y las libertades fundamentales de las personas, en particular en relación a la persona involucrada en un procedimiento penal en la Unión. Por todo esto, el presente libro (fruto de la tesis doctoral de la autora dirigida por el prof. Miguel Azpitarte) reflexiona sobre las principales técnicas o mecanismos de armonización de los derechos del justiciable en el llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, los cuales se entrecruzan y en ciertas ocasiones colisionan;un modelo complejo caracterizado por una pluralidad de espacios constitucionales y por la dialéctica constante entre las distintas fuentes normativas y su interpretación por parte de los jueces nacionales y supranacionales.

FIGUERUELO, A., DEL POZO, M., (Dirs.), *Cambio de paradigma en la prevención y erradicación de la violencia de género, Comares, Granada, 2018*.

En esta obra se plantea, desde una perspectiva multidisciplinar, un cambio de paradigma en la lucha contra la violencia de género, buscando una mayor eficacia práctica.

FISS, O., *Una guerra sin igual. La constitución en los tiempos del terrorismo*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Este libro recoge un conjunto de ensayos del prof. Owen Fiss, en los que se hace una reconstrucción magistral y crudamente exacta de cómo la llamada Guerra contra el Terrorismo, ha operado una degradación sin precedentes de la garantía constitucional de los derechos más básicos. La mirada aguda del autor —profesor emérito de la Universidad de Yale y una de la voces más influyentes del Derecho constitucional contemporáneo— denuncia cómo prácticas que hay que calificar de aberrantes a la luz de la tradición constitucional estadounidense —mantener durante años en cautiverio a personas sin levantarles cargos formales y juzgarlas, interrogarlas bajo tortura o enviarlas a países donde serán sometidas a prácticas humillantes, asesinar con drones a aquellos calificados por el gobierno de supuestos terroristas, someter las comunicaciones privadas a espionaje generalizado, o limitar la libertad de expresión en defensa de ciertas opciones políticas— se han asentado más allá del clima político que las originó, prefigurando una especie de «nueva normalidad» que niega los valores centrales del Estado de Derecho. Estos ensayos, de imprescindible lectura, muestran lo que ocurre cuando en tiempos de miedo el

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

poder judicial descuida su responsabilidad central de pedir cuentas al gobierno y nos invitan a no bajar la guardia —en otros países tanto como en los Estados Unidos— frente a desarrollos políticos y jurídicos cuyo efecto acumulado acaba por redefinir la naturaleza de las sociedades en las que vivimos.

FREIXES SANJUÁN, T; GAVARA DE CARA, J.C, *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, BOE-CECP, Madrid, 2016

Eminentes constitucionalistas realizan en esta obra un análisis sistemático sobre la evolución de las diferentes partes de la Constitución española de 1978, planteando posibles vías de reforma. El estudio comienza lógicamente analizando la parte dogmática de la Constitución. De esta forma, Teresa Freixes Sanjuan y Juan Carlos Gavara de Cara, analizan desde diversas ópticas, la evolución de los derechos en España, particularmente, a partir de su apertura al ordenamiento internacional y supranacional. Acto seguido, al comenzar con el estudio de la parte orgánica, se analiza en primer lugar la Jefatura del Estado, estudio llevado a cabo por Yolanda Gómez Sánchez. El examen de las funciones y del nuevo rol del Parlamento se lleva a efecto por Piedad García Escudero, y el análisis del Senado como cámara de representación territorial por José María Morales Arroyo. Paloma Biglino Campos, por su parte, realiza un interesante estudio sobre un órgano que no suele ser objeto de atención por constitucionalistas, el Tribunal de Cuentas. A analizar el Tribunal Constitucional se dedican dos estudios particularmente sugerentes, el primero de Ignacio Torres Muro, el segundo de Miguel Azpitarte Sánchez. La configuración del Poder Judicial es analizada por Manuel Gerpe Landín y Miguel Ángel Cabellos, y el espinoso tema de la financiación autonómica es abordado por José Antonio Montilla Martos. Un estudio de Javier Tajadura, sobre el propio título X de la Constitución, y así, sobre la reforma de la Constitución, cierra este muy interesante y sugerente volumen.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.; *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?,* Marcial Pons, Madrid, 2017.

En este trabajo, editado en la colección «Debates constitucionales»,se aborda la cuestión de la construcción de la democracia paritaria y la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres en el espacio público, mas también en el espacio privado. Un libro que hace un recorrido por las cuestiones que el movimiento feminista ha ido poniendo encima de la mesa de los pactos fundadores, sobre la base de un importante número de leyes y una extensa jurisprudencia constitucional. La autora plantea cuestiones que a su juicio deben contemplarse en el texto constitucional, desde la perspectiva de un pacto refundador del siste-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ma democrático. Todo ello partiendo del entendimiento de que reformar la Constitución con perspectiva de género no es únicamente una reescritura con lenguaje inclusivo, sino que supone la introducción entre las opciones políticas fundamentales de la construcción de una sociedad igualitaria.

GORDILLO PÉREZ, L., (Coord.) *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018

El interés que ha ido mostrando la doctrina constitucionalista por el fenómeno de la integración europea ha sido creciente. La toma de conciencia de la progresiva reducción de la soberanía del Estado constitucional y del consiguiente incremento de poderes en ámbitos supranacionales, particularmente en la Unión Europea, mueven a ello. La entrada de España en las entonces Comunidades Europeas (que en el momento de celebrarse el Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España cumplía la fecha redonda de treinta años) y así, su acceso a la participación en tal proceso, parecía una efeméride de suficiente notoriedad para justificar dedicar este Congreso a analizar esta importante y central temática. La obra de la que ahora damos cuenta comprende las diferentes ponencias que allí fueron expuestas y debatidas. Los trabajos que se publican comienzan por las dos grandes ponencias con las que se abrió el congreso, la primera, a cargo de Pedro Cruz Villalón, antiguo Presidente del Tribunal Constitucional español, y antiguo Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que versó sobre «La Constitución del Estado miembro: un intento de recapitulación», y la segunda, que correspondió a Jaques Ziller, Catedrático de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Pavia, Presidente de la *Societas Iuris Publici Europei*, en la que dio cuenta de «La Constitución y la Integración Europea: una perspectiva comparada». Los siguientes estudios, expuestos en la segunda parte del Congreso en diferentes mesas, pueden adscribirse a cuatro categorías o sectores de interés en los que es susceptible de dividir el denominado Derecho constitucional de la integración. La primera es la que se refiere a la integración y los derechos fundamentales, la segunda, la que da cuenta de la integración y la mutación del ejercicio del poder público, la tercera, la referente al impacto de la integración en la organización territorial del Estado, la cuarta y última, la denominada Constitución económica.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (coord.), *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Esta obra colectiva, dirigida y coordinada por el prof. Ignacio Gutiérrez, es el primer libro de una nueva colección sobre Derecho de Partidos que acaba de

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

iniciar su andadura. En este trabajo se analiza la democracia de partidos desde el punto de vista de que cada decisión sobre cómo organizarse supone una forma de exclusión, porque la democracia implica participación, pero en ella pueden identificarse siempre diversos tipos de exclusiones, y en la democracia de partidos existen, naturalmente, unos mecanismos de exclusión peculiares. En este libro se analizan, en primer lugar, dos casos particulares. Michael Stolleis estudia cómo durante la llamada Guerra Fría se utilizó en Alemania occidental al Poder Judicial para combatir el comunismo; la expresión más notable fue la correspondiente prohibición del Partido Comunista Alemán (KPD). La experiencia española con la exclusión política como instrumento de lucha antiterrorista es analizada con detalle por Eduardo Vírgala Foruria.

Estos dos estudios de casos concretos se complementan con un marco general en el que se acredita, primero, que los partidos han sido históricamente concebidos como instrumento de participación selectiva (Ignacio Fernández Sarasola). Se analizan, en segundo lugar, los criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden justificar la proscripción de un partido en virtud de intereses capaces de prevalecer sobre el derecho de participación democrática de todos los ciudadanos (Mercedes Iglesias Bárez). Y, por último, se comprueba que los cauces de participación no resultan neutrales respecto de los sujetos finalmente implicados en el proceso, algo que afecta tanto a la posición relativa de los distintos partidos (igualdad entre partidos, Yolanda Fernández Vivas) como al funcionamiento interno de cada uno de ellos (democracia interna en los partidos, Miguel Pérez-Moneo).

MARTÍN CUBAS, J. (Coord); *Constitución, Política y Administración. España 2017. Reflexiones para el Debate,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

El libro que coordina el politólogo Martín Cubas es un compendio multidisciplinar de diversos estudios, especialmente de especialistas en Ciencia Política y Derecho Constitucional. La obra se estructura en torno a cinco apartados: La Constitución y su reforma, los derechos, los poderes del Estado, el gobierno multinivel y las Políticas Públicas y la Administración.

MORÁN MARTÍN, R., *Participación y exclusión política. Causas, mecanismos y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Este volumen es una ambiciosa obra colectiva en la que participan especialistas de Historia del derecho y de Derecho constitucional, pero también de otras ramas del saber, y está dedicada al análisis de las causas, mecanismos y consecuencias de las diferentes formas de exclusión en el ámbito de la participación política. Este proyecto arranca, como explica su directora, de los movimientos de protesta ciuda-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dana contra las prácticas nacidas en el seno de los partidos políticos que, para muchos ciudadanos individuales e instituciones democráticas, constituyen una interposición de instancias intermedias entre representantes y representados, y se conciben como nuevas formas históricas de exclusión de la persona individual. Para contribuir al análisis de este fenómeno, con la presente obra se intenta describir y comprender los diferentes modos que adquiere en el ordenamiento jurídico-público, y en la práctica, la exclusión-admisión política de las personas y sus puntos de inflexión o cambio, desde el Antiguo régimen al Estado democrático que modifica los cauces de exclusión, pero no los elimina plenamente.

NIETO, A., *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Global Law Press. Instituto Nacional de Administración Pública, Sevilla, 2017

Reflexiones de un gran jurista; interesantes, lúcidas, sugerentes y en algunos casos provocadoras. Conocedor tanto del mundo universitario como del judicial, pues en ambos espacios se formó desde joven y se desarrolló profesionalmente, su dilatada experiencia le ha permitido ver y contemplar las transformaciones que han sufrido ambas instituciones, la académica y la judicial. Transformaciones que no son ajenas, sino que están íntimamente relacionadas con los propios cambios que ha sufrido a lo largo de los años el modelo de Estado y del Derecho que otorga estructura y organización al mismo. Más que unas memorias personales nos encontramos pues con el testimonio de un jurista sobre lo que a lo largo de su vida ha podido observar de la impresionante transformación del Estado español y en particular de sus instituciones políticas y legales en los últimos ochenta años.

PAU I VALL, F., (Coord) *El Parlamento y los Tribunales de Cuentas,* AELPA-Tecnos, Madrid, 2017.

Ya clásico en nuestra disciplina, el volumen recoge las principales aportaciones realizadas en el marco de las XXIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos (AELPA), dedicadas precisamente al estudio de la relación entre las instituciones señaladas desde múltiples perspectivas; así entre otras: el control interno y externo,la financiación de los partidos políticos,la prevención de la corrupción ola elección de sus miembros.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Escritos de historia constitucional española*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Publicado con carácter póstumo, pero confeccionado aún en vida del autor y bajo su control, el libro recoge una selección muy cuidada de investigaciones del

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

profesor Pérez-Prendes sobre cuestiones básicas del constitucionalismo histórico español, reescritas por el autor a la luz de investigaciones recientes y su propia evolución personal. Los estudios abarcan desde la legislación bonapartista hasta una eventual reforma constitucional de la Norma Fundamental de 1978, pasando por el pensamiento constitucional de Martínez Marina, por el de Argüelles, por las Constituciones Isabelinas, por la Constitución de 1876 y por el constitucionalismo de Cánovas, entre otros. El volumen se integra en la serie de publicaciones de juristas premiados por la Fundación Ursicino Álvarez, y contiene así la correspondiente Laudatio a cargo del romanista Javier Paricio (que escribe también la introducción) y la transcripción de la intervención de Remedios Morán, discípula del premiado, al recoger el Premio en nombre del autor.

PÉREZ TREMPS, P., (Comp.) *El Derecho constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea. Homenaje a los profesores Louis Favoreu, Alessandro Pizzorosso y Francisco Rubio Llorente,* CEPC, Madrid, 2017.

En este trabajo, coordinado por el prof. Pablo Pérez Tremps, se recogen los textos de las ponencias que se presentaron en la Jornada homenaje a los profesores Louis Favoreau, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente, organizado por las asociaciones de Derecho constitucional francesa, italiana y española en septiembre de 2016 y que se celebraron en el Senado. En dicha Jornada participaron los profesores Pablo Pérez Tremps, Bertrand Mathie y Massimo Luciani, en representación de las tres asociaciones, así como los profesores Hubert Alcaraz, Manuel Aragón Reyes, Mario Dogliani, Olivier Lecucq, Luis López Guerra, Miguel Revenga Sánchez y Roberto Romboli. Un primer bloque de los trabajos se centró en los profesores a los que se rendía homenaje y su aportación al Derecho constitucional, mientras que un segundo lo hizo en la situación actual del Derecho constitucional de cada uno de esos países. Un último bloque conclusivo se centró en la cuestión de si cabe hablar de un Derecho Constitucional en la Europa Mediterránea de hoy día.

PÉREZ TREMPS, P., *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

El autor reflexiona, tras un detallado análisis de las dos únicas reformas sufridas por nuestro texto constitucional hasta el momento, sobre aquellas modificaciones que, a su juicio, precisa, o no precisa, nuestro texto constitucional en una coyuntura política especialmente delicada que quizá se hubiera podido solventar con alguna reforma previa. Un libro necesario para contribuir a un debate que no debe centrarse, como bien apunta el autor, en la cuestión catalana únicamente, sino hacerse desde una perspectiva más amplia ahora que se cumplen cuatro dé-

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cadas de vigencia de nuestro texto constitucional. La experiencia del autor se hace desde una visión académica, pero sin duda muy enriquecida por su conocimiento desde dentro de instituciones capitales, así como Magistrado emérito del Tribunal Constitucional o Vocal de la Junta Electoral Central.

RIDAO I MARTIN, J., *Los grupos de presión. Análisis de la regulación del lobby en la UE y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Este trabajo se ocupa monográficamente de un tema que ha suscitado el interés de juristas y politólogos en los últimos años: la regulación de la actividad de los grupos presión o lobbys. Frente a la experiencia norteamericana, donde tiene origen esta figura, que está perfectamente incardinada en la mecánica del ejercicio del poder y sujeta a ciertas regulaciones, en la UE y en nuestro propio país las iniciativas de regulación no han sido muy numerosas ni tampoco suficientemente fructíferas. Este trabajo se ocupa precisamente de analizar dichas iniciativas. El autor considera que la reciente regulación en el seno de la UE, las iniciativas en curso a nivel estatal y la regulación en el ámbito autonómico revelan una tendencia creciente a adoptar una regulación semejante a la establecida en los países anglosajones, con una configuración pluralista de las relaciones entre Estado y sociedad, y concluye que ello va a contribuir a una mayor transparencia e integridad formal en el sistema de relaciones entre actores públicos y privados de cara a la influencia en la elaboración de políticas públicas y, tal vez, un sistema de mayor equilibrio de oligarquías en el campo de juego.

RUIZ-RICO RUIZ, G., PORRAS NADALES, A., REVENGA SÁNCHEZ, M., (Coords), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Los cambios sociales y políticos, como es bien sabido, deben mover a la introducción de reformas en la norma jurídica fundamental o básica que gobierna la convivencia común; la incidencia de tales movimientos en las realidades social, política, y constitucional implica, en definitiva, que o cambia la interpretación de aquélla o cambia su fuerza normativa. Conscientes de que la reforma puede actuar precisamente como garante de tal fuerza normativa, conquista irrenunciable de nuestro vigente constitucionalismo, la presente monografía recoge una serie de colaboraciones de diferentes especialistas en Derecho constitucional en las que analizan las posibilidades, riesgos y límites de las posibles reformas: María Ballester Cardell, Juan Montabes Pereira, José María Morales Arroyo, Alberto Oehling de los Reyes, Joan Oliver Araujo, Emilio Pajares Montolío, Antonio Porras Nadales, María Esther Seijas Villadangos, Antonio Torres del

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Moral, Manuel Zafra Martín.En sus trabajos los autores abordan cuestiones no sólo relacionadas con nuestro modelo territorial, que parece el que requiere con más premura ser reformado, sino también cuestiones relativas, por ejemplo, a mejorar la democracia representativa y en concreto las posibilidades de participación de los ciudadanos en ella, o las referente a la mejor configuración constitucional del Poder Judicial.

Rubio Núñez, R., Vela Navarro-Rubio, R., *Parlamento Abierto. El Parlamento en el siglo XXI*, UOC, 2017.

Resulta indudable que los cambios tecnológicos sobre los que se asienta la sociedad de la información afectan a todos los aspectos de nuestra vida personal, económica y social, y lo hace también respecto de la vida de las instituciones, en las que se encuentra el poder legislativo. Desde hace algún tiempo estas reflexiones sobre los cambios que se están produciendo en la institución parlamentaria se agrupan en torno al concepto de Parlamento abierto. Un concepto que se ha consolidado como paradigma de estos cambios. Con este trabajo se abordan los efectos directos de estas innovaciones y las profundas repercusiones indirectas sobre el presente y futuro de la institución parlamentaria.

Rubio Núñez, R., Vela Navarro-Rubio, R., *El Parlamento Abierto en el mundo: Evolución y buenas prácticas*, Fundación Giménez Abad, Colección Monografías, 2017.

Las innovaciones tecnológicas afectan al Parlamento no solo en el ámbito de su funcionamiento interno o el desarrollo de sus funciones básicas o tradicionales, sino también en la forma en que es percibido por la opinión pública. En esta obra, se recogen prácticas de apertura parlamentaria, clasificando un buen número de buenas prácticas de Parlamento Abierto en todo el mundo (superior a un centenar), permitiendo descubrir nuevas ideas, herramientas y prácticas para repensar el papel del Parlamento y lograr que estos realicen su labor representativa con mayor eficacia.

Ruipérez Alamillo, J., *La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017.

El libro, prologado por Alfonso Guerra, desbroza de forma minuciosa los motivos por los que el derecho a la vivienda debería constitucionalizarse como

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fundamental. Presta atención a la crisis económica y social como detonante para esa demanda generalizada; defiende su inclusión constitucional expresa; no elude los problemas prácticos que presentaría dicha inclusión; y aborda con realismo la necesaria voluntad constitucional para resolver los problemas aparejados a aquél. En definitiva, una obra valiente y comprometida, que formará parte del acervo común sobre la regulación de los derechos sociales en nuestro país.

SAENZ ROYO, E. GARRIDO LÓPEZ, C., (Coords.): *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Diferentes referéndum celebrados en los últimos años (rescate de la economía griega, brexit británico, cuotas de refugiados en Hungría, reforma constitucional en Italia y Turquía, etc..) han reabierto el debate sobre la compatibilidad y conveniencia de los instrumentos de democracia directa en el seno de las democracias representativas. El sentido y utilidad del referéndum, los límites de su regulación y de su práctica en perspectiva comparada, sus garantías, unido a su control y eventual incidencia en el proyecto de integración europea, amén de otros aspectos de indudable interés, son abordados en esta obra colectiva por los trabajos de los profesores César Aguado Renedo, Francesc de Carreras, Josep Mª. Castellà Andreu, Enrique Cebrián Zazurca, Victor Cuesta López, Carlos Garrido López, Daniel López Rubio, Miguel Presno Linera, Neliana Rodean, Eva Sáenz Royo y Esther Seijas Villadangos.

SANJURJO RIVO, V.A., *Principio de laicidad y símbolos religiosos. El valor del crucifijo,* Bosch Editor, Barcelona, 2017.

Las sociedades europeas han venido experimentando un intenso y acelerado proceso de diversificación cultural y religiosa en buena medida como consecuencia del incremento de los flujos migratorios y su integración en ellas, lo que, a su vez, ha originado la aparición de nuevos problemas jurídicos. En este libro se aborda el relativo a la exposición de símbolos religiosos estáticos en el espacio público, en especial del crucifijo en colegios de titularidad pública que ha tenido, sobre todo en Italia, un eco notable. Para dar respuesta a este tipo de problemas no es infrecuente descartar la utilización del principio de laicidad invocando su indefinición o ausencia de univocidad. En el libro se sostiene, en cambio, que el principio de laicidad dispone de un contenido perfectamente delimitado y se atribuye esa presunta deficiencia que normalmente se le imputa a una confusión: la que se sigue de identificar el contenido del principio jurídico de la laicidad con el de la tipología del Estado laico o, dicho de otro modo, con las distintas formas en que, sobre un común modelo separatista, ordena el Estado laico sus relaciones con las religiones y sus soportes

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

institucionales, esto es, las confesiones religiosas. Las distintas y enfrentadas soluciones jurídicas ofrecidas en esta materia y analizadas en esta obra por los distintos operadores jurídicos tanto en Europa como en los Estados Unidos no responderían, por tanto, a esa supuesta mutabilidad del principio de laicidad, sino a la distinta valoración que aquéllos hacen del símbolo religioso en cuestión. A partir de estas consideraciones se realiza una lectura crítica de nuestra jurisprudencia constitucional que, como la de la Corte Constitucional italiana, no ha zanjado la controversia. El autor ofrece en última instancia, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, distintas alternativas posibles compatibles con el principio jurídico de laicidad con relación a la exhibición de símbolos religiosos en el espacio público, y en particular respecto a la exhibición del crucifijo en centros educativos públicos.

Simón Yarza, Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada, CEPC, Madrid. 2017.

Este libro se enfrenta al problema del contraste entre la profunda coincidencia que existe en torno a la importancia de los derechos humanos y las discrepancias, no menos profundas, respecto a su contenido. Se divide en cuatro partes: en la Parte I, examina sintéticamente las tradiciones políticas clásicas aristotélico-tomista (Cap. 1) y kantiana (Cap. 2). En la Parte II (Caps. 3-5) se centra en el llamado «liberalismo antiperfeccionista» o «ateleológico» contemporáneo, que renuncia a dar relevancia política al bien humano en la comprensión de las libertades. La Parte III (Caps. 6-8) arguye que este desplazamiento del problema del bien moral integral en la definición e interpretación de las libertades resulta de una «falsa neutralidad» cuyas consecuencias terminan siendo deshumanizadoras; y en la Parte IV (Caps. 9-10) propone una fundamentación de las libertades más próxima a la tradición clásica y, si se quiere, al liberalismo kantiano.

Stolleis, M., *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Michael Stolleis es un profesor alemán de reconocido prestigio cuya obra más importante e imponente, sin duda alguna, es su Historia del Derecho Público en Alemania, de cuatro volúmenes, publicada ente 1988 y 2012. En el trabajo del que aquí se da noticia se traduce una «introducción» que, a modo de resumen de la extensa obra anterior, el prof. Stolleis escribió posteriormente. Pero en esta Introducción al Derecho público alemán se ofrece mucho más de lo que se promete en su título. Por «Derecho público» ha de entenderse una perspectiva que nos muestra las estructuras y modificaciones del Estado, del derecho administrativo, de la filosofía jurídica, del derecho internacional y, por supuesto, de aquello que, dependiendo de épocas y autores, se ha denominado derecho político. Se

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

incide especialmente en aquellas instituciones (el Tribunal Constitucional Federal) o aquellos tiempos (República de Weimar) que han conformado con especial intensidad no solo la realidad vital alemana sino, desde luego también, todo el devenir europeo, sin caer por ello en una suerte de «historia monumental», pues los focos de análisis se centran, de ordinario, en temas novedosos como el Derecho público de la extinta República Popular Alemana o el desarrollo del Derecho público alemán tras la Segunda Guerra Mundial.Esta «introducción» compendia generosamente una vida de investigaciones, trabajos y esfuerzos en torno a las claves históricas del Derecho público.

TUDELA ARANDA, J., KÖLLING, M., REVIRIEGO PICÓN, F., *Calidad democrática y organización territorial,* Marcial Pons, Madrid, 2018.

Se recogen en este volumen las ponencias del Congreso Internacional «Calidad democrática y organización territorial» organizado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Fundación Manuel Giménez Abad de las Cortes de Aragón, y en el que se contó con las reflexiones de profesores e investigadores de un amplio número de universidades como Daniel Barcelo, de la Universidad Nacional Autónoma de México, Peter Bussjäger, de la Universidad de Innsbruck, Walter Carnota, de la Universidad de Buenos Aires, Ernani Contipelli, de la Universidad Comunitária da Região de Chapecó, Enriqueta Expósito Gómez, de la Universidad de Barcelona, Elena García Guitián, de la Universidad Autónoma de Madrid, Mario Kölling, de la Fundación Manuel Giménez Abad y la UNED, Sara Parolari, de la European Academy of Bolzano, Jared Sonnicksen, de la Universidad Técnica de Darmstadt y José Tudela Aranda de la Fundación Manuel Giménez Abad. Un proyecto que contó igualmente con la colaboración de Jorge Alguacil, Angustias Hombrado, Pilar Mellado, María Salvador y Santiago Sánchez de la UNED, así como de José Sánchez Medalón, Elena Martín y Ana Carmen Espes Mallén de la Fundación Manuel Giménez Abad, y Augusto Martín de la Vega de la Universidad de Salamanca.

VIDAL PRADO, C., *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2017

Trabajo editado en la colección «Debates constitucionales» sobre una de las cuestiones más controvertidas que tuvo que afrontar el constituyente. Fruto del acuerdo alcanzado, la educación se proyecta en nuestra Constitución en sus múltiples vertientes, como un derecho social de prestación, que debe asegurar uno de los pilares básicos de nuestro Estado social, pero a su vez como libertad de enseñanza, garante de un espacio de libertad tanto para padres como para proyectos

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

educativos particulares. El autor analiza el acuerdo alcanzado en 1978 en esta materia, que bien podemos denominar, como hace el propio autor, marco constitucional del sistema educativo español. Pero al analizar tal pacto, no esquiva el análisis de las cuestiones más espinosas y controvertidas. Consciente de que la necesidad de mantener el consenso en esta materia es clave para seguir garantizando la convivencia democrática, las analiza de forma profunda y rigurosa; pero a su vez, y aquí cabe contemplar uno de los grandes valores de la obra, intentando llevar a cabo un análisis equilibrado de las distintas posiciones, y esbozando posibles puntos acuerdo, que ofrezcan márgenes para poder seguir renovando el consenso constitucional.

VIRGALA FORURIA, E., *La regulación jurídica de los partidos políticos,* Olejnik, 2017.

Este libro recoge cuatro artículos previamente publicados por el autor sobre un tema que ha venido trabajando en las últimas décadas, la regulación jurídica de los partidos políticos. Los dos primeros artículos son un análisis de los partidos desde la perspectiva interna de la democracia en los mismos, uno de los trabajos previo a la aprobación de la LO de partidos de 2002 y el otro posterior (2000 y 2015, respectivamente). Se refleja el cambio que se ha producido en la dinámica interna de los partidos, aunque la modificación legal haya sido muy reducida con respecto a la regulación anterior de la Ley 54/1978, ya que el objetivo de la LO de 2002 era la ilegalización y no la democracia interna. Los otros dos trabajos versan precisamente sobre la ilegalización de partidos en España, en el primero de ellos analiza la LO de partidos de 2002 inmediatamente tras su aprobación y el otro una década después (2003 y 2013), verifica su aplicación y relata el proceso de sucesivas ilegalizaciones de los partidos vinculados a la denominada Izquierda abertzale hasta llegar a la legalización final en 2012 de Sortu, que el autor comparte tras el abandono definitivo del terrorismo por ETA y del apoyo al mismo por ese partido.

DR © 2018. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive