

LAS CIENCIAS CONSTITUCIONALES Y SU RELEVANCIA EN EL SIGLO XXI:

ESTUDIOS EN HOMENAJE A
JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO

Coordinación

Víctor Alejandro Wong Meraz

Manuel Cabanas Veiga

Christian Yair Aldrete Acuña



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
CHIHUAHUA



Centro de
Estudios
en Ciencias
Constitucionales



COLEX



eBook gratuito en COLEX Online

- Acceda a la página web de la editorial **www.colex.es**
- Identifíquese con su usuario y contraseña. En caso de no disponer de una cuenta regístrese.
- Acceda en el menú de usuario a la pestaña «Mis códigos» e introduzca el que aparece a continuación:

RASCAR PARA VISUALIZAR EL CÓDIGO

- Una vez se valide el código, aparecerá una ventana de confirmación y su eBook estará disponible en la pestaña «Mis libros» en el menú de usuario

No se admitirá la devolución si el código promocional ha sido manipulado y/o utilizado.



¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP «Editorial Colex» para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



**LAS CIENCIAS
CONSTITUCIONALES Y SU
RELEVANCIA EN EL SIGLO XXI:
ESTUDIOS EN HOMENAJE A
JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO**

LAS CIENCIAS CONSTITUCIONALES Y SU RELEVANCIA EN EL SIGLO XXI: ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO

Coordinación

Víctor Alejandro Wong Meraz

Manuel Cabanas Veiga

Christian Yair Aldrete Acuña

COLEX 2023



Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Víctor Alejandro Wong Meraz

© Manuel Cabanas Veiga

© Christian Yair Aldrete Acuña

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-892-5

Depósito legal: C 657-2023

Se echó al monte la utopía
Perseguida por lebreles que se criaron
En sus rodillas
Y que al no poder seguir su paso, la traicionaron
Y hoy, funcionarios
Del negociado de sueños dentro de un orden
Son partidarios
De capar al cochino para que engorde

Ay Utopía
Cabalgadura
Que nos vuelve gigantes en miniatura
Ay Ay, Utopía
Dulce como el pan nuestro
De cada día!

Quieren prender a la aurora
Porque llena la cabeza de pajaritos
Embaucadora
Que encandila a los ilusos y a los benditos
Por hechicera
Que hace que el ciego vea y el mudo hable
Por subversiva
De lo que está mandado, mande quien mande

Ay Utopía
Incorregible
Que no tiene bastante con lo posible
Ay Ay, Utopía
Que levanta huracanes
De rebeldía!

Quieren ponerle cadenas
Pero, quién es quien le pone puertas al monte?
No pases pena
Que antes que lleguen los perros, será un buen hombre
El que la encuentre
Y la cuide hasta que lleguen mejores días
Sin utopía
La vida sería un ensayo para la muerte

Ay Utopía
Cómo te quiero
Porque les alborotas el gallinero
Ay Ay, Utopía
Que alumbras los candiles
Del nuevo día!

(Utopía) Joan Manuel Serrat

SUMARIO

PRÓLOGO

Alfonso Guerra González

Prólogo	21
---------------	----

ESTUDIO INTRODUCTORIO: LAS CIENCIAS CONSTITUCIONALES Y SU RELEVANCIA PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE HELLER Y SU INFLUENCIA EN RUIPÉREZ.

Víctor Alejandro Wong Meraz

I. Palabras Iniciales	31
II. Planteamiento del Problema	35
III. El debate teórico de Weimar y el preludio de la crisis constitucional actual ...	37
IV. Las Ciencias Constitucionales y su metodología para el Entendimiento del Estado, los límites a las modificaciones constitucionales, una aproximación al pensamiento de Ruipérez.	39
V. El Problema de los límites materiales a la reforma, Kelsen <i>versus</i> Heller	44
VI. Conclusiones	51

PRIMERA PARTE

Estudio de la Teoría del Estado y del Derecho

EL PODER. ¿DERECHO O POLÍTICA? (DISCUSIÓN DIALÉCTICA)

Manuel Cabanas Veiga y Christian Yair Aldrete Acuña

I. Introducción	55
II. Conceptualizaciones previas	57
III. El poder en las instituciones tradicionales y valores sociales	64

SUMARIO

IV. Rebelión <i>vs.</i> Revolución.	68
V. El poder del tirano.	72
VI. El control sobre el poder	75
VII. Conclusiones	78
VIII. Bibliografía.	78

LA IDENTIFICACIÓN DEL ENEMIGO EN EL MARCO DE LA PROPAGANDA EN DEFENSA DE LOS VALORES EUROATLÁNTICOS

Lucio Pegoraro

I. Variables recientes en la individualización de un enemigo único	85
II. Teoría y praxis de la dicotomía amigo/enemigo	86
III. Seguridad, propaganda y psicología	90
IV. La relación seguridad-terrorismo: la base teórica.	92
V. La ecuación terrorismo-extranjeros e (in)seguridad-extranjeros	94
VI. El objeto de la protección	98
VII. Dos despistajes: pandemia y guerra de Ucrania	100
VIII. Seguridad <i>vs.</i> valores democráticos	103

MOLIÈRE Y EL ESTADO ABSOLUTO

Diego Valadés

I. Cuatrocientos años de Molière	112
II. Algunas biografías	113
III. Textos y contextos	118
IV. Molière, ¿abogado?	119
V. El Rey, la Corte y Molière	122
VI. Tartufo y la libertad	125
VII. Final.	128

EL JUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ: * ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Domingo García Belaunde

I. El nombre y su significado.	134
II. ¿Parlamentaria o presidencial?	135
III. ¿Es ineficaz el presidencialismo?	135
IV. Su naturaleza política.	136

SUMARIO

V. El debido proceso	137
VI. Otros modelos existentes	137
VII. Características	138
VIII. Lo que da pie a un «impeachment».	139
IX. El caso peruano	139
X. Las distorsiones del Tribunal Constitucional	141
XI. Algunos peligros que la institución conlleva.	141
XII. ¿Dónde ubicar el juicio político?	142
XIII. ¿Y la vacancia presidencial?	143
XIV. La «incapacidad moral permanente»	143
XV. ¿Y los delitos comunes?	146
XVI. Consideraciones finales	147

SEGUNDA PARTE

Historia y Fundamentos del Constitucionalismo

PODER POLÍTICO Y RELIGIÓN EN ROMA: NOTAS PARA LA DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE UNA INTERRELACIÓN

Ramón P. Rodríguez Montero

Poder político y religión en Roma: notas para la descripción histórica de una interrelación.	151
--	-----

LOS ALBORES DEL PARLAMENTARISMO: LAS CORTES ESPAÑOLAS DE LEÓN DE 1188 COMO CLAVE DE LA GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN PARLAMENTARIA

Sonia García Vázquez

Nota preliminar	169
I. Introducción: crisis del parlamentarismo, representación y nomenclatura institucional	170
II. La presencia ciudadana en las asambleas reales: ¿es la institución parlamentaria un legado de Inglaterra al mundo?	174
III. El contexto histórico-político y socio-económico del reinado de Alfonso IX: un escenario propicio para el nacimiento del parlamentarismo.	178
IV. Las Cortes de León de 1188: naturaleza, composición y objetivos de la Curia extraordinaria	183
V. La participación de los ciudadanos como garantía de libertad: los Decreta y la Constitución de León de 1188	187
VI. Bibliografía.	192

**LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, FUENTE ORIGINARIA DE LOS
DERECHOS Y GARANTÍAS ACTUALES EN MÉXICO**

Griselda Anguiano Espinosa

I. Introducción	199
II. La Constitución de Cádiz	200
III. El ejercicio del <i>ius puniendi</i> del estado en la Constitución de Cádiz	201
IV. Los principios de la potestad sancionadora	202
V. Principios rectores	203
5.1. Principio de legalidad	204
5.2. Principio de tipicidad	204
5.3. Principio de reserva de ley	204
5.4. Principio de irretroactividad	205
5.5. Principio de culpabilidad	205
5.6. Principio de proporcionalidad	206
5.7. Principio de <i>non bis in idem</i>	206
VI. Los principios procedimentales	207
VII. Conclusiones	207
VIII. Bibliografía	209

**EL MOMENTO CONSTITUCIONAL DE WEIMAR:
LA FRAGILIDAD DE LA DEMOCRACIA**

Javier Tajadura Tejada

I. Introducción	211
II. El surgimiento de la Constitución democrática en Weimar	212
III. El reconocimiento en 1919 del sufragio universal masculino y femenino	215
IV. El establecimiento de las garantías constitucionales	217
4.1. La reforma constitucional	217
4.2. El control de constitucionalidad de las leyes	219
V. El auge del antiparlamentarismo	225
VI. El irracionalismo	227
VII. Reflexión final	229
VIII. Bibliografía	230

TERCERA PARTE
La Constitución y su defensa

**EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y SU PERIPECIA,
ESPECIALMENTE EN IBEROAMÉRICA**

Raúl Canosa Usera

I. El concepto de Constitución y sus manifestaciones históricas	235
II. Idoneidad y utilidad del concepto racional normativo de Constitución	238
2.1. La decisión constituyente	238
2.2. La materia constitucional	239
2.3. Dimensión axiológica de la Constitución	241
2.4. Fuente de legitimidad de la Constitución	242
2.5. Garantías de la Constitución y consolidación del concepto racional normativo	242
III. Constitucionalismo promisorio iberoamericano	244
IV. La constitucionalización de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y su impacto en el concepto de Constitución	246
V. Populismo y destrucción del concepto de Constitución	248
VI. Conclusión	249

¿QUIÉN DEFIENDE A LA CONSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

Armando Ramírez Castañeda

I. Introducción	251
II. Las decisiones político-jurídicas fundamentales en la Constitución mexicana y la evolución de su sistema electoral	253
III. ¿Quién protege a la Constitución?	259
IV. Conclusiones	267
V. Fuentes de consulta	268

**SUPREMACÍA Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN
EL PROFESOR RUIPÉREZ ALAMILLO: REVISITANDO LO
CLÁSICO CUANDO TODO PARECE CAMBIAR**

Miguel Ángel Alegre Martínez

I. Introducción	271
II. Soberanía popular y supremacía constitucional: ¿paradigmas científicos o conceptos en crisis?	273

SUMARIO

III. Constitucionalismo y principio democrático	275
IV. El principio de división de poderes en su actual formulación	278
V. La ciudadanía europea	283
VI. La constitucionalización de los derechos y su eficacia en el contexto globalizado	287
VII. La defensa de la Constitución a través de su rigidez	288
VIII. El papel de la jurisdicción constitucional	291
IX. Soberanía y poder constituyente en el estado políticamente descentralizado. .	293
X. Conclusiones	296
XI. Bibliografía	298

CUARTA PARTE **Constitucionalismo, Constitución y Reforma**

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Carlos Muñoz Díaz y Dulce Marlene Reynoso Santibáñez

I. Introducción	303
II. Defensa de la Constitución y rigidez constitucional.	304
III. Rigidez constitucional en México	314
IV. Notas sobre la rigidez constitucional en Uruguay, Venezuela y Chile	317
4.1. Uruguay	317
4.2. Venezuela.	319
4.3. Chile.	320
V. Conclusiones.	322
VI. Bibliografía	323

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCION Y PROCEDIMIENTO

Sergio Díaz Ricci

I. Introducción	325
II. Reforma-resultado y reforma-procedimiento	327
III. Reforma-institución	328
IV. La reforma-procedimiento	331
V. Conclusiones.	342

LA JERARQUÍA NORMATIVA BAJO LA LÓGICA JURÍDICA

Miguel Manuel Tenorio Adame

I. Introducción	343
II. Del concepto de bloque de constitucionalidad	346
2.1. Supremacía Constitucional	350
2.1.1. La pírrica discusión de la prevalencia entre la jurisdicción de la norma adherente y la Constitución	351
2.1.2. La supremacía de la norma por estar integrada a la Constitución	353
2.1.3. De la integración de sistemas normativos	354
III. Control de convencionalidad	355
IV. Principio de complementariedad	357
V. Conclusiones	358
VI. Fuentes de consulta	359

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Rafael Colina Garea

I. Los presupuestos	363
1.1. El individualismo jurídico	363
1.2. La crisis del Estado liberal de Derecho	371
II. El proceso de constitucionalización de las relaciones jurídico privadas. La Constitución alemana de Weimar	382
III. Consecuencias de la constitucionalización del Derecho Privado en orden al significado y alcance del Derecho común	386
3.1. Las relaciones Código Civil y Constitución	386
3.2. Del Derecho excepcional al Derecho normal	393
IV. Preceptos nucleares en la constitucionalización española del Derecho Privado patrimonial	401

QUINTA PARTE

La Democracia constitucional

RESPONSABILIDAD SOCIAL Y MILITANCIA A FAVOR DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA OBRA DEL PROFESOR RUIPÉREZ ALAMILLO

Luis Jimena Quesada

I. Presupuestos: formación y vocación universitarias y compromiso democrático-constitucionalista, desde el inicio	413
---	-----

SUMARIO

II. Preocupaciones: de la solidez de las enseñanzas de los clásicos a la incertidumbre del panorama del constitucionalismo actual	417
III. Aportaciones: de la coherencia entre el esfuerzo investigador y la transmisión de conocimientos a la altura de cada tiempo.	423
IV. Desafíos: de una tarea permanente de misión universitaria responsable a una cultura continua de constitucionalismo democrático universal	430

LA DEMOCRACIA LATINOAMERICANA Y SUS PROBLEMAS

Enoc Francisco Morán Torres

I. Introducción	437
II. Las dimensiones de la democracia y su devenir en américa latina	438
III. La democracia en américa latina y sus problemas	444
IV. Conclusiones	448
V. Fuentes de consulta	449

EL RETO DE LA DEMOCRACIA PARITARIA EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL

Beatriz Tomás Mallén

I. Introducción. Apuntes históricos.	451
1.1. Planteamiento general y experiencias previas extranjeras	451
1.2. Breve aproximación a la experiencia histórica española.	453
II. Diputadas y senadoras en nuestra democracia actual.	456
2.1. Las mujeres en el Pleno de ambas cámaras	456
2.2. Las mujeres en los órganos de dirección	460
III. Consideraciones finales	467

SEXTA PARTE

Democracia, derechos y garantías

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS POLÍTICAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Manuel Fondevila Marón

I. Dedicatoria	471
II. Introducción	472
III. El estatuto de la oposición en las democracias representativas.	473
3.1. La oposición política como elemento determinante de una democracia	473
3.2. Clasificación de los distintos tipos de oposición.	477

SUMARIO

3.3. Breve comparación de los diversos estatutos constitucionales de la oposición en Europa.	481
IV. Los elementos determinantes de un estatuto de la oposición política: especial referencia al checklist de la comisión de Venecia	485
V. La protección de las minorías políticas por parte de la UE	492
5.1. El principio democrático y de estado de Derecho en el Derecho de la UE.	492
5.2. Las sanciones contra regímenes que no respetan el ejercicio de la oposición política	495
VI. Conclusiones	496

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PRESUPUESTO ESENCIAL DE LA DEMOCRACIA, DESDE LA INTERPRETACIÓN DE LA SCJN (MÉXICO)

Mario Alberto González Gómez

I. Introducción.	499
II. Libertad de expresión	500
III. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	502
IV. Figura pública y protección al periodista	507
V. Consideraciones finales	509
VI. Fuentes consultadas	512

UNA NOTA EN RELACIÓN CON EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Abraham Barrero Ortega

Una nota en relación con el estatus constitucional de la objeción de conciencia	525
Bibliografía citada	525

REFLEXIONES EN TORNO AL ANSIADO EQUILIBRIO ENTRE LOS ARTS. 18 Y 39.3 CE: INTIMIDAD DE LOS MENORES VS. DILIGENTE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

María E. Rovira Sueiro

I. Justificación del interés del tema	527
II. Contenido y límites de la patria potestad	530
III. El deber de obediencia y de respeto de los hijos	533
IV. El derecho a la intimidad de los menores	538
V. Redes sociales, lugar abierto al público: STC 27/2020.	540
VI. El conflicto entre el derecho a la intimidad del menor y el deber de protección de los padres derivado de la patria potestad	541

SUMARIO

VII. Conclusiones	544
VIII. Bibliografía	545

SÉPTIMA PARTE
Federalismo y Comunidades Autónomas

LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES Y LA COOPERACIÓN INTERTERRITORIAL

Fernando Reviriego Picón

I. Introducción	549
II. La experiencia de casi dos décadas: de la ilusión al abandono; de la necesidad ¿a su consolidación?	550
III. La Conferencia como foro de debate e impulso	554
3.1. Ejes de competencias	554
3.2. Periodicidad y convocatoria	556
3.3. Oficina de apoyo técnico y administrativo	556
3.4. Reglamentación	557
IV. Organización y desarrollo de la Conferencia	558
4.1. Trabajos previos y orden del día: el Comité preparatorio	558
4.2. Desarrollo y compromisos políticos	560
4.3. Cumplimiento de acuerdos y recomendaciones	561
V. La Conferencia y las conferencias sectoriales	562
VI. La Conferencia y el Senado	563
VII. La Conferencia y sus dimensiones vertical y horizontal	564
VIII. A modo de conclusiones	567
IX. Bibliografía	572

**EN CLAVE ACTUAL: JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL Y AUTONOMÍA LOCAL**

Juan Francisco Sánchez González

I. La autonomía local en la Constitución: reconocimiento de personalidad jurídica a las entidades locales	575
II. El régimen jurídico de la autonomía local	578
III. Las sentencias del Tribunal Constitucional 41/2016 y 111/2016	580
IV. Últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la autonomía local	587
V. Conclusiones	592
VI. Bibliografía	594

SUMARIO

EL FEDERALISMO MEXICANO

César Lorenzo Wong Meraz

I. Introducción	597
II. Federalismo en México	600
III. Federalismo en la Justicia Electoral mexicana	604
IV. Presente y futuro del federalismo en la Justicia Electoral mexicana	607
V. Conclusiones	608
VI. Bibliografía	609
VII. Normativa	610

**BIOGRAFÍA DE
JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO**

Biografía de Javier Ruipérez Alamillo	611
---	-----

PRÓLOGO

Alfonso Guerra González

Vicepresidente del Gobierno de España (1982 - 1991)

Escribo este prólogo con satisfacción porque ya es antiguo mi aprecio y admiración por el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de La Coruña Javier Ruipérez. Nuestra relación de amistad tuvo su origen en la estima compartida con Pedro De Vega, excelente constitucionalista, maestro de Javier Ruipérez en el ámbito académico y referente personal de mis preocupaciones jurídicas constitucionales. Haber disfrutado de la amistad y las enseñanzas de Pedro De Vega estableció entre nosotros una relación de confianza que permite que prologue este magnífico libro ofrendado al profesor Ruipérez, a pesar de mis escasos méritos para presentar un libro pleno de conocimientos y autoridad.

El objetivo de este libro es rendir un merecido homenaje al profesor Ruipérez; un importante número de profesores de Universidades españolas e iberoamericanas muestran su gratitud al catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de La Coruña, y lo hacen aportando su saber mediante el desarrollo de los temas esenciales de las Ciencias Constitucionales, señalando cuanto deben al magisterio del profesor Ruipérez.

Nuestro apreciado profesor ha suministrado en sus cuantiosos libros y artículos una teoría constitucional apoyada sobre sus estudios de la constitución de Weimar y de los textos de los grandes constitucionalistas de la época: Kelsen, Heller, Schmitt y Smend.

Los autores de este libro inciden sobre la fragilidad del régimen democrático, de cómo desde el derribo del muro de Berlín se ha debilitado la democracia en los países occidentales. Y son muchos los que nos recuerdan la pugna que se estableció en los años treinta acerca del dilema democracia representativa/democracia aclamativa, decisionista, de relación líder y pueblo sin deliberación, y nos advierten de si no se está produciendo hoy un proceso que conduce hacia el caudillismo que anegó entonces la actuación política. Lo más habitual es que esta dicotomía se exprese en la confronta-

ción Kelsen-Schmitt, más Ruipérez enfrenta a Kelsen con Heller, entendiendo que es él quien aporta la metodología de las Ciencias Constitucionales para solucionar los problemas del Estado.

Ruipérez hace crítica de los que se limitan a justificar las modificaciones desde el punto de vista procedimental, olvidando el elemento político. Un conocido principio sostiene que «el fin no justifica los medios», principio hoy generalmente aceptado, pero pocos hacen caso de otro principio irrefutable, a a juicio de quien esto escribe: los medios no justifican el fin, no basta con cumplir con los requisitos formales para justificar un objetivo contrario, no al Derecho, pero sí a los derechos de los ciudadanos. La pregunta sobre si el derecho es sólo forma o también fondo, tiene una respuesta pronta: la forma es portadora de contenido.

El profesor Ruipérez nos ha legado un cuerpo de doctrina que afecta a las grandes teorías del Derecho Constitucional pero también a cuestiones de actualidad que se debaten en los ámbitos políticos y que nuestro profesor estudia marcando un camino en el que la filosofía y la práctica se dan la mano. Así se ha ocupado con tino y saber sobre la distribución territorial del poder en un país conformado en Comunidades Autónomas, sobre los límites materiales de la reforma constitucional, sobre la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales y tantos otros asuntos siempre tratados con rigor y con un estilo literario basado en una estructura de oraciones subordinadas dentro de otras oraciones subordinadas. Puede ser que al lector novato de los textos de Ruipérez le resulte difícil su comprensión, pero pronto descubrirá que se trata de una estructura lógica que hace de la redacción un texto científico que impulsa a un estudio sistemático.

Entre las aportaciones a las Ciencias Constitucionales del profesor Ruipérez no es la menos importante las reiteradas advertencias acerca de la desconstitucionalización que se ha producido en la práctica en la distribución del poder político descentralizado. No son pocos, de la política y de la academia, los que han interpretado el título VIII de la Constitución Española de 1978 como la posibilidad de un Estado confederantista, orillando que el poder estatuyente de las Comunidades Autónomas no otorga poder constituyente, olvidando un principio categórico: autonomía no es soberanía. El Estado que contempla la Constitución de 1978 es un Estado Constitucional único con una amplia descentralización de competencias que en ningún caso puede desbordar la consideración de Estado único.

Otra de las cuestiones a la que el profesor Ruipérez ha dedicado un esfuerzo magnífico, con resultados magistrales, es la de la reforma constitucional. En su espléndido libro «El Título X de la Constitución Española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional», Ruipérez, como su maestro Pedro De Vega, sostiene que el Derecho Constitucional tiene como misión principal, si no única, la de tratar de hacer efectivas las ideas de Democracia, Libertad e Igualdad, que son el fondo sobre el que se ha edificado el Estado

Constitucional. En el libro despliega un amplio y profundo repertorio de doctrina y debate acerca de las posibilidades y las consecuencias de la reforma constitucional.

Este es un libro de reconocimiento y admiración por la obra de un profesor apreciado por otros muchos profesores de diversas Universidades iberoamericanas. Ha sido coordinado por los profesores Víctor Alejandro Wong Meraz, Manuel Cabanas Veiga y Christian Yair Aldrete Acuña y cuenta con la participación de profesores de las Universidades de la Universidad Nacional Autónoma de México (México), Lleida (España), Bolonia (Italia), Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú), País Vasco (España), Universidad Católica de Colombia (Colombia), La Coruña (España), Universidad Autónoma del estado de México (México), Complutense de Madrid (España), León (España) Universidad Nacional de Tucumán (Argentina), Valencia (España), Colima (México), Jaime I (España), Sevilla (España), UNED (España) y Chihuahua (México).

Un extraordinario plantel de profesores que irradia conocimiento y ciencia. El profesor Javier Ruipérez puede sentirse afortunado por haber sembrado tanta pasión por el Derecho, lo que le permite ahora cosechar la admiración y el afecto de tantos profesores e investigadores, a los que se suma este modesto prologuista.

En los últimos años se ha extendido la demanda entre partidos políticos, académicos y politólogos de considerar a los derechos sociales (educación, salud, seguridad social, vivienda y servicios sociales; el autor añade trabajo digno) como derechos Fundamentales. El profesor, aunque ha tratado los derechos sociales como un conjunto, también ha centrado su estudio en el derecho a una vivienda digna. La Constitución Española de 1978, en su artículo 47, establece:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

El artículo se sitúa en el Capítulo III del Título Primero, De los principios rectores de la política social y económica. El profesor Ruipérez se pregunta por qué es necesario, o al menos conveniente, el cambio del derecho a la vivienda a ser considerado un derecho fundamental, y nos ofrece una respuesta apoyada en vastos conocimientos y razones. El autor se sitúa en el constitucionalismo de la realidad.

El profesor Ruipérez hace una brillante y encendida exposición de la función social del estudioso del constitucionalismo, adscrito al pensamiento del democratismo radical del filósofo ginebrino Rousseau; afirma que si el cons-

titucionalista ha de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante (Jellinek), habrá de obtener la cabal comprensión de los problemas de la sociedad, que serán abordados y solucionados por los que ocupan los poderes políticos, puesto que, como afirma Javier Ruipérez «la Constitución sólo puede ser cabalmente comprendida cuando se la entiende en términos de realidad constitucional».

De tal concepción se deriva que el constitucionalista, en tanto que jurista, deberá implicarse en la realidad jurídica y en la realidad política, económica y social.

Ruipérez hace una advertencia acerca de su comprensión del problema —al argumentar la conveniencia y aún la necesidad y exigencia de integrar el derecho a una vivienda digna en el capítulo de derechos fundamentales— desde una óptica académica sí, pero comprometida con la realidad.

El profesor Ruipérez sostiene la idea de garantizar constitucionalmente todo lo concerniente a la dignidad humana, posición ésta que había sido seguida por los constituyentes europeos desde que la Constitución alemana de Weimar consagra los derechos como una utopía en el sentido que le había otorgado Thomas Moro. Con demasiada frecuencia se piensa en la utopía como una propuesta irrealizable, en cuanto no es tal, sino una verdad prematura, un ideal tendencial que, aunque aún no alcanzado, será realidad.

De vuelta a la normativa española, Ruipérez conecta, con lucidez, el texto del artículo 47 que explicita «el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» y obliga a los poderes públicos a promover «las condiciones necesarias y establecer(án) las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho» con, por una parte, la definición de España como «un Estado social y democrático de derecho» (artículo 1), y por otra con el párrafo segundo del artículo 9 que mandata a los poderes públicos a «promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», así como a resolver los impedimentos que para lograrlo se presenten al «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Es de una enorme satisfacción encontrar una concepción del texto constitucional como la del profesor Ruipérez que pone en contacto las diferentes disposiciones para completar una visión que ayude a mejorar la realidad de los ciudadanos a los que protege y obliga el Código Constitucional. Decía que es una satisfacción personal pues, aún con mis escasos conocimientos jurídicos, tuve la ocasión de contribuir, modestamente, a elaborar una Constitución que además de tener prevalencia sobre todas las normas, y de fundamentarse en el principio liberal y el principio democrático, suponía en nuestro caso una suerte de armisticio que cerraba una guerra civil, una larga dictadura y dos siglos de enfrentamientos entre las dos concepciones de España. Puedo asegurar que las características históricas de nuestro pasado

constitucional nos llevaron a muchos constituyentes a concebir el texto como un conjunto de disposiciones conectadas entre sí. Como lo entiende el profesor Javier Ruipérez, por lo que me siento satisfecho y agradecido.

Planteada la conveniencia de que los derechos sociales sean derechos fundamentales, que tengan el amparo que otorga su inserción en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución, la reforma estaría afectada por la disposición del artículo 168, el procedimiento agravado de modificación. El profesor Ruipérez opina que si se optase por la revisión del Título X (De la reforma constitucional) debería hacerse adhiriéndose a la teoría de que para reformar el artículo 167 bastaría con el procedimiento que fija este artículo, pero para el cambio del 168 se exigiría el procedimiento agravado. Dada esta dificultad, Javier Ruipérez se inclina por la reforma del artículo 53, para cuya revisión habría de observarse el procedimiento del artículo 167. La consecuencia sería una substantiva modificación en el régimen jurídico de los derechos inviolables, entre ellos los derechos sociales.

Se terminaría así con la situación presente en la que la garantía del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada por los ciudadanos se limita a la posibilidad de interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo. Situación insatisfactoria «pues la mayor parte de las violaciones del derecho a una vivienda digna y adecuada, se producen no, y ni mucho menos, por parte de los poderes públicos sino por parte de los titulares del poder económico, quienes terminan presentándose y configurándose como verdaderos, por utilizar la expresión de Giorgio Lombardi, poderes privados».

Y no es admisible apelar a la autonomía de la voluntad privada para considerar lícito y legal los contratos que las entidades financieras hacen firmar a los adquirentes de vivienda (como las cláusulas suelo de las hipotecas), pues responde al recurso a la legalidad que hicieron al comienzo del siglo XX lo empresarios indignados por la legislación que prohibía el trabajo de los niños menores de diez años en las minas. ¿Dónde queda la libertad a contratar y a aceptar un contrato como un derecho del trabajador? gritaban los poderes privados. La sociedad del siglo XXI no puede aceptar la explotación en base a criterios jurídicos manipulados.

La evolución de la vivienda en nuestro país ha producido una situación que contrasta con el derecho que constitucionalmente está amparado por el artículo 47 de la Constitución.

La crisis económica de 2007 puso en evidencia que los poderes públicos se habían desatendido de la tarea de construcción de viviendas sociales, bajo el erróneo concepto de que la vivienda es un asunto de las familias sin que exija la intervención del Estado. Esa malsana concepción del problema de la vivienda se apoyaba en dos datos nuevos de la realidad: la incesante construcción de viviendas alcanzó un tope de ventas que dejaba un número enorme de viviendas libres; y la transferencia de la competencia de vivienda a las Comunidades Autónomas (el número de calificaciones de VPO, vivienda

de protección oficial en España cayó desde 53.332 en 2012 a 4.938 en 2017), lo que facilitó el argumento de no intervenir en el mercado de la vivienda, sobre el error de que el Estado solo interviene donde no llega el sector privado, los titulares del poder económico. La crisis ha planteado además la imposibilidad del pago de las hipotecas por lo que el número de desahucios ha crecido de manera dramática para muchas familias.

El incumplimiento del mandato respecto al derecho constitucional ha derivado en una trivialización del problema, cuando las pocas viviendas sociales que se construyen se distribuyen entre los que las necesitan por sorteo, no mediante una baremación que permita acudir a los casos de mayor necesidad y urgencia.

La demanda de constitucionalizar los derechos sociales como derechos fundamentales cuenta con hitos históricos que obligan a los poderes públicos a garantizar que puedan ser disfrutados todos los bienes necesarios para una vida digna.

La responsabilidad de carácter mundial con los Derechos Humanos se reconoce por primera vez en la historia mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas en 1948. De ella se destaca, para el interés de este trabajo, los Derechos sociales: «Toda persona tiene derecho a la seguridad social (artículo 22), al trabajo (artículo 23), a un nivel de vida adecuado que le asegure así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales (artículo 25.1), a la educación (artículo 26), ...»

Con fecha 26 de septiembre de 1978 España suscribió el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, «reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan».

La Asamblea General de Naciones Unidas en 1998, con motivo del 50 aniversario de la Declaración, pidió a todos los gobiernos de sus países miembros, así como a las ONGs la publicación, difusión, exposición y comentarios de la misma para concienciar sobre la protección de los derechos humanos en el mundo. En la actualidad esta Declaración está ratificada por 140 países estableciéndose un compromiso universal para garantizar las libertades fundamentales y el desarrollo humano con el propósito común de velar por el bienestar y la dignidad de todos los seres humanos en todas partes.

Los Estados miembros de Naciones Unidas, al suscribir el respectivo Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales han de asentar constitucionalmente los derechos sociales y su desarrollo legislativo. Por ello frente al tratamiento

marginal que tiene los derechos sociales en las Constituciones de los Estados, respecto a los derechos referidos a las libertades, se demuestra reiteradamente la necesidad de constitucionalizarlos como Derechos Fundamentales. Para ello cobra especial relevancia la doctrina de Naciones Unidas al reiterar que los Derechos Humanos son de carácter universal, e inalienable; así mismo indivisibles; no hay jerarquía entre diferentes tipos de derechos. Los derechos humanos tienen deberes correlativos que especifican la forma en que se ha de cumplir el deber. Los Tratados, Pactos y Convenios Internacionales de derechos humanos, definen los deberes de los Estados parte en la aplicación de los derechos humanos.

No obstante, todavía la mayoría de los Estados no han implantado los derechos humanos de carácter social, como derechos fundamentales en sus Constituciones.

El Tratado de reforma de la Unión Europea, de Lisboa 2009, incorpora la Carta de los derechos sociales fundamentales, de obligado cumplimiento para los países miembros.

El Tratado desarrolla los objetivos de cohesión económica y social, manifestando la voluntad de atender al pleno empleo y al progreso social, así como combatir la exclusión social y todo tipo de discriminación. Lo más característico es el hecho de que los derechos sociales se configuran en el Tratado como derechos fundamentales de la ciudadanía europea, en el que se integran tanto los históricos derechos fundamentales referidos a los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales.

Los derechos fundamentales constituyen una parte del Tratado definida como Carta de los derechos fundamentales de la Unión, de la que a efectos de políticas de integración social se destacan los apartados de igualdad y solidaridad:

- La Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y servicios sociales.
- Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza se reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una vivienda digna a quienes no respondan de recursos suficientes.
- Toda persona tiene derecho a la prevención y atención sanitaria en las condiciones establecidas por las prácticas internacionales.
- La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general... con el fin de promover la cohesión social y territorial.

La definición de los derechos sociales como derechos fundamentales en el Tratado, crea las bases para que los países europeos asuman en sus Constituciones la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, incorporada al Tratado de Lisboa 2009, en línea con la doctrina de la Resolución de Naciones Unidas de 2006.

Ya hemos mencionado cómo se encuentran constitucionalizados en nuestro máximo texto legislativo los derechos sociales. Están insertos en el marco de los Principios rectores de la política social y económica (salvo el derecho a la educación, que está incluido en la Sección Primera del Capítulo Tercero) por lo que están afectados por el carácter potestativo de los poderes públicos. Durante los cuarenta y cuatro años de vigencia de la Constitución de 1978 se ha podido comprobar cómo estos derechos han estado sometidos a avances y retrocesos (en función de cada tipo de gobierno), no ofreciendo verdadera garantía de su aplicación efectiva.

El profesor Ruipérez profundiza en las razones que aconsejarían constitucionalizar los derechos sociales como derechos fundamentales, incorporándolos a la Sección Primera del Capítulo II del Título I para alcanzar el mismo tratamiento constitucional que las libertades y garantizar su efectiva aplicación.

En la legislación en materia de vivienda, en la interpretación del Tribunal Constitucional, así como en la política de vivienda se ha concedido más atención a la competencia estatal que establece el artículo 149, 1.^a,13 de la Constitución Española que trata a la vivienda como sector económico, que a la que proclama la competencia estatal de regulación de las condiciones básicas que garantice el ejercicio de los derechos que ampara el texto constitucional.

El derecho a disfrutar de una vivienda es un derecho subjetivo. La Constitución mandata que se configure ese derecho. Este mandato ha sido incumplido por las autoridades estatales y autonómicas, que han establecido obligaciones para los mecanismos que se consideran necesarios (planes, calificación de suelos y viviendas, etc.) pero no respecto al derecho subjetivo del disfrute de una vivienda.

La aparición en la historia del Estado constitucional democrático y social supone la superación del Estado constitucional liberal en cuanto hace depender la eficacia de los derechos fundamentales no de la voluntad de los poderes constituidos, sino que se residencia en la soberanía popular expresada en el texto constitucional. En el caso de nuestra Constitución el proyecto de futuro está globalmente expresado en el Preámbulo, cuando afirma que la nación española desea establecer una sociedad democrática avanzada. El contenido estático de la Constitución es el Estado social y democrático de derecho en que, de acuerdo con el artículo 1 se constituye España.

El contenido dinámico, añade, además, un avance en esa misma sociedad democrática hasta alcanzar una sociedad en la que la democracia económica y social se fundan con la democracia política y los valores constitucionales de justicia e igualdad con los de libertad y pluralismo. Establecer entre nosotros una democracia avanzada es conquistar para los españoles espacios cada vez más amplios de libertad, posibilidades cada vez mayores de autonomía personal, sustituir progresivamente relaciones y situaciones de desigualdad por otras más igualitarias, cuestionar constantemente la justicia

de las pautas de distribución que estratifican nuestra sociedad y ensanchar la tolerancia hacia todas las actitudes e ideologías que acepten este proyecto dinámico de vida en común.

Existen razones sobradas para hacer de la Constitución de 1978 un balance claramente positivo, pero esto no debe detenernos. En el marco de convivencia en libertad que la Constitución nos ofrece, debemos seguir trabajando hasta hacer plenamente efectivo todo el contenido social y democrático de la Constitución y convertir en realidad el proyecto de sociedad democrática avanzada.

Mi entusiasta aceptación de los inteligentes argumentos que expone con brillantez el profesor Ruipérez, tiene, sin embargo, un punto en el que podríamos disentir. Hace una apelación a la conveniencia de un nuevo proceso constituyente que, a mi modesto parecer, no encaja con la actual realidad política y social. Más que reforma de la Constitución había que intentar hacer reformas en la Constitución. Identificar aquellos cambios que cuenten con la mayoría de la Cámara y proceder a su reforma. Precisa Javier Ruipérez una pérdida de la fuerza normativa de la Constitución de 1978. Un gran constitucionalista, Von Humbolt, dice que la relación entre Constitución y sociedad se da de tal manera que cuando una Constitución ignora las leyes, no sólo políticas, sino espirituales, sociales, económicas, culturales de su época, esa Constitución no tendrá el germen imprescindible de fuerza vital. La Constitución de 1978, por haber tratado de resolver problemas tan antiguos de España (persecución de los actores políticos entre sí, contraposición entre un Estado muy centralista y la necesidad de reconocer la pluralidad, la forma de Gobierno con la tensión permanente entre Monarquía y República, y la cuestión religiosa, el largo litigio entre Estado confesional y Estado laico) y en cierta medida lo ha hecho, se incardinó rápidamente en lo que se llama «el sentimiento constitucional». Cierto es que el paso del tiempo cambia algunas de las aspiraciones de los ciudadanos, sobre todo de los de las nuevas generaciones, pero es difícil compartir lo que algunos grupos hacen, despreciar la transición política de 1978, que supuso un cambio histórico excepcional, el abandono del secular enfrentamiento de las dos Españas que clamaron los poetas y la elaboración de un texto constitucional con una aceptación sin precedente, casi unanimidad de los representantes, inmensa mayoría de los ciudadanos, de los representados, en su refrendo.

Desde posiciones conservadoras se dice hoy que en la transición se fue demasiado lejos en las cesiones a la izquierda. Desde esta se opina, por el contrario, que no se fue tan lejos como se debía. Son opiniones que debemos respetar, pero erróneas, a mi juicio. Se hizo lo que necesitaban los españoles. Un poco más lejos hubiese supuesto el rechazo de la mitad de la Cámara, y de los españoles representados por ella; un poco menos lejos hubiese cosechado la negativa de la otra mitad y de los españoles representados por ella. Se trataba de alcanzar una convivencia pacífica que enviara al desván de la historia, las guerras civiles, las asonadas, los pronunciamientos y los golpes de Estado.

¿Significa eso que la Constitución, emblema y sustancia de aquella reconciliación, deba ser petrificada? No, muy al contrario, debemos apelar, el profesor Ruipérez lo hace, a un concepto que supera el de sentimiento constitucional. Konrad Hesse ha acuñado otro aún más intenso, el de «voluntad constitucional» para aludir a la firme, decidida y constante voluntad de todos los implicados de realizar el contenido de la Constitución. Si para ello se precisan reformas, háganse para recuperar la eficacia normativa de nuestro código constitucional.

Aunque a veces los obstáculos parezcan insalvables, aunque el panorama de la distribución de las Cámaras no mueva al optimismo, debemos seguir trabajando hasta hacer plenamente efectivo todo el contenido social y democrático de la Constitución y convertir en realidad del proyecto de sociedad democrática avanzada.

Para tal objetivo contamos hoy, gracias a los estudios del profesor Ruipérez un instrumento valioso y eficaz.

Termino agradeciendo a Javier Ruipérez sus continuas muestras de afecto y la confianza que siempre ha mostrado, que ha permitido que mi torpe texto prologue esta espléndida obra a él dedicada. Espero no haber decepcionado la ilusión de aquel joven de 15 años que escuchaba con entusiasmo mis palabras. En todo caso él guarda mi afecto, mi admiración y mi amistad.

A todos los profesores que ha puesto su trabajo y su saber cómo un homenaje al profesor, maestro y amigo Javier Ruipérez, mi gratitud más sincera por haber puesto en mis manos el prólogo de su importante libro. Ha sido una nueva ocasión de mostrar mi admiración y amistad al profesor Ruipérez.

ESTUDIO INTRODUCTORIO:

**LAS CIENCIAS CONSTITUCIONALES
Y SU RELEVANCIA PARA EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**

**UN ESTUDIO DESDE LA
PERSPECTIVA DE HELLER Y SU
INFLUENCIA EN RUIPÉREZ**

Víctor Alejandro Wong Meraz

Profesor Investigador

Universidad Autónoma del Estado de México

Secretario general del Centro de Estudios en Ciencias Constitucionales

(México)

awong32@yahoo.com

I. Palabras Iniciales

Antes de iniciar a escribir estas líneas en Homenaje al Profesor Javier Ruipérez Alamillo, quiero agradecer especialmente a los profesores Manuel Cabanas y Yair Aldrete por haber tenido esta iniciativa de festejar a alguien que tanto nos aportado en lo académico, pero más en lo personal. Los dos han hecho un esfuerzo muy grande, en poder llevar a cabo esta obra en festejo del profesor Ruipérez, para resaltar la importancia de este último en el estudio del Derecho Constitucional.

Redactar unas líneas para rendirle homenaje a una persona que ha tenido tanta influencia en nosotros, resulta bastante complicado, y esto por el temor de que estas no queden a la altura del personaje que hoy estamos festejando.

Podemos afirmar que conocemos a Javier desde hace casi dos décadas en los pasillos de la Universidad Complutense de Madrid, donde en varias ocasiones acudió como ponente en distintas conferencias a invitación de su

profesor y maestro Pedro De Vega. Sin embargo, y tal como lo manifiesta Ruipérez, nuestra amistad histórica se remonta a más de 100 años, y esto es cuando en Alemania, Hermann Heller es habilitado el 10 marzo de 1920 en la Universidad de Kiel y empieza a dar cátedra en dicha universidad, lo cual explicaremos más adelante.

Nos tomaremos las siguientes líneas para acreditar por qué nuestra amistad se remonta a esa fecha tan importante para el Derecho Constitucional, y más para los que nos hemos decantado por el análisis de las Ciencias Constitucionales.

Como es de todos conocido, el autor alemán Heller, si sitúa en compromiso político y académico en defensa de las causas obrero y es militante del Partido Socialista, independientemente de los riesgos y peligros que esto conllevaba. Heller es influenciado por su mentor Radbruch, y empieza a realizar trabajos introductorios a las obras de Lasalle y Hegel, donde a la postre se ira involucrando más en cuestiones de derecho público y junto a Kelsen, Schmitt y Smend será considerados los cuatro grandes del constitucionalismo de Weimar; sin embargo, eso lo trataremos más adelante.

Sin embargo, una vez que asume el poder en Alemania, Hitler y cuando Heller se encontraba impartiendo unas conferencias en la London School of Economics y en Oxford, se decreta el 7 de abril de 1933 la controvertida y nefasta Ley para la Restauración del Funcionariado, la cual excluía de la administración no sólo por cuestiones políticas sino también étnicas, ya que prohibía a los judíos formar parte de esta. Al ser Heller leal con sus ideales académicos y políticos, y dejar al lado toda neutralidad, además, de su origen judío, no tiene otra opción más salir de Alemania, y exiliarse en España.

Heller tenía invitación de las universidades más importantes del mundo, sin embargo, este se inclina por ir a las universidades españolas, ya que consideraba importante defender la última trinchera o bastión democrático en riesgo en Europa que era la Segunda República Española.

Quien lo convence es uno de sus discípulos más cercanos, el Profesor Manuel Martínez Pedrozo, catedrático de Derecho Político de la Universidad de Sevilla, quien ya había traducido al castellano algunas de las obras del profesor alemán, y por lo cual, estas ya eran conocidas en España. Además, de Martínez Pedrozo, Heller va a entablar relación con Fernando de los Ríos, los dos claros militantes socialdemócratas. Además de estos profesores, se vincularán algunos jóvenes del momento como es profesor Carlos Ollero, quien a la vez, años después, tendrá una amistad con Enrique Tierno Galván. Este último será el maestro de uno de los personajes que nos une al Ruipérez y nosotros, y es como precisamente Pedro De Vega.

Pero siguiendo este hilo conductor, como es sabido lamentablemente Heller fallece en la Universidad Central de Madrid, hoy Universidad Complutense de Madrid, dando cátedra el 5 de noviembre de 1933, días antes de los lamentables sucesos electorales para la Segunda República Española. Nos

referimos a las elecciones de primera vuelta del 19 de noviembre y segunda vuelta el 3 de diciembre de ese mismo año, que van a tener unos resultados desastrosos para el estado democrático español. De hecho, uno de los profesores que había hecho la invitación a Heller para acudir a la península Ibérica, nos referimos a Martínez Pedroso, se va a postular por el PSOE a una diputación en Ceuta, pero como sabemos va a perder dicha contienda electoral.

Con esto, la vida democrática de España se va a ver trastocada, provocando la huida de este país de grandes intelectuales entre ellos el profesor Martínez Pedroso, quien se va a venir exiliado a nuestro país, México.

Una vez en México, en 1939, el profesor Martínez Pedroso se va a integrar como muchos intelectuales exiliados y partidarios de la II República Española, a instituciones educativas entre ellas la Casa de España en México, hoy conocido como Colegio de México, y a la Facultad de Derecho de la UNAM, dando la Cátedra de Teoría del Estado. Entre las personas cercanas a este profesor español va a estar Mario de la Cueva, quien a la vez ya había tenido contacto con la doctrina alemana, por haber realizado algunas estancias en este país europeo. Ambos profesores van a cultivar una amistad y anhelo y pasión por el estudio de las Ciencias Constitucionales. Tan es así que el propio Mario de la Cueva va a realizar un extraordinario Estudio Preliminar de la obra *La Soberanía*¹ del propio Heller.

Mario de la Cueva siendo Rector de la máxima Casa de Estudios en México, la UNAM, va a tener la visión de crear el Instituto de Derecho Comparado, hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas, la cual dio oportunidad a muchos intelectuales y juristas españoles y de otros lugares que huían de los regímenes autoritarios, tuvieron la oportunidad de seguir con sus labores de formación de ciudadanos.

El propio profesor mexicano Mario de la Cueva va a ser formador no solamente de grandes juristas, sino debemos incluir a inmensos estadistas, entre los que destacamos a Héctor Fix-Zamudio, Porfirio Muñoz Ledo, Miguel de la Madrid y el propio Jorge Carpizo.

Y regresando al inicio de este escrito, la afirmación, sobre la amistad histórica, la cual podemos centrar en los años 70s, cuando nuestros profesores y mentores Jorge Carpizo y Pedro De Vega, inician a tener comunicación sobre temas de Derecho Constitucional, y cuestiones democráticas que se estaban suscitando en todo Iberoamérica. Dicha amistad y fraternidad se va a ir consolidando a través de las distintas actividades que se llevaran a cabo por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y a la postre se va a cimentar, cuando en el 2003 el Doctor Carpizo es invitado por el Maestro Pedro De Vega, como profesor invitado a la Universidad Complutense de Madrid. Recordamos como al inicio del ciclo de doctorado de ese año,

1 DE LA CUEVA, M., «Estudio Preliminar», en HELLER, H., *La Soberanía*, 2.ª ed., FCE, México, 1995.

el Maestro De Vega nos comentaba emocionado que nos iba dar el curso de Presidencialismo en Iberoamérica el profesor Carpizo. Por cuestiones de tiempo y plazos para ingresar los cursos, pocos fueron los que se matricularon formalmente con el Dr. Carpizo, no obstante, su cátedra siempre se encontraba abarrotada donde acudíamos más de 30 personas a escuchar las lecciones, las cuáles nos hacían comprender mejor el derecho y la política de Iberoamérica.

Esa época fue de gran provecho para muchos, especialmente para nosotros los mexicanos, ya que tuvimos la fortuna de entrar en contacto más que un jurista, con un estadista que solamente era sobrepasado por su gran calidad humana, el cual nos ayudó a bastantes en tierras lejanas a nuestro hogar.

En ese tiempo, el profesor Ruipérez era constantemente invitado por el Maestro De Vega a eventos académicos en la Universidad Complutense y donde entablaría una amistad con el Dr. Carpizo, y es ahí donde tuvimos el primer contacto con el hoy homenajead. En un segundo momento, fue en nuestro examen doctoral, donde formó parte del sínodo en la Universidad Complutense². Posteriormente volvimos a tener relación cuando realizamos un Estudio Crítico³ a la obra *Reforma versus Revolución, Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la Revisión Constitucional*⁴. A partir de ese trabajo, nuestra comunicación fue más estrecha y por lo que decidimos establecer el Seminario de Derecho Constitucional⁵ y lo que a la postre ha evolucionado en el Centro de Estudios en Ciencias Constitucionales.

Es por todo lo anterior, junto con Jorge Carpizo y Pedro De Vega, Ruipérez es de los profesores que más nos han formado, en virtud de que sus enseñanzas se complementan y ayudan a que podamos entender la relevancia del Derecho Constitucional. De acuerdo con el Profesor Carpizo, y siguiendo una línea argumentativa estrechamente relacionada con Heller, resaltó el método de analizar los problemas del Estado, donde no se podría hacer por separado

2 El examen se celebró el 30 de junio de 2009, el tribunal se encontró conformado por Don Pedro De Vega, presidente; Don José Iturmendi, secretario; y vocales Don Alberto Pérez Calvo, Don Javier Ruipérez Alamillo y Don Javier Tajadura Tejada.

3 WONG MERAZ, V. A., «Estudio Crítico, Reforma vs. Revolución...», en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 31 julio-diciembre, UNAM, México, 2014, pp. 329 y ss.

4 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma versus Revolución, Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la Revisión Constitucional*, Porrúa, México, 2014.

5 En dicho Seminario se encuentran los dos que han incitado esta obra, nos referimos a Manuel Cabanas y Yair Aldrete. El primero siendo discípulo de Javier Ruipérez, vino hacer una estancia de investigación con nosotros a la Universidad Autónoma del Estado de México en el año 2015; y el segundo, siendo estudiante nuestro, fue a realizar una estancia con Ruipérez a la Universidad de La Coruña, en el 2017.

lo político y lo jurídico. Los problemas Constitucionales no solo se encuentran en el texto, sino también en la realidad, donde se desempeñan. Del profesor De Vega, la relevancia estudiar los clásicos y establecer un diálogo con los muertos, para luego proyectar hacia el futuro, además de la Supremacía Constitucional y Reforma Constitucional, pero desde las Ciencias Constitucionales. Y de nuestro profesor hoy homenajeado Ruipérez, la importancia de estudiar el constitucionalismo de Weimar, la cual es la discusión más rica y que aporta más, para entender los problemas del Estado y a la postre defender la metodología de las Ciencias Constitucionales.

II. Planteamiento del Problema

Para iniciar esta cuestión, debemos dejar claro que somos fieles a los postulados que el Profesor Ruipérez plantea, siguiendo la línea discursiva e ideología inculcada por nuestro Maestro Don Pedro de Vega, quien afirmaba «la convicción profunda de que el único régimen éticamente defendible, políticamente coherente y científicamente demostrable es el régimen democrático»⁶. Y resulta importante enfatizar esta premisa, ya que la realidad que veníamos teniendo, ha sido trastocada, como nunca nuestra generación había presenciado, y nos referimos precisamente a la erupción de la pandemia del COVID, que ha modificado nuestra forma de visualizar nuestras instituciones política, económicas, jurídicas y sociales.

En distintas partes del mundo y especialmente en nuestra región que es Latinoamérica el Estado democrático se ha visto vulnerado, o al menos han provocado algunas crisis graves, que han puesto en riesgos las instituciones, por ejemplo, Chile⁷ y Perú⁸. En otros lugares, las voces del autoritarismo se han empezado a escuchar cada vez más fuerte, poniendo en riesgo la democracia constitucional, la cual abarca el respeto a los derechos humanos y fundamentales y al equilibrio de poder. Donde lamentablemente se está tomando esta situación, para justificar la tendencia de coartar libertades y restringir derechos, poniendo en peligro especialmente el estado social de derecho.

6 DE VEGA GARCÍA, P., *Estudios Constitucionales*, UNAM, México, 1987, p. 8.

7 En el 2019 se dio una serie de manifestaciones que provocaron una crisis constitucional, convocando a una nueva Constituyente para que elaborara un nuevo texto; sin embargo, después de varios meses de trabajo de distintas mesas, y dos plebiscitos uno de entrada donde se preguntaba si querían un nuevo texto y otro de salida, que era la aprobación de la nueva Constitución, este último fue rechazado.

8 El 7 de diciembre del 2022, el presidente de la República del Perú Pedro Castillo, intento un autogolpe de Estado, donde pretendía disolver el Congreso e intervenir el Poder Judicial, al Ministerio Público, a la Junta Nacional de Justicia, y al Tribunal Constitucional. Además de convocar a una nueva Constituyente, para la elaboración de una nueva Constitución. Hoy en que escribimos estas líneas, la crisis constitucional no se ha logrado solucionar.

De acuerdo con lo anterior, la democracia constitucional se encuentra en un momento de inflexión, semejante al que se vivió hace casi un siglo en Europa, y para ser más preciso en Alemania con la Constitución de Weimar⁹, lo que en la doctrina ha establecido como la época de Weimar. La crisis institucional que se vivía en esos momentos en el Viejo Continente, hoy podemos decir que se encuentra en todo el orbe. Por tal motivo, y como lo hemos resaltado en líneas anteriores, resulta útil analizar el debate teórico que se estaba dando en ese momento y como hace referencia nuestro profesor Ruipérez, hoy homenajeado, resulta la discusión más enriquecedora del Derecho Constitucional. Las tensiones se asemejan, y de acuerdo con los distintos planteamientos teóricos podemos encontrar soluciones o inclusive tener un retroceso en las conquistas logradas.

Las ideas discutidas en Weimar estaban representadas principalmente por Kelsen con su positivismo¹⁰, sin embargo, tenemos también a uno de los antagonicos a ese formalismo propuesto por el austriaco, y nos referimos a Schmitt, donde aboga por un decisionismo¹¹. También tenemos que incluir a Smend¹², quien busca un integracionismo de la Constitución y el Estado a través de las ciencias del espíritu. Y, por último, y no menos importante a Heller¹³, que a través de su metodología de las Ciencias Constitucionales para solucionar los problemas del Estado.

Y ¿porqué de la relevancia de volver a traer a estos autores que sostuvieron esa discusión académica hace casi un siglo?, pues la situación actual pudiera ser más crítica, ya que no solamente está en juego la visión de la democracia constitucional de una región o parte del mundo, como lo fue en Alemania de los años 30s; hoy prácticamente todo el mundo se enfrenta a una crisis de salud, económica, política y social, y la tendencia a plantear regímenes autoritarios, pero «eficientes» se vuelve cada día más latente. En este sentido, resulta imperativo analizar las ideas del propio Platón, cuando establece que cuando fracasan las democracias se instauran las tiranías¹⁴.

9 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La metodología en el Constitucionalismo de Weimar», en AA.VV. *Teoría de la Constitución, Estudios en Homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, Porrúa, México, 2010, pp. 907 y ss.

10 Entre las obras que debemos destacar de este autor austriaco, están *Teoría General del Estado* y *la Teoría Pura del Derecho*.

11 El autor alemán y defensor del decisionismo va a resaltar su ideología principalmente en las obras *Teoría de la Constitución*, pero donde claramente se va a ver la confrontación con Kelsen, la vamos a encontrar en la obra sobre el *Defensor de la Constitución*.

12 Smend también va a ser objeto de confrontación con Kelsen, ya que este último lo cataloga completamente antiformalista, y van a sostener una discusión académica de los más enriquecedora. Rudolf Smend con su obra *Constitución y Derecho Constitucional*. Recientemente se acaba de publicar la obra conjunta *La Controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2019.

13 Entre las obras que debemos destacar de Heller, están *La Soberanía* y *La Teoría del Estado*.

14 PLATÓN, *La República*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 90

Tal y como lo establece Jellinek¹⁵ que en la medida en que tenemos conocimiento de los caracteres y de las cuestiones jurídicas de la propia Comunidad Política y de la relevancia del propio significado del Estado es que podremos a solución a los problemas que a este aqueja.

En este sentido va nuestra investigación, donde utilizaremos el método cualitativo, donde analizaremos distintos textos del debate teórico suscitado en la República de Weimar de la Época Entre Guerras, y donde trataremos de establecer la importancia de Heller y su método de las Ciencias Constitucionales, para poder resolver los problemas actuales que están aquejando a la democracia y estado constitucionales de derecho.

III. El debate teórico de Weimar y el prelude de la crisis constitucional actual

Tal vez la afirmación con la que intitulamos este apartado podría resultar bastante fuerte o polémico, sin embargo, resulta pertinente traer a colación dicho debate, ya que es el más rico y aleccionador es el que se da en la época Entre Guerras, la cual se conocerá como la Teoría Constitucional de Weimar. Desde esta perspectiva, se puede considerar que Weimar como el símbolo de determinados problemas vinculados con la República de Weimar, sin embargo, que pudieran trasladarse a la actualidad, como lo son la teoría democrática del pueblo, las cuestiones jurídicas de la defensa de la Constitución o del «estado de excepción», es por estos motivos, que resulta imprescindible, recurrir al debate teórico de la época, para dar una explicación a los problemas actuales. En el momento que estamos viviendo, son precisamente esos problemas e incluso las mismas soluciones las que se están planteando como solución para enfrentar los grandes temas que ha arrojado esta pandemia del COVID 19, y en los que precisamente el Estado se está viendo superado en los más elemental, que es la salud, educación, y seguridad.

Además, el análisis de los planteamientos de Weimar es el resultado del conflicto de métodos y orientaciones de la doctrina del derecho público y político, que va a marcar la visión que se tenga de los mismos tópicos casi una centuria después. Porque en este sentido, el debate sobre determinados problemas constitucionales se puede centrar en la discusión metodológica para solventar las incógnitas políticas y jurídicas. Desde el estudio o análisis de los derechos fundamentales, la transición de un Estado monárquico con desplazamiento de la república como legitimación de la soberanía popular, y con la imposición de un régimen autoritario. Y estas cuestiones, se van a posicionar ante la metodología adoptada por los grandes juristas de la época y que van a ser del siglo XX, nos referimos a Kelsen, Schmitt, Smend y Heller, y el debate teórico que se puede trasladar a inicios del siglo XXI.

15 JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, FCE, México, 2000, p. 267.

Los postulados de estos autores siguen teniendo repercusiones en los debates actuales del derecho constitucional, e incluso siguen tan vigentes que hasta de forma inconsciente se siguen los lineamientos de algunos de estos grandes teóricos.

Para Lepsius¹⁶ el tratamiento de los problemas concretos es resultado de los conflictos sobre el método y, a la inversa, resulta necesario para el análisis de los presupuestos y de los criterios metodológicos para resolver dichos problemas. Y de ahí la importancia de estudiar a la República de Weimar y sus debates de derecho constitucional, ya que la discusión es lo que se puede considerar como los «tópicos universales», como lo son la idea de supremacía constitucional y la soberanía de la constitución y del pueblo, el debate entre legalidad y legitimidad.

Para el mejor entendimiento, procederemos a establecer algunas líneas introductorias para el entendimiento metodológico de estos autores.

Para Carl Schmitt, el Estado es una categoría del ser y se sirve, como ciencia de referencia, de la filosofía política del existencialismo. Para este autor, el estudio del objeto que es el Estado debe ser interdisciplinario, pero con un método no interdisciplinario que es la decisión concreta. En otras palabras, el objeto de estudio que es el Estado se debe abordar desde perspectivas interdisciplinarias, sin embargo, el actuar de éste que es la «decisión», se debe analizar de una manera concreta¹⁷.

Kelsen tiene un ideal del objeto referida al ser, pero está orientada al Derecho, analizando de manera concreta, solamente desde la perspectiva científico-jurídica, por lo cual, no se puede acceder a ello por métodos interdisciplinarios, sino solamente jurídicos. Para el autor austriaco, la referencia de la norma al hecho, del deber ser al ser, se encuentra implícita en el concepto de positividad, ya que sea que la realidad siga a la norma (validez del Derecho constitucional), o que la norma siga a la realidad (reforma constitucional). Para Kelsen una Constitución es el fundamento de las normas jurídicas siempre cambiantes, que necesariamente se necesitaran las modificaciones constitucionales¹⁸.

Kelsen establece que el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra. La norma que representa la base de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior, esto constituye el fundamento de validez de todas las normas, inclusive de los ordenamientos inferiores.

16 LEPSIUS, O., «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina de derecho Público de la República Federal», en *Revista Historia Constitucional*, n.º 9, Universidad de Oviedo, España, 2008, p. 45.

17 SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 78.

18 KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, p. 327.

Dicha norma recibe el nombre de Constitución y ésta representa, con relación a la Ley, un grado superior del orden jurídico. La Constitución es aplicada por la ley en el sentido que el procedimiento legislativo se encuentra determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia que la aplica. Lo que Kelsen está afirmando es que la norma superior es la que da origen a la norma inferior; sin embargo, ésta a la vez es la ejecución de la norma superior. Para el autor austriaco y principal defensor del positivismo, el método científico-jurídico es el que se debe utilizar para estudiar el derecho, y eliminar cualquier otro método para su análisis¹⁹.

Smend considera que el Estado se encuentra enmarcado dentro de una realidad dinámica, con factores siempre cambiantes, y ordenamientos en constante flujo. El Estado es real en la medida en que se actualiza o se reproduce continuamente. Este autor denomina la integración a este proceso cambiante, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, en virtud, de que éste existe únicamente a causa de y en la medida en que se encuentra en este proceso de autointegración, que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo²⁰.

Y por último, Heller orienta al Estado como objeto interdisciplinario parecido al de Schmitt. Sin embargo, su método de análisis también va a ser interdisciplinario describiéndolo como la «Ciencia de la Realidad», o como se refiere nuestro profesor homenajeado, «Las Ciencias Constitucionales»²¹. Para Heller, el derecho constitucional es el lugar donde confluye lo jurídico con lo político, la normatividad y normalidad, y la esencia de todo análisis de este objeto que es la Constitución y su entorno, es que debemos encontrar un equilibrio entre todos los aspectos en cuestión.

IV. Las Ciencias Constitucionales y su metodología para el Entendimiento del Estado, los límites a las modificaciones constitucionales, una aproximación al pensamiento de Ruipérez

Para el profesor que hoy estamos homenajeando, Ruipérez, este se basa bastante en los lineamientos de Heller, los cuáles se encuentran complementados por el propio Smend, en la que considera a estos dos autores, como los que mejor logran la concepción de que el Estado y la Constitución son seres dinámicos que se encuentran en constante movimiento²². Una de las formas en que logramos entender al Profesor Ruipérez, fue en su obra *Reforma vs. Revolución*.

19 KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 14.º ed., Porrúa, México, 2005, p. 201.

20 SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, CECC, España, 1984, p. 145.

21 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La metodología en el Constitucionalismo de Weimar», *op. cit.*, p. 705.

22 Una de las formas en que logramos entender al profesor Ruipérez, fue cuando nos tocó hacer un Estudio Crítico de su obra *Reforma vs. Revolución*. Al estudiar esta monografía, nos adentramos precisamente a lo que es el estudio de las Ciencias Constitucionales.

Uno de los autores en los que más se apoya Ruipérez, es el propio Heller, ya que para este último no se puede analizar por separado lo estático y lo dinámico, la normatividad con la normalidad, ya que estas no son para el Estado cosas opuestas, sino condiciones recíprocas²³.

Para Heller, son esas relaciones de poder que se encuentran en constante movimiento y se modifican constantemente. No obstante, esto no da lugar a un caos, sino que crean como organización y constitución, la unidad y coherencia del propio Estado. La realidad actual consiste en la efectividad presente de la conducta de los miembros ordenada para la acción unitaria; toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace²⁴.

Heller establece que la Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas, esto en virtud de que exista la posibilidad de que en un futuro se pueda repetir precisamente esa conducta humana que concuerde con ella. Esta posibilidad se confirma, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la propia Constitución, de la conducta de los miembros, pero además de una normalidad normada de estos en el mismo sentido. Por tal motivo, una Constitución política sólo puede concebirse con un ser al dar forma a las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concreta. La normalidad tiene que ser siempre reforzada y complementada por la normatividad.

En este mismo sentido, Smend considera que el Estado se encuentra enmarcado dentro de una realidad dinámica, con factores siempre cambiantes, y ordenamientos en constante flujo. El Estado es real en la medida en que se actualiza o se reproduce continuamente. Para Smend la integración a este proceso cambiante, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, en virtud de que éste existe únicamente a causa de y en la medida en que se encuentra en este proceso de autointegración, que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo; es lo que logro denominar las ciencias de la integración del espíritu²⁵.

Como lo hemos comentado en líneas anteriores, para nuestro profesor homenajeado Ruipérez, es de vital importancia analizar la doctrina alemana de entreguerras y establecerlo como eje para el estudio del derecho constitucional. Claramente se ve esto, cuando Ruipérez nos habla sobre los Límites materiales a la Reforma Constitucional, y empieza a encauzar la discusión entre Kelsen y Heller. El profesor de la Coruña nos va mostrando la tensión que empieza a percibirse entre Norma y Realidad, los positivistas y los realistas²⁶. Entre el debate de estos dos grandes constitucionalistas, Ruipérez se decanta por Heller, donde resalta

23 HELLER, H., *Teoría del Estado*, FCE, México, 1983, p. 269.

24 *Ibidem*, p. 270

25 SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

26 Más que utilizar el término realistas, Ruipérez nos empieza a llevar a los que hoy conocemos como las Ciencias Constitucionales.

la importancia de este autor para el entendimiento de los límites del poder de revisión constitucional. Nuestro profesor empieza analizando la obra de Heller de *Europa y el Fascismo*²⁷, ya que en esta es donde mejor se puntualiza la atracción que ejercían en los totalitarismos ascendentes las construcciones acriticas y avalorativas del positivismo jurídico formalista, que partiendo de la ingenua idea kelseniana, el Estado de Derecho era posible con independencia del contenido ético, político y social de que se le dote. Para Ruipérez, es precisamente en este momento donde expone contundentemente de lo que significa el positivismo jurídico y su problema de entendimiento sobre los límites materiales de la reforma, especialmente los implícitos²⁸. Más claramente, nuestro autor fundamenta su idea, con lo establecido por Dicey, en lo que se refiere en relación a los positivistas, donde estos buscan explicar más por lo que la Constitución dice, dejando a un lado el análisis por hacer comprender lo que la Constitución significa, y toma como ejemplo una cita lapidaria «en ese menesteroso quehacer que ya describió Federico de Prusia cuando, dirigiéndose a sus generales, les dijo aquello, “vosotros conquistad sin recato alguno, que ya vendrán los juristas con argumentos para justificarlos”».

Ruipe rez nos empieza adentrar en lo peligroso que puede ser, seguir un criterio esencialmente formalista, ya que para esta corriente en realidad no existen límites siempre y cuando se hayan seguido los respectivos procedimientos. Para los positivistas, el estudio de la Norma Fundamental lo hace de una forma apolítica. En este mismo tenor de ideas, y siguiendo al maestro Pedro de Vega, donde establece que a la marginalización arbitraria del compromiso social y político, lo que ocurre es que la descripción positivista de la realidad acaba no adaptándose a ella. Y es entonces cuando la misma realidad se vuelve contra el positivismo²⁹. Ya que la elevación a categorías universales de aspectos limitados y concretos de la realidad de las tensiones políticas y las luchas sociales de su tiempo, que, lógicamente, deberían explicarse en función de una dinámica y una situación histórica muy concretas, adquieran dimensiones extra históricas y se expliquen en función de luchas y tensiones propias de la naturaleza humana³⁰. La ciencia social se disuelve en un elemental psicologismo, de ahora en adelante lo que preocupar  a la ciencia será descubrir las leyes psicológicas por las que se rige el espíritu humano, más que delatar las causas sociales de su comportamiento.

27 HELLER, H., *Europa y el Fascismo*, Comares, Granada, 2006.

28 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, op. cit., p. 23.

29 DE VEGA GARCÍA, P., «Ciencia Política e Ideología», en *Obras Escogidas de Pedro De Vega*, CEPC, Madrid, 2017, p. 48.

30 La gran discusión de la categorización de las normas y la problemática del espacio y tiempo es tan reciente que desde la época de Sol n se abordar . Y es desde el momento en que le preguntan quién tiene la mejor Constitución y contesta para quien y para cuando. El contexto marcará un elemento esencial para el estudio de la Constitución y de las instituciones jurídicas.

De acuerdo con Ruipérez y De Vega, nosotros consideramos que para el entendimiento de los límites a la reforma constitucional ocurre en el momento en que se establece el concepto político de Constitución³¹. Los límites a la reforma constitucional, además de que son una cuestión práctica, son necesarios poder entender a la mutación de la constitución, que, junto a la reforma, resultan las figuras con las cuáles se modifica la Constitución.

Ruipérez parte de los planteamientos hechos por Laband y Jellinek con relación a la Mutación Constitucional o *Verfassungswandlung*³², y el peligro que se corre el no entender a esta figura, ya que en el caso de que los operadores políticos y jurídicas del Estado aceptan aquella transformación, «no hay medio alguno para proteger a la Constitución, contra una mutación ilegal debida a una interpretación ilegítima», sería un instrumento muy útil para cualquier régimen autoritario o dictatorial. Ya que, para éstos, se presenta como una auténtica obsesión el presentarse ante la opinión pública internacional y ante sus propios ciudadanos como unos auténticos gobernantes demócratas que operan en el marco de una Ley Constitucional, con tal apego o respeto absoluto a ese principio de legalidad que tanto importa al positivismo jurídico formalista, que puede conllevar a la definitiva destrucción del Estado Constitucional³³. Ruipérez afirma que una de las excepciones a estas prácticas fue el propio Franco hasta el año de 1955.

Hay que recordar que, en la España franquista, el régimen más que buscar una legalidad en sus actos, éste buscaba la legitimidad de sus arbitrariedades, a través de los referendos. Ya que éstos se llevaban a cabo en un contexto ajeno a cualquier tipo de principio democrático, porque la propaganda oficial anulaba cualquier oposición a la decisión ya tomada. Franco utilizó el referéndum para tratar de legitimarse en poder durante cuatro largas décadas. Como ejemplo, está la Ley de Referéndum Nacional, del 22 de octubre de 1945, en la que se regulaba el instrumento participativo asignándole el carácter de facultativo y atribuyéndole la iniciativa para su convocatoria al Jefe de Estado con carácter exclusivo. La finalidad de este referéndum era consultar a la Nación sobre la aprobación de determinadas leyes o sobre

31 WONG MERAZ, V. A., *Constitución Mexicana, Reforma y Mutación*, Porrúa, México, 2010, p. 122.

32 Sin embargo, se puede considerar que quien mejor trata el tema de las mutaciones constitucionales y su tipología es Hsu Daü-Lin, un discípulo de Smend, que la igual que éste, afirma que la Constitución consiste en una regulación jurídica del Estado como totalidad vital y no significa la suma de normas jurídicas individuales y heterogéneas en una enumeración uniforme, entonces las mutaciones pueden surgir de diversas formas, puesto que el significado de la mutación ha de ser diferente en cada caso. Para este autor, las mutaciones son un complemento al sistema constitucional. DAÜ-LIN, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1984, pp. 175 y ss.

33 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, *op. cit.*, p. 24.

cuestiones políticas de especial trascendencia. Una de estas se llevó a cabo el 26 de Julio de 1947, para dar entrada en vigor a la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, y otra el 10 de enero de 1967 para aprobar la Ley Orgánica del Estado³⁴.

Ruipérez establece que si la Mutación constitucional se configura como facultad ilimitada a los poderes constituidos puede conllevar a la más absoluta radical aniquilación del propio ordenamiento constitucional, por tal motivo, esta figura encuentra grandes obstáculos para ser bien recibida por los defensores de la Teoría del Estado y de la Constitución democrática. Por tal motivo, éste sigue los lineamientos de Pedro De Vega, al establecer que la posibilidad de que se produzcan modificaciones no formales de la Constitución termina allí donde se plantea una situación de límite. Cuando se produce, la única alternativa aceptable, y siempre y cuando la pretensión de las fuerzas políticas sea compatible con la expresión del Poder Constituyente, será la de que tal transformación del orden jurídico fundamental se lleva a cabo no como una *Verfassungswandlung*, sino por el contrario como una Reforma constitucional³⁵. Y sí se llegará a llevar a cabo una modificación al significado de Constitución a través del órgano revisor, realmente no estaríamos hablando de una Reforma Constitucional, sino estaríamos ante un «*faussement de la Constitution*». En la que De Vega plantea entorno al fraude constitucional, se pone en manifiesto el enfrentamiento y la confrontación entre la operación de la reforma, en cuanto actividad amparada por el sistema de legalidad y el orden de valores y principios en que descansa el sistema de legitimidad³⁶.

34 LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *El Referéndum en el sistema español de participación política*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2005, pp. 20 y 21.

35 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, *op. cit.*, p. 29.

36 Para Pedro De Vega la conexión del principio democrático de soberanía popular con los sistemas de garantías (declaración de derecho y división de poderes), propios de la concepción liberal, y su obligada consideración como fronteras a la acción de reforma, no tiene, por supuesto, una mera significación abstracta, producto de la elaboración, teórica. Una somera referencia a lo que los franceses llaman fraude constitucional, permitirá comprender la trascendencia que, para la vida y el proceso real del Estado constitucional, posee la problemática de los límites implícitos materiales. Y es que bajo la fórmula fraude constitucional, se entiende la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente. Su referencia es importante, porque ilustra con extraordinaria practicidad sobre el significado, el valor y hasta la necesidad de reconocer límites implícitos materiales en cualquier operación de revisión constitucional. DE VEGA GARCÍA, P., *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

V. El Problema de los límites materiales a la reforma, Kelsen *versus* Heller

Lo que primero nos viene a la vista, es que Ruipérez haya entrado al análisis y a la vez confrontarlos a Kelsen y a Heller. La tendencia y lo más común, es que lo hiciera entre el primero y su antagónico Carl Schmitt³⁷. Es precisamente esto tan peculiar, que invoca la atención que nuestro autor haya llevado al debate a Heller, que para muchos y sin falta de razón es el constitucionalista más importante de esa época. Ya que éste no se limita al estudio de la norma por sí sola y en específico de la Constitución, alejándola de toda la realidad como lo hace Kelsen, sino que más bien la contextualiza, pero sin llegar a politizarla por completo como lo hace Schmitt. El profesor de la Universidad de la Coruña nos explica el motivo por el cuál omite a este último, al ser generalmente admitido como el insigne constitucionalista politólogo que se mostró como el gran teórico de los límites materiales frente a la actuación de la *Verfassungsänderung*. Y aquí está uno de los grandes aciertos del profesor español, que con el objetivo de que no se descalifiquen los argumentos sobre la existencia de los límites materiales a la Reforma de la Constitución —que como suele suceder con Schmitt, la desacreditación se da más en lo personal que sobre sus ideas en la construcción de una teoría de la Constitución—, Ruipérez agrega a Heller, al tomar en consideración para la elaboración de éste libro, la hace con la pretensión de responder a la lógica de una Teoría del Estado y de la Constitución que tiene, tan sólo, la misión última la de contribuir a que las ideas de Libertad y Democracia se erigieran como elementos esenciales del Estado Constitucional.

Ruipérez hace una aclaración muy importante, al señalar que el pensamiento kelseniano³⁸ debe ser tomado en su totalidad y de no de forma fragmentada,

37 Véase la famosa polémica de 1931 entre dos de los tres constitucionalistas más importantes del siglo XX (siendo el tercero Heller), en la que se tienen dos posturas antagónicas por tener dos visiones distintas de Estado, Constitución y de Derecho. Esta discusión se centra sobre él y el quien debe ser el defensor de la Constitución. Ha sido tan importante esta discusión para el Derecho y en específico el derecho constitucional, que se considera una lectura obligada para el entendimiento de estas áreas. Por este motivo, la editorial Tecnos decidió publicar en el 2009 un libro que contuviera esta polémica entre estos dos autores de la época de Weimar. Además, el libro cuenta con un estudio por el profesor Giorgio Lombardi que precede a los textos de Schmitt y Kelsen. También resalta esta polémica en otras obras de estos dos constitucionalistas SCHMITT, C. y KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, España, 2009. También se puede constatar esta polémica en SCHMITT, C. «Sobre el Parlamentarismo» en *Teólogo de la Política*, FCE, México, 2001, y KELSEN, H., *Esencia y Valor de la Democracia*, 2.ª ed., Colofón, México, 2002.

38 Ruipérez hace un comentario muy acertado, al referirse que para el entendimiento de Kelsen y su compromiso con la Democracia se encuentra fuera de toda duda, una vez que lo has leído en su totalidad y no de forma parcial. Esto nos recuerda también algo que sucede muy a menudo con Maquiavelo, en el sentido de que, si te limitas al *Príncipe* te

ya que sólo de esta forma se puede explicar y justificar desde la cimentación histórica y social del principio democrático, y desde la idea de la búsqueda de mecanismos jurídicos que logren salvaguardar la voluntad soberana del Poder Constituyente frente a la actuación de los poderes constituidos³⁹.

Ruipérez cuando analiza pensamiento de líder de la escuela de Viena y el positivismo jurídico, apunta sobre el estado de confusión que se vive el actual constitucionalismo, teórico y práctico español. Para esto se basa en Mouskehli, para criticar ese positivismo jurídico desmedido, en la que se limitan a justificar las modificaciones desde la perspectiva procedimental, olvidándose del elemento político. Para ello, plantea que es imposible transformar un Estado Federal en una Confederación mediante una ley federal, aunque ésta sea una ley constitucional, ya que la creación o desaparición de un Estado federal o la creación de un nuevo Estado independiente son determinados por el Derecho Internacional. Una ley estatal sólo puede fijar el conjunto de requisitos necesarios al nacimiento de órdenes jurídicos inferiores a ella. Pero la determinación de las condiciones y del momento en que tiene lugar el nacimiento o la desaparición de un orden estatal no tiene más remedio que corresponder al orden internacional⁴⁰.

Para Ruipérez, lo que han pretendido los defensores de un positivismo jurídico efervescente, quienes apelan a la idea kelseniana de que una «norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de una cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico». Se ha llegado incluso a afirmar que la transformación del orden constitucional estatal puede llevarse a cabo sin necesidad de poner en marcha el proceso de reforma constitucional establecido, bastando, por el contrario, para ello con la entrada en vigor de una norma jurídica ordinaria que haya sido aprobada válidamente desde el punto de vista formal, fue la argumentación que dieron para la aceptación del Estatuto catalán de 2006⁴¹.

Ya Kelsen afirmaría que no existe inconstitucionalidad material, lo único que hay es la inconstitucionalidad formal, porque las leyes no resultan inconstitucionales por contrariar los contenidos materiales de la Constitución, sino por ser aprobadas por el Poder Legislativo y a través de un procedimiento que no encuentra facultado para derogar a la Norma Fundamental. La ley ordinaria no sería declarada inconstitucional, si hubiera sido aprobada a través del procedimiento de la reforma constitucional⁴².

quedas con una visión muy corta de lo que es en realidad éste florentino, ya que se queda uno con la idea monarquista. No obstante, la visión que da el florentino en su obra los *Discursos sobre la primera Década de Tito Livio*, es una percepción republicana.

39 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, op. cit., p. 211

40 *Ibidem*, p. 226.

41 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, op. cit., p. 230

42 KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 403.

Lo que apunta Ruipérez, y con toda razón, es que los que se inclinan por esta visión están confundiendo lo que es en una mutación y un fraude constitucionales. La primera es un complemento a la Constitución, para mantenerla viva en una realidad dinámica, mientras que la segunda, lo que en verdad se trata es de una destrucción del orden constitucional. He aquí el meollo del asunto, la única forma de poder controlar a la mutación constitucional es estableciéndole límites a la reforma constitucional. Consideramos que esa cuestión pasa desapercibida para los positivistas, enfrascados más en el análisis de los procedimientos, más que en fortalecer a la Constitución es su labor de controlar el poder. Si los poderes constituidos no tienen límites, es imposible controlar una mutación constitucional.

La contraposición entre realidad jurídica (normatividad) y realidad política (facticidad) es la base de la problemática de las mutaciones constitucionales.

Cuando hablamos de la crisis de lo normativo, del decaimiento de los mandatos absolutos, de la relativización de los valores, se pretende señalar la efectiva evolución de la realidad social, es decir, el debilitamiento de su fuerza normativa⁴³. Para Kägi, en un sentido más preciso, debería hablarse de desviaciones, aberraciones o términos similares ya que el verdadero valor, en otras palabras, el mandato divino, no queda afectado por ello.

Así para este autor, el problema se suscita cuando la voluntad de la norma es sustituida cada vez más por la voluntad del Poder. Es la decadencia de lo jurídico-normativo una consecuencia general de la decadencia de lo normativo en la existencia humana en comunidad. Donde la valoración antes, absolutos, son vencidos por el relativismo. La dinámica de la vida moderna cuestiona a lo normativo, ocasionándole un descenso, en la que se reconocen una interacción entre factores sociológicos e ideológicos y políticos, que conducen a una crisis de la constitución normativa⁴⁴.

Kägi ve la dificultad de la mutación constitucional, al ser consciente que son los poderes políticos quienes determinan el sentido y alcance de la alteración, la figura de la mutación constitucional lleva, casi forzosamente, a un desmontaje de la fuerza normativa de la Ley Fundamental⁴⁵.

El problema de los límites de la mutación constitucional comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte en un conflicto social, político y jurídico que pone en peligro la misma noción de supremacía constitucional, debido a que la Constitución, como ordenamiento normativo, es el

43 WONG, MERAZ, V. A., *Constitución Mexicana, Reforma y Mutación*, op. cit., p. 182.

44 KÄGI, W., *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 55 y ss.

45 *Ibidem*, p. 166.

recipiente de valores fundamentales que acoge, y como es por entero lógico, deja de existir cuando esos valores son ignorados, quebrantados, modificados o de plano rechazados.

Para los positivistas insensibles a estos mecanismos de modificación, establecen que la mutación constitucional encuentra su límite en la normatividad de la Constitución. Sin embargo, este límite sigue siendo genérico y difícil de precisar, en virtud de que estaríamos en la hipótesis de que la Norma Fundamental pudiera alcanzar la medida óptima de su fuerza normativa, es decir, abarcar todas las modificaciones posibles y futuras, lo cual evidentemente no es posible.

En este sentido, una Constitución jamás podrá abarcar la totalidad de estos fenómenos. Por tal motivo, Hesse establece que la Carta Magna no debe constituirse en estructuras unilaterales, ya que, si ésta tratase de aislarse por completo de la realidad y solamente aceptare el positivismo, los límites de su fuerza normativa quedarían rebasados. Su normatividad se vería arrinconada por la realidad, los principios que pretende realizar ser verían suprimidos⁴⁶.

Como lo mencionamos anteriormente, la mutación debe ser un complemento para el Estado constitucional, no obstante, el confundirla con el fraude Constitucional implicaría negar la idea de supremacía constitucional. Al no aceptar que existen límites materiales a la reforma constitucional, estamos dando pie, a que todo se puede modificar e incluso las ideas de libertad y de democracia. Por tal motivo, el acierto de Ruipérez, al poner en manifiesto que un sector de la academia y de la política española, al no tratar con el debido cuidado a la *Verfassungsänderung*, y no entender que es constituido y por consecuencia limitado, están poniendo en peligro la vida constitucional española. La descomposición del edificio constitucional implica la negación de las ideas de libertad y de democracia.

Cuando nuestro profesor homenajeado analiza el concepto político de Constitución como justificación de los límites materiales a la revisión constitucional, este excluye a Schmitt en la discusión sobre límites de a la reforma constitucional, lo hace con sagacidad, al adelantarse a sus posibles detractores, de que, si se basaba en los lineamientos de este último, las críticas iban ir dirigidas más por lo que en su momento se le cuestionó, como un teórico al servicio del autoritarismo, el cual va a ser el argumento para su descalificación. La crítica se da más por una cuestión subjetiva que objetiva. Para evitar este cuestionamiento, sea por quien se fundamenta la idea de los límites a la reforma, nuestro autor contrapone a Heller frente Kelsen. Debate que para muchos ha quedado en olvido, pero que en estos momentos y por la realidad que atraviesa España y muchos de los países, es importante retomar. Por eso insisto, aquí uno de los aciertos de este libro confrontar a Kelsen versus Heller, y dejar fuera Schmitt (que es lo más ordinario en los textos acadé-

46 HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., CEC, Madrid, 1992, p. 67.

nicos). En la dinámica de la discusión de que debe prevalecer el deber ser (Kelsen), o el ser (Schmitt), nos introduce el ser-deber ser-querer ser (Heller).

La justificación que hace Ruipérez para incluir a Heller es de lo más contundente, ya que los postulados que hace este son a partir de las ideas la Libertad y de la Democracia. En el entendido que éstas no se logran sólo con un conjunto normativo, que para esto no podemos dejar de analizar el elemento político.

Para Heller, la teoría del Estado investiga la realidad de la vida estatal. Ésta aspira a comprender al Estado en su estructura y función actual, su devenir histórico y las tendencias de su evolución. La ciencia Política sólo puede tener función como ciencia, si se admite que es capaz de ofrecer una descripción, interpretación y crítica de los fenómenos políticos⁴⁷. Para este autor, la realidad histórica es el punto de partida de la Teoría del Estado como ciencia de estructuras. Por tal motivo, no puede olvidar, en ningún momento, que el Estado es algo que deviene; pero tampoco puede desconocer que el Estado da forma a este devenir político. En este sentido, la Teoría del Estado, en cuanto ciencia de la realidad, ha de mostrarnos el «si» y el «cómo» existe el Estado, en cuanto unidad concreta que actúa en el tiempo y en el espacio.

Heller realiza una aguda crítica a los postulados de Kelsen, al señalar que éste último, al contraponer el deber ser, el carácter jurídico, al ser, de carácter social, sin que entre ellos exista una relación, considerando al primero como un deber ser independiente de toda orden y de toda observancia, atiende única y unilateralmente a la normatividad y olvida que todo el deber social se relaciona constantemente con un querer humano. Para Heller, las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigencias dirigidas a la voluntad del hombre⁴⁸. El ser y deber ser son, elementos antagónicos que no pueden ser referidos sin el uno al otro, ni ambos a una común raíz lógica, pero si pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiera que dar forma, no sería en puridad, un deber ser. Para Kelsen toda norma jurídica vigente en el Estado es una norma de Derecho Positivo, en la que el único requisito es que esta fuese aprobada a través del procedimiento y formas adecuadas previamente establecidos. Para Heller, por el contrario, es necesario que además la norma jurídica aprobada, reúna otras condiciones que, en este caso, son de carácter político y material⁴⁹.

Heller es consciente que existen actores como el jurista dogmático, o como luego lo denomina, el «jurista judicial», que cometen el error al considerar los cuerpos normativos y la jurisprudencia, como normas ideales,

47 HELLER, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pp. 19 y ss.

48 *Ibidem*, p. 202.

49 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, op. cit., p. 249.

independientes de toda actualidad volitiva y de toda facticidad. El jurista judicial puede, fácilmente, pasar por alto el hecho de que el precepto jurídico concreto sólo tiene validez gracias a su inclusión en la conexión sistemática de una jerarquía de poder y del orden jurídico a ella correspondiente. Para Heller, sin el carácter de creador de poder que el Derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal, pero sin el carácter de creador de Derecho que tiene el poder del Estado, no existe positividad jurídica ni Estado⁵⁰. Por tal motivo, la autoridad de la voluntad del Estado, su cualidad de poder supremo, se basa en su legitimidad.

Heller afirma, que, si la unidad del estado sólo nos fuera dada realmente por la ciencia jurídica, en el sentido que lo hace Kelsen, sería evidentemente inconcebible como realidad. La unión normativa inter-individual que se da en el orden jurídico entre voluntades individuales que en la realidad están disociadas, no basta para explicar la existencia del Estado. La unificación volitiva, en virtud, de la cual nace en el cómo un proceso de ordenación y acomodación dentro de cada individuo, que se ve presionado en cada momento por la conveniencia social y en quien la educación de numerosas generaciones engendra el estado habitual de una conciencia de los individuos más o menos clara y firme⁵¹.

Para Heller, la democracia es una estructura de poder construida de abajo hacia arriba, en la que rige el principio de soberanía del pueblo: todo poder estatal procede el pueblo. No obstante, hace la aclaración, en la que, si bien es cierto, en la democracia existe una igualdad de oportunidades, el pueblo sólo puede mandar a través de una organización de dominación⁵². Para este autor, el requerir la intervención directa del Cuerpo Electoral para la aprobación de todas las leyes, puede presentar determinados problemas en el funcionamiento ordinario del moderno Estado Constitucional. El pueblo, como portador del orden estatal, determina en todas partes la voluntad del estado. Sin embargo, esta unificación de las voluntades no se transforma automáticamente en la voluntad del orden estatal, siendo necesario, al efecto, la individualización última de la voluntad por las instancias del Estado. Estos organismos representativos, encarnan en sí mismos, los valores y fuerzas de la comunidad, mismos que son, a su vez, los elementos determinantes de la unidad volitiva⁵³.

Resulta indispensable resaltar, tal y como lo hace Ruipérez, que Heller al momento en que trabaja con las normas jurídicas, así como la realidad, no se ciega a la idea que un Parlamento represente a todo el Cuerpo Político. Hermann Heller, es consciente que desde el realismo político que ninguno de los gobernantes antidemócratas que han existido a lo largo del periodo el constitucionalismo, han renunciado a conformar formalmente un Parlamento.

50 HELLER, H., *Teoría del Estado, op. cit.*, pp. 207 y ss.

51 *Ibidem*, p. 253.

52 *Ibidem*, p. 266.

53 HELLER, H., *La Soberanía, op. cit.*, p. 178.

Por tal motivo, para Heller la representación ya sea en el sistema parlamentario o en otro, debe concebirse como institución subordinada al pueblo. De esta, manera, queda excluida cualquier forma de soberanía de los órganos estatales y, al mismo tiempo, quedan inidentificadas la soberanía del pueblo y la soberanía del Estado.

Heller retoma los postulados de Montesquieu, que a la vez van a ser uno de los límites a la *Verfassungsänderung*, al establecer de máxima importancia que, en la realidad política en la organización democrática del Estado de Derecho, la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, sean un verdadero límite al poder político. Estos preceptos constitucionales deben estar debidamente asegurados a todos los individuos del que forman parte del Estado⁵⁴.

Para Heller, la idea de Montesquieu no es sino un procedimiento técnico para transformar la *volonté générale*, la cual es portadora y creadora de los valores, en una ley cuya imperatividad no admita perturbaciones. La división de poderes, la idea de democracia, tienen como objetivo hacernos concebir la voluntad del Estado como una norma autónoma y objetiva, en la que no desempeñe función alguna el arbitrio individual⁵⁵.

Ruipérez resalta que en el marco de las concepciones del Derecho Constitucional de Hermann Heller donde el Instituto de la Reforma Constitucional aparece en toda su magnitud, no sólo como mecanismo que garantiza la continuidad y vigencia de la Constitución, y esto solo puede entenderse en la medida en que la *Verfassungsänderung* se utiliza para que voluntad del Poder Constituyente, se adecue a las nuevas realidades políticas, sociales y económicas, pero sosteniendo los mismos principios y valores que determinaron la aprobación de esa Constitución. Es lo que define como el *quid* de asegurar el mantenimiento de la realidad constitucional⁵⁶. La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella.

Es a través de la reforma constitucional como mecanismo de articulación que se puede lograr la continuidad jurídica del Estado, en este sentido, queda fácilmente identificado que, en la teoría de Heller, podemos encontrar la existencia de límites materiales a la reforma constitucional. Para este autor, la Constitución es la que incorpora y consagra los principios y valores del Cuerpo Político, o al menos los de la mayoría de los ciudadanos del Estado. Además, sólo goza de una auténtica vigencia, y, en consecuencia, únicamente adquiere la condición de norma jurídica obligatoria y vinculante para gobernantes y gobernados cuando permanece la voluntad Poder Constituyente. Sólo puede crearse una continuidad constitucional y estatus político, si el legislador que

54 HELLER, H., *Teoría del Estado*, op. cit., p. 266.

55 HELLER, H., *La Soberanía*, op. cit., p. 87.

56 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, op. cit., p. 252.

actúa en el proceso de reforma se considera ligado por ciertas decisiones, normativamente objetivas, de sus predecesores. Sólo mediante el elemento normativo se normaliza una situación de dominación actual. Por eso para Heller, una Constitución dura más allá del momento presente⁵⁷.

Por lo anterior, con una gran agudeza, Ruipérez logra demostrar por qué Heller es quien mejor concibe a la *Verfassungsänderung* como poder limitado, y lo más interesante es que éste jamás lo diga de forma expresa. No obstante, para el alemán, la reforma constitucional es un procedimiento que es puesto en marcha por las fuerzas políticas, actuando como poderes constituidos extraordinarios, al materializar el cambio. Es un cambio que es obligadamente limitado y, bajo ningún concepto, puede llevar a cabo actos revolucionarios⁵⁸.

VI. Conclusiones

La amistad histórica no es la que surge en el momento en que unas personas se conocen, sino que nos debemos remontar a cuando los ideales y postulados que nos unen, surgen a la superficie y se plasman como teorías para los años venideros, en este sentido, es que podemos trasladarnos hace más de 100 años, cuando Heller inicia su carrera académica, para poder de establecer esa fraternidad con el profesor Javier Ruipérez Alamillo.

Es importante volver a estudiar a los grandes teóricos de Weimar, nos referimos a Kelsen, Schmitt, Smend y obviamente a Heller, ya que en el momento de inflexión en que nos encontramos, consideramos los más útiles para darle respuesta a los problemas actuales.

Las Ciencias Constitucionales o ciencias de la realidad son las que orientan al Estado como objeto interdisciplinario, al igual que el método de análisis va a ser igualmente interdisciplinario, estableciendo que, en el Derecho constitucional, es el lugar donde confluye lo jurídico con lo político, lo normativo con la normalidad. En este sentido, la Constitución no puede ser estudiada solamente desde una perspectiva o uno de sus elementos, el jurídico o político, ya que se eliminaría uno de sus componentes. Por tal motivo, su método debe ser el de las ciencias constitucionales, donde debes tomar todos los elementos que confluyen en la sociedad, desde lo político, jurídico, sociológico, económico, e inclusive hasta lo histórico, para poder solucionar los problemas constitucionales.

Los límites a la reforma constitucional, además de que son una cuestión práctica, son necesarios poder entender a la mutación de la constitución, que, junto a la reforma, resultan las figuras con las cuáles se modifica la Constitución.

57 HELLER, H., *Teoría del Estado*, op. cit., p. 273.

58 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, op. cit., p. 255

PRIMERA PARTE

Estudio de la Teoría del Estado y del Derecho

EL PODER. ¿DERECHO O POLÍTICA? (DISCUSIÓN DIALÉCTICA)

Manuel Cabanas Veiga¹

*Contratado Ramón y Cajal 2021
Universidad de Lleida
(España)*

Christian Yair Aldrete Acuña

*Coordinador de Capacitación, Investigación y Documentación
Tribunal Electoral del Estado de México
(México)*

I. Introducción

Nos es muy grato y nos honra el poder participar no sólo como coordinadores en esta obra, sino también rendirle al Maestro Ruipérez su merecido homenaje a través de estas líneas, como muestra de la enorme gratitud que, como parte de sus discípulos que somos, le guardamos. Y es que, si algo cabe destacar del homenajeado es su gran amplitud científica, tanto metodológica como en relación a los diversos postulados que se pueden adoptar. Ello da lugar a que sus discípulos e, incluso, aquellos que lo toman como referencia, puedan proyectar una multiplicidad de problemáticas desde diversos postulados, ideológicos o científicos, que incluso puedan llegar a confrontarse entre sí, lo que, como siempre nos enseñó, supone un aspecto

1 Investigador Ramón y Cajal de la facultad de Derecho de la Universidad de Lleida. Este contrato es parte de la ayuda de referencia RYC2021-032087-I, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR», aunque entiendo que, para darle contexto, debo poner "Este trabajo se realiza bajo la ayuda de referencia RYC2021-032087-I, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea. Además, este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título "El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas" (PID2020-117154GA-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria de Proyectos I+D +I de 2020).

muy positivo de quien así enseña, ya que contribuye al desarrollo de cualquier ciencia, especialmente de las Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales. Se trata, por tanto, de un método que parte de postulados teóricos, pero con una necesaria e irrenunciable aplicación práctica².

Y es en esta discordancia de planteamientos en donde debemos ensalzar la metodología didáctica del Dr. Ruipérez Alamillo, ya que al basarse en postulados rigurosamente científicos alejados de toda dogmática avalorativa y acrítica³, ha sido posible que, en torno a él, se haya consumado y se siga consumando una rica Escuela, comenzada ya por Tierno Galván y consolidada por Pedro De Vega, en la que circulan las más elaboradas y variadas premisas atinentes a las Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales. El único credo al que deben estar adscritos para poder sentirse cómodos con las enseñanzas del homenajado es con los principios democráticos⁴. Pero no entendiendo la Democracia como un dogma inmutable y petrificado, sino como un proceso de desarrollo⁵. Somos conscientes de que la Democracia no es el sistema que mejor garantiza la eficacia económica, la seguridad ciudadana o la estabilidad política⁶. Lo que aporta la Democracia es Libertad, que es el principio fundamental del Liberalismo. Por ello, todo discípulo de esta Escuela debe abrazar los principios democráticos como los medios básicos para garantizar y desarrollar la Libertad de las ciudadanas y los ciudadanos de las diferentes Naciones que conforman el planeta en el que nos ha tocado vivir y que tanto debemos cuidar, como consecuencia

-
- 2 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna*, Editorial Andavira, 2017, pp. 40-49 y *El Título X de la Constitución Española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional: (Un estudio de teoría del derecho constitucional en cuanto que ciencia conceptual y ciencia práctica)*, VLex, 2017, pp. 25-76.
 - 3 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución del Estado de las Autonomías. Teoría constitucional y práctica política en el «federalising process» español*, Ed. Biblioteca Nueva S. L., Madrid, 2003, cit., pp. 117-118, *Reforma vs. Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, Porrúa, México, 2013, p. 9 y *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización: Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 47.
 - 4 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «El derecho constitucional a la vivienda y la problemática de su arrendamiento en el Estado social (un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y ciencia práctica)», Colina Garea, Rafael (Dir.) y otros, *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado de alquiler de viviendas*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 11.
 - 5 DE VEGA GARCÍA, P., «La Democracia como proceso. Algunas reflexiones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo», Eds: A. Guerra y J.F. y otros. *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro en Salamanca*, Sistema, Madrid, 2003, p. 462.
 - 6 KELSEN, H., «Los fundamentos de la democracia», *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 215-222.

de los diferentes problemas ocasionados por las políticas globalizadoras⁷ que ya se están sufriendo, especialmente, en el seno de la Unión Europea⁸.

De este modo, lo que los autores van a llevar a cabo en este trabajo es la exposición de una discusión fruto de las amplias enseñanzas impartidas por el homenajeador, el Dr. Javier Ruipérez Alamillo, asumiendo cada uno una posición doctrinal distinta en relación con la problemática a debatir. Se trata de un recurso expositivo muy poco utilizado para este tipo de trabajos, ya que con ello queremos simbolizar la originalidad y frescura que caracterizan a nuestro Maestro común. Y es que una de las discusiones que, con ya habitual normalidad, mantenemos ambos autores, consiste en advertir si ese monstruo llamado Poder, es una obra del Derecho o de la Política. Así, mientras que Cabanas Veiga va a partir y derivar sus consecuencias del hecho de entender al Poder como una facultad meramente jurídica, el Mtro. Aldrete Acuña hará lo propio entendiéndolo como meramente política. Es muy posible que el resultado de nuestras exposiciones no se corresponda con nuestras posiciones reales, ya que éstas sufrirán un cierto proceso de polarización para permitir un mejor contraste de los argumentos esgrimidos. Ante ello y, como no podría ser de distinta forma, en principio tendremos que pensar y rebatir sobre qué es lo que consideramos como Derecho y como Política.

II. Conceptualizaciones previas

Así, en primer lugar, Cabanas Veiga parte de entender el Derecho como el conjunto de normas, valores y principios, tanto escritos como no escritos, y tanto expresos como implícitos, que condicionan el comportamiento de una sociedad, tanto en general como en sus diferentes grupos. De este modo, no sólo se trata de incluir dentro de este concepto aquellas normas emanadas por el aparato coactivo del Estado⁹, sino también el conjunto de valores sociales que legitiman el poder. E incluso aquellas normas que, sin estar positivizadas, provocan verdadera fuerza coactiva sobre los individuos¹⁰. En relación a

7 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Estado social versus aldea global», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, pp. 777-802 y *La «ciudadanía europea» y sus implicaciones para el Derecho constitucional. (Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna Unión de Estados de Derecho Internacional)*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 275-304.

8 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea: La Unión Europea como forma moderna de Confederación (una primera aproximación)», en M. A. García Herrera (dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, p. 625.

9 JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, (1911, 2.ª Edición), Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos, Ed. Fondo de Cultura económica, 2000, pp. 194-195.

10 HELLER, H., *Teoría del Estado (1934)*, Traducción por Luís Tobío, Fondo de cultura económica, México, 1985, p. 256.

la noción de Política, este autor la utiliza para hacer referencia a las diferentes dinámicas humanas, sociales y psicológicas que condicionan el Poder¹¹. Éstas se plasman en las diferentes posiciones que adoptan los diversos grupos decisores de una Comunidad Política y que desemboca en la decisión que la instancia de legitimidad que posee la capacidad de ejecutarlas adopta¹². Pero no podemos entender que el Poder es un concepto estático, sino dinámico, al igual que la noción de Estado federal¹³, ya que no lo posee solamente quien lo detenta (los que ostentan el poder formal o positivizado), sino también quienes realmente lo ejercen (los que poseen el poder informal o material), quienes adoptan realmente las decisiones en una sociedad. Estos poderes materiales siempre han existido, desde cortesanos en las monarquías, hasta grandes riquezas en las oligarquías o los actuales lobbies, influyendo en el poder formal, haciendo que ni los reyes, ni los Consejos o Parlamentos, sean totalmente libres a la hora de adoptar una decisión, sino que ven sus decisiones condicionadas por éstos. Por tanto, el Poder no es una actitud estática y exclusiva de un individuo o grupo de los mismos, sino una dinámica en la que muchos actores mercadean sus propuestas y confrontan sus intereses. De este modo, será la instancia de ejecución, la cual le otorga el nombre a cada uno de los regímenes, a la que le corresponde la decisión última. Y sólo a esta última obedece la población, ya que es a la que le han otorgado legitimidad. Por tanto, a estas dinámicas humanas es lo que conocemos como Política.

En cambio, para Aldrete Acuña el Derecho no es más que un medio de control social, nunca autónomo en su génesis y siempre respondiente a caprichos del decisionismo¹⁴. Si bien, se complace en ser un cúmulo de normas y principios que dan fondo e identidad a la forma en que una determinada sociedad habrá de desarrollarse y conducirse, éste tiene por cualidad el no ser inmutable. Se hace depender de categorías como «tiempo y espacio»¹⁵, lo que le da vitalidad, es cierto, pero también se encuentra condicionado siempre a necesidades sociales y políticas. Estas últimas son las de mayor calado, pues le sujetan, le oprimen y le controlan. De lo anterior, bien se

11 HELLER, H., «Socialismo y Nación», *Escritos políticos*, Traducido por Salvador Gómez de Arceche, prólogo y selección de Antonio, López Pina, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 193.

12 KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Traducido por Luis Legaz Lacambra, Editorial Comares, 2002, Granada, pp. 70-71.

13 RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: *División de competencias y forma territorial del Estado*, Madrid, 2012, pp. 22-78.

14 En un extremo, como un mecanismo de dominación y exclusión, como parte de la metafísica del poder. Cfr. FOUCAULT, M., «Curso del 14 de enero de 1976», en *Microfísica del poder*, Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1993, pp. 139-152.

15 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional europeo: Método jurídico y régimen político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar», en C. León Bastos y V. A. Wong Meraz (coords.) y otros, *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010, p. 886; y *La Constitución del Estado de las Autonomías... op.cit.*, p. 121.

pueden apreciar, cuando menos, dos factores circundantes sin los cuales el Derecho no encontraría razón: 1) es un producto de la sociedad, su estructura responde a algo creado y no a un creador de condiciones; 2) como justo corolario de lo anterior, el Derecho se presenta como el resultado de una decisión (consenso o no). Antes de él, ya ha existido alguien que le ha forjado, que lo ha moldeado, que ha decidido, *ex ante*, lo que ha de ser Derecho y lo que no.

Ahora bien, en el lienzo «contrario», identifica que la Política lejos de ser una simple práctica social, es una condición humana, es un requisito *sine qua non* de lo que llamamos sociedad. Es, por decirlo de alguna forma, la amalgama del sujeto social. No es una invención o una herramienta, sino la forma en que el individuo se vuelve sujeto de lo social¹⁶. Es organización, es decisión, es la meta-materialización de una sociedad cualquiera que sea su forma de vida. Sociedad y Política se vuelven un binomio inseparable y es a partir de aquí donde se crea, se controla y se direcciona. Lo demás son meros beneficiarios, herramientas o mecanismos para hacerlo.

No obstante, en la conjetura entre sociedad y política, adherido a la segunda, se gesta un concepto más, a partir del cual las categorías o factores en sociedad comienzan su juego de control, que es el concepto de lo Político¹⁷. Aquí, éste no significa necesariamente organización, sino como lo dijera el Maquiavelo de Joly, significa dominio, significa poder: «... Todos los hombres aspiran al dominio y ninguno renunciaría a la opresión si pudiera ejercerla»¹⁸. Traducción que ha llevado a apreciar a la Política como el arte de ejercer el poder, razón más que válida para atestiguar la génesis de éste y la forma en que se ejerce, con independencia de quién o qué, momentáneamente pueda ostentarlo.

Pero entonces, cabe plantearse si el Poder es Política o Derecho. En primer lugar, Cabanas Veiga considera que debemos de partir de que, tanto en una autocracia como en una Democracia, surgen camarillas que se van alternando en el Poder, en función de los intereses del monarca, de la propia oligarquía, de los ciudadanos o de las circunstancias. Por esta razón, aunque es indudable que el Poder posee un claro elemento sociológico, en el que estos grupos van a competir, a través de procedimientos no institucionalizados, por captar la atención del órgano del Estado que detenta el Poder o, al menos, someter sus decisiones a las de individuo o facción que ejerce mayor presión¹⁹, no podemos olvidar la importancia de las formas²⁰. Esos grupos pueden llegar a osten-

16 Véase: ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

17 Véase: SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Alianza, España, 2016.

18 JOLY, M., *Diálogos en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Muchnik Editores-Colofón, México, 2016, p. XIX

19 BELL, D., *El fin de las ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta (1960)*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Edición española: Joaquín Abellán, España, 1992, p. 377.

20 KELSEN, H.: *Teoría General del Estado...op.cit.*, p. 517.

tar el Poder suficiente como para remover del cargo a su detentador, pero si no rigen las formas correctas en dicho acto, el nuevo detentador de Poder puede carecer de legitimidad y, por tanto, ser visto como un tirano. Un ejemplo es que el partido boliviano de Evo Morales, Movimiento al Socialismo, adquiriese legitimidad tras ser expulsado su Presidente (cuya legitimidad se cuestionaba por la dudosa legalidad de las últimas elecciones) por un golpe de estado en 2019, mientras que Rajoy perdió (como consecuencia de la merma de su legitimidad tras los numerosos casos de corrupción de su partido) su condición de detentador formal del poder, tras una moción de censura. En ambos casos cambió el detentador formal del poder, auspiciado por las sinergias surgidas entre los grupos de la sociedad. Pero el respeto de las formas durante el cambio del detentador formal del Poder es lo que condiciona la legitimidad de éste. Por eso el Poder, en última instancia, es jurídico.

En cambio, para Aldrete Acuña el Poder no es que sea mayoritariamente un concepto político, sino que es una parte de él, nace en lo político y se mantiene por él. El Derecho se vuelve parte en el poder. A través de éste se puede controlar, pero no en su totalidad. Apenas será en una de sus visiones, en una de sus formas. Ello es así, puesto que como dijera Maquiavelo, lo único que mantiene a raya a los Hombres en la sociedad, es la fuerza y también es la fuerza lo que sustenta la jerarquía y los organiza; la fuerza origina el Derecho y la ley no es sino fuerza codificada. Sin más, un mero aparato para ejercer el Poder y para controlarle. Como adelantábamos, es lo Político donde se crea y nace el Derecho, marcado ya con una clara finalidad en un doble papel: como forma y como medio del y para el Poder. No se niega la vital importancia del Derecho, su capacidad para organizar y conducir. No obstante, al ser un mero medio de control, es susceptible del cambio no por necesidad social, sino por decisionismo de intereses particulares, de luchas y pugnas. Como artefacto del Poder y, por ende, de la política, se vuelve el aparato más perfecto para moldear una sociedad, en virtud de su función coercitiva, pero que se ha dado gracias a la decisión social, paradójicamente. Dirá Foucault que el «postulado de la legalidad, acorde al cual el poder del Estado se expresa por medio de la Ley que:

Únicamente una ficción puede hacer creer que las leyes están hechas para ser respetadas, que la policía y los tribunales están destinados a hacer que se las respete. Únicamente una ficción teórica puede hacernos creer que nos hemos suscrito de una vez por todas a las leyes de la sociedad a la que pertenecemos. Todo mundo sabe también que las leyes están hechas por unos, y que imponen a los demás. Pero al parecer podemos dar un paso más. El ilegalismo no es un accidente, una imperfección más o menos inevitable. Es un elemento absolutamente positivo del funcionamiento social, cuyo papel está previsto en la estrategia general de la sociedad. Todo dispositivo legislativo ha articulado unos espacios protegidos y provechosos en los que la ley puede ser violada, con otros en los que puede ser ignorada, con otros finalmente en los que las infracciones son sancionadas. En el límite me atrevería a decir que la ley no está hecha para impedir tal o cual tipo de comportamiento, sino para diferenciar las maneras de vulnerar a la misma ley.

Por ello, la siguiente pregunta que debemos formularnos es si la Legitimidad es Derecho o Política. Partiendo de las premisas de Cabanas Veiga, entiende que esta noción es, claramente, jurídica y, por tanto, Derecho, aunque con matices. La legitimidad, coincidiendo con Heller²¹, es el conjunto de principios políticos colectivos que surgen de manera no consciente en una Comunidad Política, lo que no quiere decir que sea una creación irracional de la sociedad. Son los principios básicos de Justicia que comparten los miembros de cada conjunto de individuos y que responden a factores de tiempo y lugar, por lo que evolucionan y se transforman según estos cambien conforme al devenir de los acontecimientos y en función del pabellón en el que se originen. Sin embargo, siempre mantienen una cierta continuidad y permanencia²². Es decir, su transformación es muy lenta. Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la evolución de los principios de Libertad e Igualdad en Occidente, ya que, como sostiene Ruipérez²³, siguiendo a Rousseau²⁴, todos los regímenes decían basarse en ellos, pero en la diferente forma de lograrlo es en donde se marcan sus diferencias. Así, los griegos y romanos hablaban de la Libertad como la participación de los ciudadanos en las leyes, pero dejaban fuera a esclavos, mujeres y extranjeros. Y la Igualdad se veía como la desigualdad jurídica basada en el origen social. En la Edad Media, la Igualdad partía de la desigualdad jurídica por estamentos, entendiéndose que tratar a todos por igual sería cometer un trato desigual e injusto. En cambio, se entendía la Libertad como el sometimiento del Poder a la Ley de Dios. Sin embargo, en el Liberalismo, la Libertad es el sometimiento del Poder a la Ley creada por todos los ciudadanos del Estado, siendo todos estos iguales jurídicamente, pero desiguales en oportunidades, quedando excluidos de la participación los que no tenían posesiones. Por ello, el Estado social vino a corregir esta falta de Igualdad²⁵, al permitir que todos los ciudadanos gozasen de las mismas oportunidades y participasen formalmente en las decisiones políticas.

Pero estos principios mencionados no son universales, sino que responden a categorías de espacio y tiempo, ya que otras civilizaciones se regían por otros principios diferentes, como en el caso de los mayas y los aztecas, las

21 HELLER, H., *Teoría del Estado...op.cit.*, p. 244.

22 NIEMEYER, G., «Prólogo», HELLER, H., *Teoría del Estado (1934)*, Traducción por Luís Tobío, Fondo de cultura económica, México, 1985, p. 14.

23 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Libertad civil e ideología democrática, de la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 37.

24 ROUSSEAU, J.J., *El contrato social, (1762)*, traducido por Enrique López Castellón, Ediciones P. P. P., Madrid, 1985, p. 92.

25 RUIPÉREZ ALAMILLO, J. y GARCÍA BELAÚNDE, D.: *De los derechos fundamentales sociales y su eficacia jurídica: Entre la jurisdicción y la voluntad constitucional. (Un estudio de derecho constitucional procesal con motivo de una de las propuestas de reforma de la Constitución española de 1978)*, VLex, 2018, pp. 33-76.

cuales basaban el poder de la oligarquía dominante en el mantenimiento de una jerarquía fuerte, de tal modo que, si relajaban sus modos, los sometidos llegaban a revelarse, entendiéndolo que perderían el apoyo de los dioses y, por tanto, el mundo colapsaría. No obstante, no cabe duda de que estos principios se van transformando no sólo a través de los cambios que se producen en el entorno y que afectan a la sociedad en general, sino por la propia sociedad sometida a esos cambios²⁶. Pero no se cambia, desde luego, a través de una Política cortoplacista. Ejemplo de ello es como la mejora de la agricultura y del comercio favoreció el ascenso de la burguesía y, con ello, del Liberalismo. Incluso los liberales se vieron obligados a justificar el nuevo orden en el viejo orden republicano romano, lo que pone de manifiesto la importancia del Derecho sobre la política, ya que la Ilustración idealizó este modelo como la organización natural y justa para el ser humano. Por tanto, la legitimidad es meramente jurídica, quedando prácticamente excluida la influencia política.

Aldrete Acuña lo ve diferente. Así, entiende que, al rebobinar sobre lo andado, se obtiene que, al ser la Política parte indispensable de la sociedad, el Poder también lo es; una sociedad sin poder sería una sociedad vacía; sería en último extremo, una sociedad sin libertad, sin formas, sin continuidad. El poder está tan arraigado a la sociedad, que ésta no sólo es una de sus formas desde donde se proyecta, sino, es la parte viviente desde donde nace y se ejerce, algunas veces desde la libertad, otras desde el dominio, desde lo justo o desde la coerción.

Incluso, siguiendo a Luhmann, dirá que el poder como abstracto político-social, se ejecuta también como un medio de comunicación simbólicamente generalizado, al tipo de una modalidad de «contingencia esquematizada» que permite producir órdenes, instrucciones o directrices, las cuales no se limitan a ser una supresión de alternativas para los que están a él sometidos, sino que también sistematiza el acceso a complejas concatenaciones de acción, que sin él no serían posibles para la sociedad²⁷. Así, el poder aparece como una esquematización primaria para el sistema social en Luhmann, lo que implicará que lo jurídico, sea un esquema de corte secundario, es decir, constituido por los primeros, que a lo sumo será requisito de eficiencia técnica y de especificación operativa²⁸.

De esta forma, afirmará que el poder se auto legitima como pertenencia, sin necesidad del Derecho, ya que es un fenómeno de la continuidad. Éste, el Derecho, a lo sumo, le dota de legalidad. En consecuencia, cuando se habla de Política y de Poder, se está hablando de legitimidad, por la simple razón de tratarse de conceptos de lo social. El pretender llevarse a un campo diverso, como ahora se debate, hacia lo jurídico, implica el confundir su génesis, con una de sus formas de actuación.

26 JELLINEK, G., *Teoría General del Estado...op.cit.*, pp. 328-329.

27 LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Trotta, Madrid, 1998, p. 10.

28 LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia, op. cit.*, p. 81.

Dirá nuestro autor mexicano, en comentario al español, que, en efecto, el poder es un fenómeno de la forma desde donde se manifiesta, las más de las veces comprendido como una relación causal de dominio²⁹, como sinónimo de coerción, de represión, de restricción de libertad³⁰. Sin embargo, esta mecánica de comprensión, es sólo observable a partir del tamiz jurídico, que se insiste, no es su creador, sino una herramienta de su ejercicio. Como afirmara Byung-Chul Han, el poder no se agota en esta visión, no se agota en el intento de vencer la resistencia o de forzar a una obediencia. Incluso, el poder no tiene por qué homologarse a la forma de la coerción³¹, a éste le importa más la acción que la causa, ya que es autónoma a ella. De alguna forma, diremos que el poder es orgánico, en constante transformación. He aquí una de las respuestas sobre su sitial, si Derecho o Política; al ser lo jurídico una creación del ejercicio político de la sociedad, es evidente que el poder le ha creado, cuando menos condicionado a partir de lo político. Así, lo que es dinámico es lo político, mientras que el Derecho se postra como algo inanimado, cambiante a la postre por el factor social y político. He aquí la múltiple dialéctica del poder³².

Irá concluyendo con el punto, al denunciar que algo creado por el Poder, no puede nunca dotarle de legitimidad; para que ello suceda se requiere voluntad, decisión, organización³³. Lo único que legitima al Poder es la sociedad, es la voluntad de lo social con base en sus propios intereses, mismos que, en efecto, estarán dados y valorados con base en un tiempo y un espacio determinado. Pero esta determinación es dada por la organización política, no por el Derecho.

29 Como una forma de causalidad dirigida, dirá Luhmann, a neutralizar la voluntad del otro, de aquel que como súbdito actúa, frente a la idea de su amo, de su soberano. Añadirá desde una conformación teórica de sistemas comunicativos, que la función del poder es asegurar posibles concatenaciones de efectos, con independencia de la voluntad del sometido, ya sea que esté a favor de ello o no. «La cualidad del poder consiste en neutralizar la voluntad del súbdito, no forzosamente en vencerla. La causalidad del poder le alcanza al súbdito también y precisamente cuando él debería actuar con la misma intención y, al hacer eso, se da cuenta de que, de todos modos, tiene que hacerlo». LUHMANN, N., *Macht*, Stuttgart, 1975, p. II. y ss.

30 Dirá Foucault, como una forma general de dominación burguesa, como instrumentos de exclusión, dentro de los cuales está el Derecho y, el propio Estado. «Instrumentos de exclusión, los aparatos de vigilancia, la medicalización de la sexualidad, de la locura, de la delincuencia, toda esta microfísica del poder, la que ha tenido, a partir de un determinado momento, un interés para la burguesía».

31 HAN, B-C., *Sobre el poder*, Trad. Alberto Ciria, Herder, España, 2016, p. 11.

32 *Ibidem*, p. 17.

33 Para Max Weber el Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. WEBER, M., *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002, p. 43.

Podrá aceptarse, con cierto cuidado, que hay un residuo de legitimación en el Derecho, sí, pero esto sólo será verdad cuando de comprobar su afirmación se trate, pues ha sido lo jurídico, como ya se dijo, el campo preferido para fijar la autoridad de la decisión política, es decir, sólo en un segundo momento de esquematización de lo Político, de lo social, es que el Derecho entra en juego y hace patente lo políticamente decidido³⁴, en muchas ocasiones como una fuerza vinculante del poder con la sanción, al tipo de lo dicho por Foucault, tras la ley está la espada³⁵.

III. El poder en las instituciones tradicionales y valores sociales

Pero entonces, ¿la influencia del arraigo de las instituciones en el Poder es jurídica o Política? En opinión de Cabanas Veiga, siguiendo sus lineamientos, también es, sobre todo, jurídica. Los modos y formas en los que un Pueblo desea gobernarse no suelen ser unívocos, sino que representan la ideología³⁶ de la facción o facciones sociales³⁷ que han logrado el Poder, como sucedió claramente con los soviéticos. Pero las costumbres sociales son muy importantes. Y de ahí que no baste con que una revolución triunfe, sino que es preciso que los principios de la misma calen en la mayoría de la población para que las transformaciones políticas, sociales y económicas sean aceptadas por los individuos que componen la Comunidad Política. Aún tras su triunfo, el Poder se verá obligado a seguir mimetizando algunas viejas formas de ejercer la política del pasado³⁸. Y ello es porque es más fácil derogar la constitución escrita (con minúscula, entendido como el régimen político

34 Dirá Schmitt, el Estado es el estatus político de un pueblo... es un determinado modo de estar de un Pueblo..., es el modo que contiene en el caso decisivo la pauta concluyente, y por esta razón, frente a los diversos estatus individuales y colectivos teóricamente posibles, él es el estatus por antonomasia. SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Alianza, España, 2016, p. 54.

35 FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 174.

36 BELL, D., *El fin de las ideologías...op.cit.*, p. 56.

37 DE VEGA GARCÍA, P., La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 15,20 y 223, «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y la Democracia», Ponencia presentada a las II Jornadas de Derecho Constitucional: «Reforma de la Constitución», Fundación Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico y Centro Asociado de la UNED de Barbastro, Huesca, 27 y 28 Octubre 2006, p. 1 y «En torno al concepto político de Constitución», El constitucionalismo en la crisis del estado social, coord. por García Herrera, M. Á., 1997, p. 704 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., La Constitución europea y la Teoría del Poder Constituyente (Algunas reflexiones críticas desde el Derecho político), Biblioteca Nueva S.L., Madrid, 2000, p. 117; y Reforma vs. Revolución...op.cit, p. 79.

38 HELLER, H., *Teoría del Estado...op.cit.*, p. 298.

formalmente establecido) que la constitución no escrita (entendida como la organización política que materialmente se externalice, las relaciones sociales y clientelares y el modelo económico-social), arraigada en la creencia popular³⁹. Ello explica que, en los campos colectivos soviéticos, se siguiera aplicando la justicia en nombre de la divinidad del Zar.

Por su parte, Aldrete Acuña entiende que, en este punto, es pertinente detenernos a repensar la problemática. En principio el Poder deviene de lo político y el Derecho es un instrumento para ejercerlo; si acaso y, en su forma más radical, a partir del llamado derecho al castigo, el derecho del Estado a imponer penas ante lo moralmente inadecuado —la forma más natural, menos oscura y menos enmascarada, dirá Foucault—⁴⁰. A partir del Derecho se construyen las instituciones⁴¹, se controlan y se desarrollan, condicionando su comportamiento y asignándoles roles específicos. En apariencia, lo político ha quedado aletargado, sin mayor juego que el haber creado el aparato direccionador de la vida en sociedad. No obstante, es un juego de observación. Se trata de una puesta en escena, en donde el titiritero nunca habrá de dejarse ver, pero es la fuerza motora para que las marionetas den su espectáculo.

Aun cuando se pretenda ver que el arraigo a las instituciones se da con base en el Derecho, en las reglas a las que la sociedad se ha libremente sometido a acatar para la vida en sociedad, ello sólo resulta ilusorio, pues el apego y arraigo a las instituciones se ve condicionada: 1) Por adaptación;⁴² o,

39 DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional... op.cit.*, p. 291; RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 86; *La Constitución del Estado de las Autonomías... op.cit.*, p. 147; y, *Reforma vs. Revolución... op.cit.*, p. 31 y 77.

40 FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Selección, introducción y traducción de Miguel Morey, Alianza, Madrid, 2017, p. 35.

41 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿Podría suprimirse el Senado español mediante la técnica de la reforma constitucional? (Una primera aproximación del problema práctico desde las Ciencias Constitucionales)», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 34, 2014, pp. 182-195; y, *Reforma constitucional y supresión del Senado como cámara de representación territorial: un estudio de Teoría del Derecho Constitucional como ciencia conceptual y ciencia práctica*, Porrúa, 2018, pp. 24-86.

42 Como si se tratara de mecanismos de represión y de ideología. Como procesos formativo adaptativos. Así, una percepción del poder como postulado del Modo de Acción, según el cual el poder actúa a través de estrategias externas, que en ningún modo se contentan con impedir y excluir o hacer creer y ocultar. De esta forma, como si desde *el Orden del discurso* hablara Foucault, el Poder crea la Realidad, controlando y diciendo lo que ésta puede y debe ser.

«El poder traduce, a través de una transformación técnica de los individuos... En nuestras sociedades, esta transformación técnica de los individuos, esta producción de lo real, va a recibir un nombre: normalización, la forma moderna de la servidumbre». MOREY, M., «Introducción», en FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, op. cit., p. 14; También véase: DELEUZE, G.; FOUCAULT, M., *Paidós*, Barcelona, 1987.

2) Por voluntad⁴³. En ambos casos, se hace alarde al factor político, más que el jurídico⁴⁴. En el primero, en atención a la práctica reiterada de una actividad que condiciona, irracionalmente ya, el pensamiento de la sociedad, lo que Braunstein, siguiendo a Foucault, denomina «Procesos formativo-adaptativos»⁴⁵. Se quiere y se cree en las instituciones, porque el juego político así lo ha querido dejar en claro, las más de las veces mediáticamente. Cada facción política que ha ganado habrá de forjar y hacer calar en la consciencia social las instituciones que para ésta sean más aplicables a sus intereses, agrado y desagrado se vuelven agenda política de condicionamiento psico-social.

En el segundo de los casos, más benévolo con el Derecho, se querrá un apego institucional por voluntad, por decisión del cuerpo electoral, en un sentir moral, de derecho y obligación. En un caso radical, como la Revolución, se tendrá arraigo y deseo por ciertas instituciones, democráticas claro está, en la búsqueda del cambio⁴⁶. Pero aún en este caso, se trata de una decisión Política y no Jurídica. Muy por el contrario, la propia Revolución evoca la voz de antijuridicidad, se busca la legitimidad, no la legalidad.

Y ello nos lleva a plantearnos si los valores sociales son Jurídicos o Políticos. Aldrete Acuña se decanta por sostener que son totalmente políticos. Se busca en el Derecho protección y salvaguarda, mantenimiento y supremacía, pero su origen irradia de la decisión política⁴⁷. Es lo social lo que les

43 Byung-Chul Han dirá que, en la dialéctica del poder, «éste capacita al yo para *recobrase a sí mismo en el otro*. Genera una *continuidad del sí mismo*. El yo realiza en el otro *sus propias* decisiones. El poder proporciona al otro *espacios* que son los *suyos*, y en los que, pese a la presencia del otro, es capaz de recobrase *a sí mismo*». HAN, B-C., *Sobre el poder*, *op. cit.*, p. 18.

44 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Reforma constitucional y fuerza normativa de la Constitución», *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 857-1875; y *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución: consideraciones sobre la vigencia del texto de 27 de diciembre de 1978 en su 40 aniversario*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 34-87.

45 BRAUNSTEIN, N. A.; PASTERMAC, M, FRIDA SAAL, G. B., *Psicología: ideología y ciencia*, 8.ª ed., Siglo XXI, México, 1982, p. 16.

46 Para un mayor entendimiento sobre el tema, no puede dejarse de observar el texto del profesor Ruipérez Alamillo, en donde explica la búsqueda de valores democráticos en el ejercicio de la Revolución desde la concepción de la Teoría del Estado, en lo que ha sido motivo de su tesis principal, la Democracia Constitucional y las Ciencias Constitucionales: RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución...*, *op. cit.*

47 Desde la idea de la «superlegalidad» véase: HAURIUO, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2013, p. 358; Con la idea de principios políticos fundamentales en DE VERGOTTINI, G., *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983, p. 136; CARPIZO, J., «Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución Mexicana», en IBARRA PALAFOX, F. A.; SALAZAR UGARTE, P. (Coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, T.1: Estudios históricos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, México, 2017, p. 61.; CARPIZO, J., *La Constitución Mexicana de 1917*, 9.ª ed., Porrúa, México, 1995.

impregna su razón de valía. Bajo la perspectiva del materialismo histórico, el objeto no puede superponerse al sujeto; es el sujeto quien crea el objeto para insertarlo en una relación dialéctica de sujeto-objeto-sujeto. De esta forma, al crearse un valor por decisión, éste no resultará inmutable. Por su naturaleza dialéctica, estará sometido siempre al cambio, a una constante evolución, misma que habrá de moldear la forma en que dicho valor sea comprendido, interpretado y protegido.

En este aspecto, resulta pertinente traer al debate la forma en que Heller⁴⁸ explica la relación entre normalidad y normatividad, precisamente como una relación dialéctica en la que el Derecho se adapta a la normalidad y no la normalidad al Derecho. Es lo social lo que condiciona el cambio y la forma de materializarlo es por vía del Derecho. Incluso, en este simple aspecto, se aprecia que el Derecho siempre deviene en un segundo plano, siguiendo los pasos de la organización política, en donde no es creador, sino herramienta. Ejemplo claro de esto se da en materia penal. En una sociedad en la que no se encuentre tipificada la violación, por más gravoso que esto parezca, si la sociedad no le concibe como un valor necesario de protección y de obligada tipificación⁴⁹, ésta no será un acto antijurídico. Incluso podrá no ser delito para una parte de la población, como a los esclavos, siervos o vasallos. Podrá contravenir la moral, la costumbre, pero no el Derecho. Se contravendrá el Derecho sólo cuando, quien ejerza el poder o sea su vehículo, así lo considere. Ya sea por motivación personal del legislador o por demanda social⁵⁰, lo que nos llevaría al campo de las mutaciones de la constitución⁵¹.

En cambio, para Cabanas Veiga se trata de una cuestión compleja ya que aquí se podría traer a colación la teoría marxista, de origen nietzcheniano, de la superestructura⁵², que también sostiene Heller⁵³. De este modo, es el entorno el que condiciona los cambios tecnológicos. Si estos se producen, la sociedad evoluciona. De lo contrario, la sociedad se estanca o, incluso, puede llegar a perecer. Así, por ejemplo, si no se contrarrestan los efectos del cambio climático o se cambia el modelo productivo, la existencia humana, y con ello, todas las formas de organización política existentes en el planeta

48 HELLER, H., *Teoría del Estado...op.cit.*, pp. 271-272.

49 ZAFFARONI, E. R., *et al.*, *Derecho Penal, P.G.*, 2.ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 116.

50 Véase: JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal, P.G.*, V. I., Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 3.ª ed., BOSCH, España, 1978; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Sudamericana, Argentina, 1997; CÁRDENAS RIOSECO, R., *El Principio de Legalidad Penal*, Porrúa, México, 2009.

51 Véase: DAU-LIN, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998; JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2018.

52 MARX, K., *El Kapital* (1867), Plutón Ediciones, 2017, pp. 25 y ss.

53 HELLER, H., *Teoría del Estado...op.cit.*, pp. 276-277.

podrían llegar a desaparecer. Estos cambios tecnológicos suponen nuevas formas de producción que llevan aparejada nuevas estructuras sociales, lo cual coincide con lo expresado por el otro debatiente. Pero este cambio sólo puede llevarse a cabo con un cambio de los valores sociales que, aunque encabeza la nueva clase pujante, necesitan haber calado en la conciencia colectiva. Y he aquí la importancia del Derecho. Estos valores no alteran la legitimidad del Poder, que apenas sufre cambios, sino que sólo cambian los principios políticos de quien lo detenta⁵⁴, pero no sobre los que se basa. Es decir, alteran el poder formal, pero no la Legitimidad. Un Rey puede ser tan justo (o injusto) como una Asamblea⁵⁵ y puede ejercer ese poder adoptando decisiones igualmente justas conforme a los principios sociales. Lo que se modulan son los principios que legitiman el origen del poder, de tal modo que cuando estos principios cambian, se produce una Revolución.

IV. Rebelión vs. Revolución

Por eso, Cabanas Veiga define la Revolución como aquella actuación ciudadana, violenta o pacífica, destinada a alterar los modos y formas en los que los individuos de un Estado desean ser gobernados. Esta revolución puede entenderse en un sentido estricto, cuando se alteran los principios políticos de origen del poder, es decir, la propia legitimidad, o en sentido amplio, cuando éstos se mantienen y sólo se alteran sustancialmente las estructuras políticas de una comunidad⁵⁶. Por tanto, considera la Revolución como una acción sobre todo jurídica, en la medida en la que parte de unos preceptos colectivos de Justicia que buscan derogar una organización social y política ya caduca a favor de unas nuevas que permitan adaptar mejor esos principios de Justicia a la realidad social, económica y tecnológica inmanente y existente⁵⁷. Y ello sin olvidar la importancia que tienen los grupos de poder y los intereses en pugna que las mueve. Por eso la Revolución no hay que verla tanto como un rayo que rasga el cielo⁵⁸, sino como un monasterio que, sobre las ruinas de su pasado, se va erigiendo, con los años, en un museo de arte, formado por máscaras, del presente y del pasado, que configuran al Leviatán sobre el que se erige el Estado. Y este museo existe, por cierto. Se encuentra en Zacatecas, ciudad mexicana de origen del otro debatiente.

54 HELLER, H., «Ciudadano y burgués», *Escritos políticos*, Traducido por Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio, López Pina, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 250.

55 ARISTÓTELES, *Política*, Traducido por Patricio de Azcárate, Editorial Austral, 2011, p. 207.

56 HELLER, H., «Socialismo y Nación», *Escritos políticos*, Traducido por Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio, López Pina, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 167.

57 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución.... op.cit.*, pp. 45-148.

58 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución del Estado de las Autonomías....op.cit.*, p. 43.
DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional...op.cit.*, p. 109.

El español llama Rebelión a aquella actuación ciudadana que, aceptando los modos y las formas que legitiman al Poder, rechaza la actuación de su detentador formal del momento, por entender que éste no se somete a dicha legitimidad, lo que lleva a la ciudadanía a desconocer todo el Derecho positivo que de él emane. Esto hace que los ciudadanos se enfrenten al Poder fuera de los cauces legales establecidos. Nace así el tirano⁵⁹. Y ello da lugar al Derecho de resistencia⁶⁰. Sin embargo, en una Democracia existen cauces legalmente establecidos para derrocar a un poder que no representa a los intereses de la mayoría o que, como en el caso del expresidente Mariano Rajoy, ejerce, junto con su grupo, una gobernanza que, según el entender popular de ese momento, no respeta los principios de Legitimidad existentes. Por eso, en un gobierno democrático, el tirano sólo puede nacer cuando el gobernante busque mantenerse en el poder a pesar del mayoritario descontento popular o cuando no respete las reglas del juego democrático. Aunque ese gobierno tiránico también puede apreciarse en un mantenimiento del Gobierno basado en la manipulación mediática de la población⁶¹.

Por su parte, Aldrete Acuña ve la Revolución de una forma totalmente diferente. Según sus argumentos, este tópico sí que resulta conflictivo y difícil de explicar. Más tratará, en la medida de lo posible, sin contradicción, de explicarlo. Como hemos dicho, la Revolución, cual forma atípica y radical de buscar un cambio, es la institución más antijurídica que existe. Su fundamento se encuentra justamente en contra del Derecho que impera en un tiempo y un lugar determinado. No puede hablarse de un derecho a la Revolución, sino de una decisión política de Revolución, en la que el conglomerado social precisa de cambiar el modo y la forma de su organización.

El término Revolución implica liberación⁶², constriñe la idea de refundación, de nueva Constitución, lo que, bajo una muy básica lógica, implicará afirmar que ésta se insta en contra del Derecho previamente establecido, es decir, su génesis se crea a partir de la ilegalidad, si se quiere, legitimada por quienes luchan por un cambio, un cambio que dé libertad, no sólo liberación, concepto que raya en el entendimiento de la Rebelión, pero no de la Revolución.

Lo que se pretende cambiar en la Revolución son los valores políticos que en su momento organizaron esa sociedad y que fueron perturbados por y

59 BRUTUS, S. J *Vindiciae contra Tyrannos*, Traducción por Piedad García-Escudero, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 190.

60 HELLER, H., *La soberanía: contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Traducción y estudio preliminar de Mario de La Cueva, Fondo de Cultura económica, México, 1995, p. 185.

61 DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en la crisis del constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100 (abril-junio, 1998), pp. 20-55.

62 ARENDT, H., *Sobre la Revolución*, Alianza, España, 2004, pp. 190-191.

con abuso del poder, —ahora sí, de aquel que oprime, de aquel que condiciona, coercitivo y vengativo; de aquel que ha sido usado en su forma negativa y descarnada de lo prohibido—⁶³. Se trata de una decisión que sólo se puede pronunciar en pro de valores como la Libertad, la Igualdad y la Democracia. Un cambio que busque lo contrario no podría llamarse Revolución sino sometimiento; y, aún en este momento, el tema seguiría siendo, aunque irracionalmente, político y no jurídico. El problema más importante que observamos en esto, es si la Revolución implica sólo un cambio de la forma en que se organiza la sociedad. A nuestro parecer no, puesto que si lo que se requiere es una reestructura de la forma en que se gobierna y, no un cambio en el modo, no se puede hablar de Revolución, puesto que los valores políticos quedarían intocables, seguramente con un tamiz de observación distinto, pero con la misma finalidad de su creación.

Por eso define la Rebelión, siguiendo el párrafo que antecede, como la actitud popular en la que se plasma la inconformidad con el modo y la forma de ejercicio del Poder, en la manera de administrar dicho ejercicio, en los excesos que como depositarios del Poder tienen los mandatarios por su paso en la representación. Por ello, el resultado ante una ley injusta es la desobediencia civil. En ésta, la Rebelión, como afirmara Arendt, se busca sólo una liberación, más no así la instauración de la Libertad; conceptos tan parecidos gramaticalmente y tan distintos en la práctica política. Afirmará la Maestra de la Revolución, que el error fundamental es que no se distingue entre liberación y libertad; «no hay nada más inútil que la rebelión y la liberación, cuando no van seguidas de la constitución de la libertad recién conquistada»⁶⁴.

Pero, entonces, el Derecho de Resistencia o Rebelión ¿es Jurídico o Político? En este caso, los autores de este trabajo vuelven a discrepar. Así, Cabanas Veiga, aunque sigue sosteniendo que la Rebelión es jurídica⁶⁵, en la medida en la que es una ejecución de una norma de Justicia colectiva, el elemento político es más relevante que en la Revolución. Y ello se debe a que esta Rebelión será impulsada, especialmente, por los grupos opositores al Poder⁶⁶, por lo que el apoyo social dependerá de cómo los diferentes grupos en pugna logren controlar a los detentadores del poder mediático (sacerdotes, chamanes, medios de comunicación, lobbies o asociaciones de intereses) para que su visión de la situación sea compartida por la mayoría de la población, movilizándolos a favor de los intereses de dichos colectivos⁶⁷. En cualquier caso, si el Gobierno logra reprimir esa rebelión por la fuerza en

63 FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad I*, op. cit., p. 104.

64 ARENDT, H., *Sobre la Revolución*, op. cit., pp. 190-191.

65 HELLER, H., *Teoría del Estado...op.cit.*, p. 246.

66 *Ibidem*, p. 259.

67 Cfr., HAYEK, F.A., *Camino de servidumbre* (1944), Alianza Editorial, Traducción de José Vergara, (3.º Ed.), 2011, p. 239.

lugar de convencerlos a través de instrumentos mediáticos, es decir, parafraseando a Unamuno, si logra vencer, pero no convencer, se convertirá en tirano y perderá inmediatamente su legitimidad democrática⁶⁸.

Aldrete Acuña también muestra una perspectiva diferente en este punto. Así, considera que, mucho tendrá que ver el Derecho sin duda alguna. Podríamos incluso decir que la Rebelión o la Resistencia sí que se encuentra dentro del campo de lo jurídico, puesto que es una categoría del Derecho, en donde se busca frenar la forma en que el poder se ejercita. Sin embargo, es un Derecho que proviene de un ejercicio político del poder de quien gobierna. El factor político gobierna el acto que produce la Rebelión como mecanismo jurídico. Más habrá que advertir algo, al igual que en la Revolución. La Rebelión será un acto encabezado por un grupo antagónico de la sociedad, que persigue fines políticos distintos a aquel que ostenta o detenta, en el peor de los casos, el Poder. Al final, tanto el fondo como la forma de esta figura, igualmente resulta ser de cause político, aunque con juego en lo jurídico. Pero dicho juego jurídico se aprecia en forma negativa, puesto que la incidencia jurídica se dará en contra de la práctica de resistencia; incluso en México, de la mano de la facultad punitiva estatal, se tiene tipificada la Rebelión como un crimen contra la Nación, razón más que suficiente para afirmar que se trata de un tema jurídico, más que de naturaleza netamente política.

Al identificar a la Rebelión como una búsqueda por la liberación, lo que en última instancia se practica, no es una contradicción hacia las instituciones, sino hacia la praxis del Poder. Se busca librarse del Poder que oprime, de esa forma negativa de visualización. No se busca la Libertad en cuanto a principios fundamentales, sino en cuanto a formas de valorar y hacer efectivos los principios que sí que son aceptados. Se busca ir en contra de aquel Poder que, como en Foucault, se presenta represor de la naturaleza, de los instintos, de una clase, de ciertos individuos⁶⁹, un poder institucionalizado.

Lo que se persigue es una continuidad del Poder sin coerción, un apego voluntario al *poder libre*, como aquel practicado desde lo jurídico con el Estado de Derecho, en donde el ciudadano no percibe el orden jurídico como si fuera una coerción externa y caprichosa del gobernante, más bien, figurada como su destinación propia⁷⁰, desde donde el abuso del Poder cese y se dé un seguimiento voluntario, una especie de obediencia por Libertad.

Punto aparte, será la injerencia política que detractores u opositores a quien ostenta el Poder, apliquen para lograr frutos desde la Rebelión, así como quien lo hace desde los aparatos ideológicos y, a través de lo mediá-

68 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La Constitución y su estudio...*op.cit.*, pp. 738-740.

69 FOUCAULT, M., *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*, Traducción por Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica de Argentina S. A., Argentina, p. 28.

70 Véase: HAN, B-C., *Sobre el poder, op. cit.*, p. 37.

tico. Incluso, podrá avocarse a pretender afirmar la idea de Rebelión o Resistencia, desde una práctica democrática, en vía de la oposición política y disenso, como libertades de expresión⁷¹.

V. El poder del tirano

De este modo, los debatientes se formulan la cuestión de si el tirano es un fallo del Derecho o un acierto de la Política. Cabanas Veiga considera que, en cualquier caso, se trata de un fallo del Estado de Derecho⁷². Es verdad que el tirano puede surgir frente a otras formas políticas no democráticas. Lo que caracteriza al tirano es que surge o mantiene el Poder en contra de los principios y valores que conforman la Legitimidad del momento. Y como esos principios son actualmente los democráticos, lo abordaremos desde este tamiz. Por eso, no cabe duda de que cuando existe un grupo autoritario en el Estado, es siempre un peligro para la Democracia. Y el triunfo de ese poder autocrático dependerá de los valores sociales existentes en cada momento⁷³. De este modo, para que tal grupo autoritario llegue al poder, necesita apoyo social. Y si tal grupo, con fuerte apoyo ciudadano, logra tal cometido, ningún mecanismo de control actuará para evitar que tal organización haga y deshaga a su antojo. Por eso, el Estado de Derecho no sólo debe preocuparse por crear mecanismos formales de control del Poder, sino establecer los medios que impidan que un grupo autoritario tenga apoyo social en una Democracia. Y ello se logra con un Estado social que dé una educación de calidad a su ciudadanía e igualdad social a su población⁷⁴, lo que impide que los descontentos se desvíen hacia el apoyo a grupos antisistema, siguiendo lo defendido por Ruipérez⁷⁵.

Por lo que el nacimiento del tirano es, esencialmente, un fallo del Derecho. Porque los valores ciudadanos, sus normas, entenderán que un poder autocrático es más deseable que un Estado de Derecho cuando éste no proporcione la Libertad que promete⁷⁶. Se pierde, así, la fe en el Estado de Derecho. Ello explica que mientras que Hitler pudo llegar al poder en Alemania a través del Derecho de excepcionalidad, apoyado por la situación desesperada de la

71 Idea que podría verse a partir de la teoría de los diversos centros del poder. Véase, por ejemplo: BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, 3.ª ed., Fondo De Cultura Económica, México, 2014; *Teoria generale della politica*, Einaudi, Turín, 1999.

72 ROUSSEAU, J.J., *El contrato social...op.cit.*, pp. 86-87.

73 HELLER, H., *Europa y el fascismo*, Traducido del alemán por Francisco J. Conde, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 53.

74 JIMENA QUESADA, J., *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

75 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La Constitución y su estudio...op.cit.», p. 832.

76 HELLER, H., *Europa y el fascismo...op.cit.*, p. 1.

población, en México, a pesar de activar ese mismo mecanismo, se mantuvo su Estado de Derecho. Porque los principios de la Revolución Mexicana⁷⁷ todavía seguían latiendo fuertemente en el sentir popular mientras que en Alemania predominaba el pesimismo y la derrota, lo que siempre da lugar al odio y a la frustración, pilares básicos del apoyo social de un totalitarismo⁷⁸.

Aldrete Acuña considera, por su parte, que cualquiera que sea la respuesta, la misma resulta unida a la otra. Si pensamos en la idea de Foucault de que, para mantener el orden del discurso⁷⁹, el amo sigue siendo el mismo, solo con diversa máscara a través de los años, tendríamos que afirmar que el tirano nunca ha desaparecido, pues ha sido una creación de lo Político, a través del Poder, mantenido perpetuamente en diversos tiempos y espacios, encarnado en múltiples formas. Incluso, podríamos decir que el tirano usa la carcasa del Derecho para ejercer el Poder, cosa que no nos sería tan descabellada de pensar, pues lo vivimos constantemente al criticarlo.

Cree acertado volver a Maquiavelo⁸⁰ y su percepción de lo Político como dominación, en donde precisará que, incluso el instrumento político de la Democracia es tan apto como cualquier otro para vehicular el despotismo y, mejor que todos los otros, para legitimarlo. Lo que habrá de suceder, en nuestros días, es que el tirano saldrá mejor librado en tanto mejor adapte el Derecho a sus pretensiones, lo que *per se* implica un movimiento político. Será el Derecho el vehículo para legalizar el exceso, para externar, como en Weber, el monopolio de la violencia en forma legítima⁸¹. Si acaso el populismo en el Derecho hará las veces de legitimación en el Poder.

En cualquier caso, con independencia de si el Gobernante es tirano o no, es necesario preguntarse si su personalidad influye en el Derecho y en la Política. Para Cabanas Veiga, claramente sí. Aunque ello no implica que todo el Derecho y toda la Política venga determinada por su carácter. Ya Daniel Bell⁸² sostenía que era absurdo intentar explicar racionalmente cada una de las decisiones que adopta un gobernante, porque ellos son humanos y, como tales, algunas de sus decisiones podían ser el resultado de cuestiones tan

77 AYLLÓN GONZÁLEZ, M. E., *Manual de Derecho constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 45 y ss.

78 ABENDROTH, W., «El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político», *El Estado social*, con Forsthoft, Ernst y Doehring, Karl, Traducido por José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 19.

79 FOUCAULT, M., *El orden del discurso*, TusQuets, Buenos Aires, 2005.

80 MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, Alianza Editorial, 2010, pp. 12 y ss.

81 WEBER, M., «La política como vocación», en *El Político y el Científico*, Edit. Alianza, España, 1991.

82 BELL, D., *El fin de las ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta (1960)*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Edición española: Joaquín Abellán, España, 1992, p. 385.

cotidianas como tener un mal día, sufrir un desengaño amoroso o una mala digestión, haber dormido mal o haber tenido una crisis o tragedia familiar. Lo importante es ver el carácter del Gobernante en general. Stalin respondía a la necesidad que existía (y existe) en Rusia de seguir gobernados por un Zar⁸³, ya que la Constitución material, es decir, la organización política socialmente implantada, tarda un tiempo en dar paso a la Constitución formal, es decir, las organizaciones políticas formales. Y si no se respeta ese tránsito, la oligarquía que estrena el Poder corre el riesgo de perderlo. Por eso Rusia siempre sostiene en el poder a personajes como Stalin o Putin, ya que la implantación del Estado de Derecho en dicho país es muy reciente.

Trump, Bolsonaro, Boris Johnson, etc., respondieron a los intereses de los grupos que manejan la Política occidental, al igual que lo hace hoy Biden. Son meros títeres a su servicio y su personalidad sólo influye en cuestiones tan triviales como lo relacionado con las publicaciones de las redes sociales. De los que toman las decisiones, no conocemos ni sus nombres y mucho menos llegaremos a conocer sus personalidades, como para intentar predecirlas. Pero incluso las autocracias deben intentar encajar sus decisiones no sólo en las formas, sino también en los propios contenidos del Derecho, es decir, los principios y valores existentes en la sociedad, si quieren que éstos gocen de Legitimidad. Por eso, el Derecho vuelve a cobrar fuerza.

Para Aldrete Acuña, claramente podríamos decir que la personalidad del Gobernante sí influye. Incluso, podríamos afirmar que lo hace en forma rotunda. Ejemplo claro de ello lo tuvo México con el expresidente Peña Nieto, quien derivado de su ineptitud elegantemente vestida y deslumbrada por el «carisma mexiquense», gobernó mediante la risa y la lástima. Claramente no es la regla, más con el nuevo gobernante mexicano, no mucho cambia. Ahora la mofa y la práctica de imposición de motes es la realidad política, a partir de la cual se ejerce el poder, curiosamente. Se vuelve a lo dicho, se gobierna a partir de los procesos formativo-adaptativos del sistema, desde donde el gobernante —para el caso mexicano— desestima, desvincula y deslegitima, cualquier opinión que le resulte en disenso a su programática ideología, ya no sólo desde el poder punitivo, sino desde la descalificación social y moral.

Y, bueno, por lo que se refiere al poder legislativo, más que un Parlamento, parece que nos encontramos, en México ante una selección cuidadosamente pre-electa⁸⁴, de personajes de la farándula mexicana, siguiendo la definición aristotélica de la peor de las oligarquías⁸⁵. Caso que resulta bastante ilustrativo,

83 HELLER, H., «¿Estado de derecho o dictadura?», *Escritos políticos*, Traducido por Salvador Gómez de Arteché, prólogo y selección de Antonio, López Pina, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 284.

84 DUVERGER, M., *Los Partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 378.

85 BOVERO, M., «¿Crepúsculo de la Democracia?», en *La Democracia en nueve lecciones*, Ed. De Michelangelo Bovero y Valentina Pazé, Edit. Trotta, España, 2014, pp. 16 y ss.

pues es un mero juego político de Poder, en donde el control no se da por parte del representante, sino de quienes detrás suyo están, es decir, del sistema de partidos existente⁸⁶, quienes deciden sobre la persona y sobre el curul.

VI. El control sobre el poder

Y ello nos lleva a analizar si el control del Poder es Político o Jurídico. Para Cabanas Veiga es claramente jurídico. Tanto el control que realiza el Poder Judicial como el que realiza el Congreso e, incluso, el que realizan los ciudadanos en las elecciones o a través de un referéndum es, en gran parte, jurídico⁸⁷. Y ello porque los criterios que se usan para evaluar la gestión de los Gobernantes son los valores y principios existentes en la colectividad. Obviamente las dinámicas de poder y de control mediático tienen aquí una gran influencia sobre la población. Pero por eso la Política se somete al Derecho, al tener los Gobernantes que encauzar sus decisiones por los principios y valores del Estado social y Democrático de Derecho, que son los que actualmente se encuentran vigentes⁸⁸. El tirano no llega al poder apoyado sólo por su grupo, sino que necesita hacerse con las estructuras jurídico-políticas que lo legitiman, como sostiene De La Boîte⁸⁹. Sin ellas, nadie le obedecerá y el ejército, finalmente, lo derrocará. Ello sucedió cuando triunfó la República en las elecciones municipales de 1931. Las autoridades monárquicas abandonaron pacíficamente sus puestos porque sabían que ya no contaban con el apoyo entusiasta de ningún sector que les permitiera seguir ejerciendo el Poder.

Para Aldrete Acuña, como lo ha manifestado, el Poder no es concéntrico. Éste aparece y se manifiesta en múltiples espacios, puesto que es un fenómeno de la continuidad. Tanto puede venir ejercido por el soberano, como por el Pueblo, tanto por la mayoría, como por la minoría. Su control dependerá del lugar desde donde se ejercite. Si el problema se ha generado desde la perspectiva pluralista, ha de ser esta misma la que establezca el control del poder, precisamente desde una pluralidad del mismo, es decir, sobre las bases de la poliarquía, en la que las minorías vencidas que se postran en el

86 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización...op.cit.*, p. 182; *La Constitución europea y la Teoría del Poder Constituyente (Algunas reflexiones críticas desde el Derecho político)*, Biblioteca Nueva S.L., Madrid, 2000, p. 88; y «Charles de Secondat en el Estado de partidos, o del pluripartidismo como materialización moderna del principio de división de poderes», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 46, 2020, pp. 212-226.

87 HELLER, H., *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 80.

88 HELLER, H., *Europa y el fascismo...op.cit.*, p. 54.

89 DE LA BOËTIE, E., *Discurso de la servidumbre voluntaria o el contra Uno (1576)*, Estudio preliminar, traducción y notas de Hernández Rubio, J. M., 3.ª Ed., 2007, pp. 6-11.

parlamento puedan en cierta medida ejercer límites concretos al abuso del poder, mediante la garantía para los mismos de inmunidades contra quien ejerce el poder desde arriba.

Así dirá que, si desde la Teoría del Estado y de la Constitución se habla, la separación de poderes es el principal sitio desde donde se controla y racionaliza el Poder⁹⁰, cuya praxis se realiza por vía del Derecho, pero herramienta que ha sido dotada por el soberano, el Pueblo, a través de su decisión encarnada por la figura del Poder Constituyente. Incluso, si se le pretendiera ver al Derecho como el único mecanismo para el control del Poder, se tendría que advertir que éste sólo se realizaría limitando a la vez el Poder del conjunto, es decir, de cada poder constituido del Estado, pero operable a partir del predominio partidista⁹¹.

Aunque resultaría fácil decir que es posible el control del poder desde su racionalización constitucional y su comprensión democrática, la realidad parece virar en sentido contrario, baste con observar el juego político de las élites partidistas, los excesos en la aplicación de la violencia legitimada que pertenece al Estado, el desapego constitucional de quienes ejercen el mandato representativo, la violencia política, etc., situación que nos lleva a replantear la facticidad del control del Poder y ahora dirigir la mirada a la necesidad de controlar ya no el Poder, sino el exceso desde él. Como lo mencionara Diego Valadés «separar los poderes o controlar el poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. Tanto mayor sea la órbita de influencia del Poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa»⁹².

En la percepción defendida por el mexicano, influenciada a todas luces por el Maestro Ruipérez Alamillo⁹³, la idea del Poder presupone la concepción unitaria de éste, pero plural en cuanto a su forma de ejercitarse; para su conservación, adecuado manejo y desarrollo se requiere pensar en su forma de control. Al igual que sucediese con el Derecho, cuyo limitante lo es el Estado de Derecho y éste a su vez encuentra su límite en su racionalización por medio de la Ley Fundamental, el poder requiere de control. La propia Constitución ha sido el mecanismo democrático que sirve de barrera de contención a la práctica del Poder, forjando el sistema de frenos y contrapesos en las atribuciones y funciones de orden jurídico-político que desarrollan los sujetos sobre quienes recae la práctica del Poder, lo que en términos concretos se ha denominado división del Poder. Una percepción más política que jurídica, en su opinión.

90 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El Constitucionalismo democrático en tiempos de la globalización...* op.cit., p. 92.

91 DUVERGER, M., *Los Partidos políticos*, op. cit., p. 204.

92 VALADÉS, D., *El control del poder*, UNAM-EDIAR, Argentina, 2005, p. 2.

93 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Libertad Civil e Ideología Democrática...*, op. cit.

Por otro lado, tampoco debe perderse de vista si en ese control se ha producido una politización de la Justicia. Ello supone plantearse si las decisiones judiciales responden a intereses políticos o si éstas son exclusivamente jurídicas⁹⁴. La respuesta de Cabanas Veiga es ambigua, ya que entiende que, en este caso, han de ser mitad Jurídicas y mitad Políticas. Defiende que el Poder Judicial nunca ha sido verdaderamente independiente. Tanto en la época feudal como en la actual, la Justicia era justa entre iguales (dos campesinos o dos taxistas enfrentados) e injusta entre desiguales (que un campesino tire una piedra al hijo del Señor Feudal o que una camarera le dé un puñetazo a Amancio Ortega). Por tanto, mientras el Poder Judicial tenga influencias tan claramente políticas (pues el poder fáctico también es político), será más político que jurídico. En un supuesto ideal, si la Justicia fuese independiente, todavía existirían ciertas influencias políticas, pero se podría afirmar que el Poder Judicial sería, sobre todo, Derecho y, por tanto, Jurídico. Cuando un juez resuelve, debe de tener en cuenta no sólo lo que es conforme a Derecho, sino como ello va a repercutir en la sociedad. Aquí está el componente político. Pero al tener en cuenta sobre todo el sentir popular y el Derecho, sin que influyan los intereses privados en pugna o su cosmovisión personal, la Justicia sería más jurídica. Y lo mismo cabe afirmar para la Justicia Constitucional. Si sus miembros obedecen a los partidos políticos que los nombraron, la Justicia estará politizada y el Derecho sólo será un instrumento formal de adopción de decisiones. Si son independientes, aunque estén influidos por su entorno social y económico, lo cual es deseable, sus resoluciones serían fuertemente jurídicas.

Aldrete Acuña considera al respecto, como contraparte, que al ser el Derecho el vehículo de lo político, del Poder de lo político, éste es fácilmente moldeable. Derecho será lo que el prestidigitador que dirige quiere que sea, al final el arte es engañar. Ejemplos a todos niveles se puede observar, incluso en la Justicia, misma que al final es tendencialmente politizable. Para ejemplo basta observar sentencias y actuaciones, en México, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) o del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF): consultas populares, facultades de atracción sobre materia penal, revocación de mandato, designación de jueces, magistrados y ministros, sentencias, etc. Es cierto que, no toda determinación judicial está politizada, pero al menos las que atienden a los valores político-sociales, sí que lo están. No se puede medir con el mismo tamiz una resolución del TEPJF, con la que deba dictarse en el caso de un robo a una casa habitación, o la que impere en la solicitud de un divorcio, claramente hay diferencia. Lo que sí que puede tener injerencia en aquellas, es la entrada de poderes fácticos⁹⁵ que direccionen, condicionen e incidan en las decisiones judiciales.

94 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., Un problema capital para las ciencias constitucionales», *Centenario de los tribunales constitucionales: Tomo I: estudios teóricos, históricos y comparados*, Ed: Thompson Reuters, 2021, pp. 380-403.

95 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Reforma vs. Revolución....op.cit.*, pp. 147-148.

VII. Conclusiones

Entonces, ¿el Derecho es sólo forma o también es fondo? Llegados a este punto, las opiniones de ambos autores confluyen en la idea de que el Derecho es más contenido que forma. No es tanto procedimiento sino ejecución de valores sociales a través de unos cauces: El Derecho es legitimidad. Idealmente, y separando radicalmente el aspecto Político, tiene que decirse que es tanto forma como fondo, incluso: el fondo forja la forma. Más se trata de una pregunta que nos hace reparar y apartarnos del guion que hasta ahora hemos comentado, ante lo cual, resulta preferible no caer en la naturaleza del urobora, al morder su propia cola. No cabe duda de que tanto el Derecho como la política se encuentran en una relación dialéctica inescindible. Es en el papel que juegan cada uno de estos elementos lo que distancia la opinión de los autores.

Por tanto, y ya concluyendo, es necesario dar una cabal respuesta a la pregunta que nos formulábamos al principio en relación a si el Poder es Derecho o Política. Como se puede concluir a lo largo de todo este trabajo, el Poder es una facultad construida sobre las bases del Derecho y de la Política. Sin embargo, los debatientes no terminan de llegar a un acuerdo acerca del elemento esencial del objeto de la discusión. Así, para Cabanas Veiga, el poder se basa, fundamentalmente, en el Derecho. Obviamente, las dinámicas de poder influyen en las decisiones, pero todo gobernante debe someter sus decisiones, al justificarlas, a los principios y valores positivos o iusnaturalistas, incluso cuando los falsee descaradamente en favor de sus intereses. En cambio, Aldrete Acuña concluye que el elemento fundamental del Poder es del campo de lo Político y no de lo Jurídico. Y es en esta discrepancia donde se pone de manifiesto la riqueza de las enseñanzas del dialecto Maestro RUIPÉREZ, lo que, creemos, supone una clara muestra de su excelente método científico y pedagógico.

VIII. Bibliografía

ABENDROTH, W.: «El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político», *El Estado social*, con Forsthoff, Ernst y Doehring, Karl, Traducido por José Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

ALTHUSIUS, J.: *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, Traducido del latín por Primitivo Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

ARENDT, H., *Sobre la Revolución*, Alianza, España, 2004.

ARISTÓTELES, *Política*, Traducido por Patricio de Azcárate, Editorial Austral, 2011.

AYLLÓN GONZÁLEZ, M. E.: *Manual de Derecho constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2014.

BOBBIO, N.:

— *El futuro de la democracia*, 3.^a ed., Fondo De Cultura Económica, México, 2014.

— *Teoria generale della politica*, Einaudi, Turín, 1999.

BOVERO, M., «¿Crepúsculo de la Democracia?», en *La Democracia en nueve lecciones*, Ed. De Michelangelo Bovero y Valentina Pazé, Edit. Trotta, España, 2014.

BRAUNSTEIN, N. A.; PASTERMAC, M.; FRIDA SAAL, G. B., *Psicología: ideología y ciencia*, 8.^a ed., Siglo XXI, México, 1982.

BRUTUS, S. J.: *Vindiciae contra Tyrannos*, Traducción por Piedad García-Escudero, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

CÁRDENAS RIOSECO, R., *El Principio de Legalidad Penal*, Porrúa, México, 2009.

CARPISO, J.:

— «Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución Mexicana», en IBARRA PALAFOX, F. A.; SALAZAR UGARTE, P. (Coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, T.1: Estudios históricos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, México, 2017.

— *La Constitución Mexicana de 1917*, 9.^a ed., Porrúa, México, 1995.

CICERÓN, M.T.:

— *Las Leyes*, Traducción, introducción y notas por Álvaro D' Ors, Instituto de estudios políticos, 1970.

— *Sobre la República*, Editorial Tecnos, 1992.

DAU-LIN, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.

DE LA BOËTIE, E.: *Discurso de la servidumbre voluntaria o el contra Uno (1576)*, Estudio preliminar, traducción y notas de HERNÁNDEZ RUBIO, J. M., 3.^a Ed., 2007.

DE SALISBURY, J.: *Policraticus o de las frivolidades de los cortesanos y de los vestigios de los filósofos, Libros I-IV*, Traducción por Palacios Royan, José, Servicio de publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Málaga, Málaga, 2008.

DE VEGA GARCÍA, P.:

- «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en la crisis del constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100 (abril-junio, 1998), pp. 13-56.
- En torno al concepto político de Constitución», *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, coord. por GARCÍA HERRERA, M. Á., 1997.
- «La Democracia como proceso. Algunas reflexiones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo», Eds: A. Guerra y J.F. y otros. *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro en Salamanca*, Sistema, Madrid, 2003, pp. 7-44.
- «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y la Democracia», *Ponencia presentada a las II Jornadas de Derecho Constitucional: «Reforma de la Constitución»*, Fundación Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico y Centro Asociado de la UNED de Barbastro, Huesca, 27 y 28 octubre 2006, pp. 1-27.
- *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

DE VERGOTTINI, G., *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983.

DELEUZE, G.; FOUCAULT, M., *Paidós*, Barcelona, 1987.

DUVERGER, M., *Los Partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

FOUCAULT, M.:

- *El orden del discurso*, TusQuets, Buenos Aires, 2005.
- *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 2006.
- *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Selección, introducción y traducción de Miguel Morey, Alianza, Madrid, 2017.

HAN, B-C., *Sobre el poder*, Trad. Alberto Ciria, Herder, España, 2016.

HAURIOU, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2013.

HAYEK, F.A.: *Camino de servidumbre* (1944), Alianza Editorial, Traducción de José Vergara, (3.º Ed.), 2011.

HELLER, H.:

- *Escritos políticos*, Traducido por Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio, López Pina, Alianza editorial, Madrid, 1985.
- *La soberanía: contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Traducción y estudio preliminar de Mario de La Cueva, Fondo de Cultura económica, México, 1995.
- *Europa y el fascismo*, Traducido del alemán por Francisco J. Conde, Editorial Comares, Granada, 2006.
- *Teoría del Estado (1934)*, Traducción por Luís Tobío, Fondo de cultura económica, México, 1985.
- *Escritos políticos*, Traducido por Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio, López Pina, Alianza editorial, Madrid, 1985.

JELLINEK, G.:

- *Teoría General del Estado*, (1911, 2.ª Edición), Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos, Ed. Fondo de Cultura económica, 2000.
- *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2018.

JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal*, P.G., V. I., Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 3.ª ed., BOSCH, España, 1978.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Sudamericana, Argentina, 1997.

KELSEN, H.:

- *Teoría General del Estado*, Traducido por Luis Legaz Lacambra, Editorial Comares, 2002, Granada.
- *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988.

LUHMANN, N.:

- *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Trotta, Madrid, 1998, p. 10.
- *Macht*, Stuttgart, 1975.

MAQUIAVELO, N.: *El Príncipe*, Alianza Editorial, 2010.

MARX, K.:

– *El 18 brumario de Luis Bonaparte* (1869), Fundación Federico Engels, 2003.

– *El Kapital* (1867), Plutón Ediciones, 2017.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, (1748), traducido por Pedro de Vega y Mercedes Blázquez Polo, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

MOREY, M., «Introducción», en FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza, Madrid, 2017.

ORWELL, G.: *1984*, (fecha de publicación en 1949), traducido por Temprano García, Miguel, Penguin Random House Grupo Editorial España, Madrid, 2013.

ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social*, (1762), traducido por Enrique López Castellón, Ediciones P. P. P., Madrid, 1985.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:

– «Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea: La Unión Europea como forma moderna de Confederación (una primera aproximación)», en M. A. García Herrera (dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 619-646.

– *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1996.

– *La protección constitucional de la autonomía*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

– *La Constitución europea y la Teoría del Poder Constituyente (Algunas reflexiones críticas desde el Derecho político)*, Biblioteca Nueva S.L., Madrid, 2000.

– *La Constitución del Estado de las Autonomías. Teoría constitucional y práctica política en el «federalising process» español*, Ed. Biblioteca Nueva S. L., Madrid, 2003.

– «Estado social versus aldea global», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, pp. 777-824.

– *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización: Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

— *Libertad civil e ideología democrática: de la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

— «La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional europeo: Método jurídico y régimen político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar», en C. LEÓN BASTOS Y V. A. WONG MERAZ (coords.) y otros, *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010, pp. 255-295.

— *División de competencias y forma territorial del Estado*, Madrid, Reus, 2012.

— *Reforma vs. Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, Porrúa, México, 2013.

— «La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 89-136.

— «El derecho constitucional a la vivienda y la problemática de su arrendamiento en el Estado social (un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y ciencia práctica)», Colina Garea, Rafael (Dir.) y otros, *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado de alquiler de viviendas*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 29-183.

— «¿Podría suprimirse el Senado español mediante la técnica de la reforma constitucional? (Una primera aproximación del problema práctico desde las Ciencias Constitucionales)», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 34, 2014, pp. 131-170.

— *La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna*, Andavira, 2017.

— *El Título X de la Constitución Española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional: (Un estudio de teoría del derecho constitucional en cuanto que ciencia conceptual y ciencia práctica)*, VLex, 2017.

— «Reforma constitucional y fuerza normativa de la Constitución», *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

— *La «ciudadanía europea» y sus implicaciones para el derecho constitucional: (un estudio de teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna unión de Estados de derecho internacional europea)*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

— *Reforma constitucional y supresión del Senado como cámara de representación territorial: un estudio de Teoría del Derecho Constitucional como ciencia conceptual y ciencia práctica*, Porrúa, 2018.

— *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución: consideraciones sobre la vigencia del texto de 27 de diciembre de 1978 en su 40 aniversario*, Tirant lo Blanch, 2018.

— «Charles de Secondat en el Estado de partidos, o del pluripartidismo como materialización moderna del principio de división de poderes», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 46, 2020.

— «Un problema capital para las ciencias constitucionales», *Centenario de los tribunales constitucionales: Tomo I: estudios teóricos, históricos y comparados*, Ed: Thompson Reuters, 2021.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J. y GARCÍA BELAÚNDE, D.: *De los derechos fundamentales sociales y su eficacia jurídica: Entre la jurisdicción y la voluntad constitucional. (Un estudio de derecho constitucional procesal con motivo de una de las propuestas de reforma de la Constitución española de 1978)*, VLex, 2018.

SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Alianza, España, 2016.

WEBER, M.:

— «La política como vocación», en *El Político y el Científico*, Edit. Alianza, España, 1991.

— *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002.

ZAFFARONI, E. R., et al., *Derecho Penal*, P.G., 2.ª ed., Porrúa, México, 2005.

LA IDENTIFICACIÓN DEL ENEMIGO EN EL MARCO DE LA PROPAGANDA EN DEFENSA DE LOS VALORES EUROATLÁNTICOS

Lucio Pegoraro

Profesor de la Cátedra de Derecho Comparado de la Universidad de Salamanca.

Profesor afiliado de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

(Italia)

luciopegoraro@hotmail.com

I. Variables recientes en la individualización de un enemigo único

Dos emergencias han desviado la atención de la gran construcción política, mediática y jurídica del siglo XXI, que individualiza en los extranjeros/inmigrantes/terroristas los enemigos contra los cuales debemos luchar.

La primera es la pandemia. Para bien y para mal, los extranjeros fueron olvidados en la agenda política, los medios de comunicación y la doctrina académica, y la atención se ha concentrada de manera mayoritaria en las causas y efectos del Covid-19. En una primera fase —cuanto menos a nivel político y mediático, mucho menos académico— se ha intentado a veces individualizar en China el enemigo responsable de la catástrofe¹.

1 (**) Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83436-C2-1-R, titulado «Las respuestas en un Estado de Derecho a los retos de seguridad: fortalecimiento democrático, derechos fundamentales y deberes de la ciudadanía», concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España», dirigida por José Julio Fernández Rodríguez, Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela y en el ámbito del PRIN 2017 «From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space» (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34119004200001).
Un comentario crítico de la producción científica mundial sobre el Covid-19 se encuentra en mis artículos «Il diritto all'aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità

La segunda es la invasión rusa de Ucrania, acerca la cual —por razones temporales— la doctrina todavía no se ha detenido en los perfiles jurídicos (de derecho internacional, europeo, constitucional, mercantil, etc.); sin embargo, es probable que la sobresaliente atención a la guerra se acompañe en el futuro a una profundización de las cuestiones jurídicas implicadas. Destacamos como la guerra de Ucrania ha fortalecido la distinción entre distintos extranjeros «enemigos»: tales quedan los islámicos y en general los africanos, mucho menos los de Este de Europa, hasta que los ucranios se convierten en «amigos».

Se trata de emergencias distintas: la primera inmaterial; la segunda concreta, real, que permite individualizar un responsable (un Estado y personas físicas bien identificadas).

La pregunta que quiero plantear es si esas emergencias fortalezcan o debiliten en sus caracteres estructurales la construcción identificada arriba, o sea que la democracia occidental necesita de un «enemigo» para justificarse, defender y exportar los valores euroatlánticos, y tal «enemigo» se identifica en prevalencia en el extranjero que no comparte sus valores.

II. Teoría y praxis de la dicotomía amigo/enemigo

Para fortalecerse a sí mismo, el poder político siempre ha utilizado —donde tiene que responder a otros poderes, sea el pueblo, sean otras *constituencies*— argumentos retóricos conectados a amenazas internas o externas, ofreciendo así concreción a la tesis de Carl Schmitt sobre la dicotomía amigo/enemigo². Para C. Schmitt, «La diferenciación específicamente política, con la cual se pueden relacionar los actos y las motivaciones políticas, es la diferenciación entre el *amigo* y el *enemigo*. Esta diferenciación ofrece una definición conceptual, entendida en el sentido de un criterio y no como una definición exhaustiva ni como una expresión de contenidos. En la medida en que no deriva de otros criterios, representa para lo político el mismo criterio relativamente autónomo de otras contraposiciones, tales como el bien y el

della dottrina giuspubblicistica (e non solo) in tempi di pandemia», destinado a los *Studi in onore del professor G.F. Ferrari*, en proceso de publicación, y en «Manipular sin decir nada: los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia», en proceso de publicación en los actas del «Congreso internacional sobre manipulación informativa», organizado por el Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la USC y el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), y celebrado en la Facultad de Derecho compostelana el 27 de abril de 2022, al cuidado de J.J. Fernández Rodríguez.

2 SCHMITT, C., «Der Begriff des Politischen», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 58 (1927), S. 1-33, reimpr. Duncker & Humblot, Berlin, 2015, trad. esp. *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, reimpr. 2009; Id., *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963.

mal en lo moral; lo bello y lo feo en lo estético, etc. [...] El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni tiene que ser estéticamente feo; ni necesita presentarse como competidor económico; incluso puede parecerme ventajoso hacer negocios con él; sino que el enemigo es simplemente el otro, el extraño, y basta para su esencia el que en un sentido particularmente intenso sea otro, sea algo distinto, y sea un extraño, de suerte que en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no pueden decidirse mediante una normación general establecida de antemano ni mediante la sentencia de un tercero “no implicado” y, por tanto, “imparcial”»³.

Es emblemático lo que ocurrió en la primera posguerra con el surgimiento del partido nacionalsocialista, que buscó cohesión y fortaleció su poder —aprovechando la situación de profunda crisis económica de Alemania, debido a las cláusulas del Tratado de Versalles— atacando a los judíos como única causa de la crisis⁴.

Un segundo ejemplo es el de los Estados Unidos en la segunda posguerra. Aquí el enemigo individualizado fueron los comunistas. Por razones derivadas de la tipología y del ciclo constitucional al que pertenece, la Constitución de EE.UU. no dice nada acerca de su protección, salvo que atribuye al Congreso la facultad de reprimir las insurrecciones y rechazar las invasiones, consentir la suspensión del *habeas corpus* cuando la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión, y permitir la exclusión de las garantías de defensa de los militares en tiempo de guerra o peligro público⁵. Por tanto, la protección de la democracia en los Estados Unidos, no tiene una directa base constitucional. Esto no ha impedido el desarrollo de una legislación y de una elaborada jurisprudencia constitucional que han introducido a los EE.UU. en el cauce de la democracia protegida⁶.

3 SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, cit. Y además, *ibid.*: «Enemigo no es, por tanto, alguien que me hace la competencia, ni tampoco el adversario en general. Enemigo tampoco es mi adversario privado al que profeso una profunda antipatía. Enemigo es sólo una totalidad de hombres que, por lo menos eventualmente, es decir, que con base en posibilidades reales de ello, puede enfrentarse a otra totalidad de hombres. Enemigo es solo el enemigo *público*, porque todo lo que tiene que ver con una totalidad de hombres, y en particular todo lo que tiene que ver con la totalidad de un pueblo, por ello mismo se convierte en público. Enemigo es *hostis*, no *inimicus* en sentido amplio, es *polemios*, no *echthros*».

4 De otro lado, cabe recordar que la propaganda política de muchos regímenes árabes fortalece su imagen interna frente a los ciudadanos, para ocultar la negación de cualquier libertad y de la igualdad, la concentración absoluta del poder, la discriminación entre hombres y mujeres, a veces la pobreza, fomentando acusaciones al Estado de Israel como único responsable de la inestabilidad de la región y de la opresión de la población palestina.

5 Respectivamente art. I, secc. VIII, § 15, art. I, secc. IX y V enmienda.

6 Véase por todos REPOSO, A., *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1997. Se hace notar, en particular, la legislación aprobada durante la llamada Guerra Fría (*Internal Security Act* y *Communist Control Act*), acompañada de las medidas tomadas por el Ejecutivo encaminadas a la protección de la Administración Federal de infiltraciones comunistas (por ejemplo el *Federal Civilian Employee*

En Europa, entre los años 70-80 la seguridad de las instituciones democráticas fue amenazada sobre todo por grupos armados terroristas con base independentista (IRA, ETA) o clasista (*Brigate Rosse*, *Prima linea* y otros en Italia, *Rote Armee Fraktion* en Alemania, *Action directe* en Francia), o con base fascista (*Ordine nuovo* y otros en Italia). Al lado de la legislación antiterrorista, se desarrollaron varias tesis doctrinales sobre la defensa de la democracia, incluso «teoremas» sobre los «extremismos opuestos» (Italia)⁷.

Loyalty-Security Program. Sin embargo, había estado precedido por otros Acts, como —después *The Alien and Sedition Acts* del 1798—, el *Espionage Act* del 1917. Sucesivas medidas fueron *The Alien Registration Act of 1940*, mejor conocida como *Smith Act*, y muchas leyes estatales igualmente restrictivas. Vid. por ej. SMITH, J.M., *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Acts and American Civil Liberties*, Cornell U.P., New York, 1956, y MILLER, J.C., *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Little, Brown, & Co., Boston, 1951). A este respecto se habló de «*national hysteria*» y de «*paranoid style*». (Respectivamente véanse MURRAY, R.K.; *Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920*, Un. of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, y HOFSTADTER, R., *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Calfred A. Cup., New York, 1965. La jurisprudencia se terminó en 1956 en el famoso caso *Dennis vs. United States*, que de hecho, convertía la cláusula del *clear and present danger* en un *clear and probable danger*, para inclinar la balanza en favor de la protección de la seguridad, y no de la libertad de pensamiento, recogida en la Primera Enmienda. Incluso la jurisprudencia posterior (por ejemplo, *Subversive Activities Control Board v. Communist Party*, 367 US 1, 1961), que intentó atenuar los requisitos sobre la obligación de declarar la propia pertenencia a una asociación *a priori* considerada transgresiva, y como tal inscrita en un registro llevado por el *Attorney General*, nunca llegó a reequilibrar totalmente el test de «*peligro manifiesto e inminente*» a favor de la libertad de pensamiento y de expresión. La literatura es muy amplia: véanse, al menos, los estudios «Clear and Present Danger Test», en GARNER, B.A. *Black's Law Dictionary*, 8.ª ed., West Group, Eagan, 2004; MENDELSON, W., *The American Constitution and the Judicial Process*, Wadsworth, Homewood, 1980, p. 397; SHAPIRO, M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1966.

- 7 En cuanto a América Latina, en el pasado el abuso de los poderes en caso de emergencia concurrió a alterar profundamente las relaciones normales entre los poderes y la misma forma de gobierno presidencial. (Véanse VALADÉS, D., *La dictadura constitucional en América latina*, Unam, México, 1974; GARCÍA BELAUNDE, D., «Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas», en AA.VV., *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1984, p. 77 ss.; DE VERGOTTINI G., (ed.), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Giappichelli, Torino, 1997.) El propósito de la suspensión de la constitución es permitir a los Estados hacer frente a las crisis, debido sobre todo a las grandes emergencias, como una invasión externa, revoluciones y levantamientos populares o catástrofes graves (DE VERGOTTINI, G., *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004; Id. (ed.), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, Cemiss, Roma, 1991. Véanse también CARNEVALE P., (ed.), *Guerra e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2004, y VEDASCHI, «À la guerre comme à la guerre?» *La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2008). Por supuesto, de vez en cuando y de un lugar a otro, el uso de la suspensión puede ser una herramienta para la defensa de la constitución democrática, o viceversa un medio para atacarla. En América Latina dichos poderes fueron utilizados por varias juntas militares golpistas para atacar la constitución, no para defenderla, justificando los golpes y la concentración del poder con el riesgo de amenazas terroristas, levantamientos populares, actividad de facciones armadas, etc. (Actualmente, se trataría de «conflictos

Los ejemplos referidos muestran el objeto variado de las batallas en nombre de la seguridad: puede tratarse, en el caso de enemigos internos, de una minoría étnica o religiosa, como los judíos, de una facción en lucha para independizarse (Irlanda, España), de grupos políticos ideologizados como los «comunistas» o tal vez los fascistas (Italia, Francia, Alemania, y especialmente Estados Unidos). Solo la historia (y a veces ni siquiera la historia, si los enemigos fueron aniquilados) puede demostrar que el enemigo representaba una amenaza real y efectiva para la seguridad, un «*clear and present danger*». Por cierto, no lo fueron los judíos en los años 30, tampoco los intelectuales «comunistas» perseguidos por el senador Joseph McCarthy, el *Government Operations Committee*, su *Permanent Subcommittee on Investigations of the U.S. Senate* y el *House Committee on Un-American Activities* (HCUA) en la famosa caza de brujas de los años 50.

Distintos, por supuesto, fueron los reclamos a la seguridad para combatir el terrorismo político (e independentista) en Europa de la posguerra, mientras en general las juntas golpistas latinoamericanas no necesitaban el respaldo de la sociedad civil para actuar. De hecho, la forma de Estado de la dictadura no necesita del apoyo de la comunidad civil, porque se sostiene solo por la fuerza, ni de la propaganda, distintamente de las democracias y del «totalitarismo»⁸, término acuñado por Mussolini con una connotación positiva (contrapuesto a las «demo-plutocracias»), que perseguía la unidad también espiritual entre sociedad (nación) y Estado, a través del papel unificador del partido, órgano del Estado proveniente de y que está anclado en la sociedad⁹.

Paradójicamente, aunque sus estructuras y finalidades sean bien distintas, democracias y totalitarismos requieren medidas parecidas para fortalecer el consenso de la sociedad. A veces, incluso en muchas democracias, algunos partidos (y líderes) buscan apoyo electoral evocando «enemigos» reales o supuestos, y cuando, como en los años 20 y 30 del siglo pasado, aprove-

interdomésticos» y «domésticos» en América del Sur, véase DE PIERI, V.S.G., *Seguridad y defensa en Sudamérica. Entre la cooperación y el conflicto*, Eudeba, Buenos Aires, 2013.)

- 8 Respecto a las otras formas de autocracia, la forma de Estado totalitaria está caracterizada por la presencia de un Estado que invade cualquier aspecto de la vida social, de la afirmación de una ideología oficial, del papel penetrante del partido único, *trait d'union* entre el Estado y las masas, de la movilización de estas últimas a los fines de adquisición del consenso (característica opuesta a la de las dictaduras), de la función de la propaganda política, de la estructura corporativa de la vida social y económica. Lo consideramos una forma de Estado en sí, PEGORARO, L.; RINELLA A., (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo II: L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, 2 vols, Astrea, Buenos Aires, 2018, vol. A.
- 9 Sobre el Fascismo véase CASSESE, S., *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2010, para las reflexiones sobre sus elementos constitutivos y su carácter autoritario. Además L. PALADIN, voz «Fascismo», en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 887 ss.; GENTILE, E., *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Carocci, Roma, 1995; AQUARONE, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), reimpr. Einaudi, Torino, 1995; PALLA, M., (ed.), *Lo Stato fascista*, La Nuova Italia, Milano, 2001.

chando la crisis económica, el miedo, la «falta de seguridad», ganan las elecciones, sus programas se convierten en leyes que atacan a los «enemigos».

III. Seguridad, propaganda y psicología

Acerca de la propaganda política, elemento caracterizante del Estado totalitario, pero, con dimensiones y perfiles diversos, que involucra también a otras formas de Estado, ha sido ampliamente demostrada la importancia de la psicología en el estudio de la manipulación del pensamiento¹⁰, de modo que cualquier investigación *de derecho* en esta materia no puede tenerla en cuenta, si no se quiere confundir la disciplina de la propaganda con la información en general, y perder hasta las coordenadas para calificar las formas de Estado de la cual se hace referencia.

La doctrina y la jurisprudencia —como es evidente— están obligadas a basar sus distinciones y clasificaciones (a veces derivadas de definiciones del legislador o recabadas de la normativa, pero que a su vez influyen tal normativa) en factores que el derecho está obligado a derivar desde diferentes disciplinas¹¹.

Cualquiera que sea la perspectiva elegida, individualista o tal vez funcionalista, los juristas no son particularmente propensos a trasladar el baricentro de su curiosidad desde la manifestación a la formación del pensamiento, aunque tengan la conciencia, difundida y generalizada, que los varios intereses involucrados a nivel constitucional deban hallar «composición en un cuadro armónico y equilibrado, en el cual se explica enérgicamente la máxima circulación de ideas y de opiniones por parte del mayor número de sujetos, en la plena y eficiente explicación del proceso democrático, en la óptica de

10 FREUD, S., *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, Internationaler Psychoanalytischer, Wien, 1921. Cfr. G. LUCATELLO, «La fonction de la propagande politique dans l'Etat totalitaire et son organization dans les Etats Italien et Allemand», en *Rev. dr. int.*, n.º 4, 1939, n.º 3, 1940, números 1 e 2, 1941, y en *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, coordinados por REPOSO, A.; OLIVETTI RASON, N.; PEGORARO, L., Cedam, Padova, 1990, p. 241 ss.; GOBBO M., *La propaganda politica nell'ordinamento costituzionale. Esperienza italiana e profili comparatistici*, Cedam, Padova, 1997; PEGORARO, L., «La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado», en *Pensamiento const.*, n.º 14, 2010, p. 141 ss., en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 8, 2010, p. 1 ss.

11 Bibliografía en mi «Comparación jurídica y uso 'externo' de las otras ciencias», en *Rev. jur. Avances*, n.º 7, 2012, p. 295 ss., y en MOCCIA L., et al. (eds), *Estudios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Upica, Lima-Bogotá-Panamá, 2014, p. 437 ss. Ver también PEGORARO, L.; RINELLA A., (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo I: PEGORARO, L., *La ciencia y el método*, Astrea-UNAM-IIJ, Buenos Aires-Ciudad de México, 2016, p. 150 ss.; S. BALDIN, «Diritto e interdisciplinarieta: note sulla integrazione metodologica con le altre scienze sociali», en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 25, 2019.

una soberanía informada y consciente»¹². Existe, además la percepción que no solo está en juego el derecho de expresión, sino existe también aquello de estar informado, el control del poder económico, la igualdad, el ejercicio de la soberanía. La propaganda política ha sido objeto de escaso interés en los análisis de doctrina jurídica, que se han ocupado en medida cuantitativamente modesta, respecto a la relevancia que el tema reviste, y respecto a otras temáticas de otro modo estudiadas.

También en las constituciones de la así llamada tercera oleada (años 1970-80), la propaganda política está siempre diluida en el pluralismo y en la convicción que esto sea suficiente para garantizar una correcta utilización de la información entre una campaña electoral y otra. Sobre todo, a nivel de disciplina constitucional, pero también en la doctrina jurídica, parece casi perdida la memoria de cuanto había acaecido en algunos países, en el periodo entre las dos guerras: la afirmación del nacional-socialismo, del fascismo, del franquismo, del estalinismo, y el uso formidable de la propaganda política dispuesto por tales regímenes como modo de limitación del pensamiento.

El falso convencimiento de que el pensamiento no pueda ser limitado — como fue sostenido, siguiendo a Kant, en dádiva al dogma individualista de la libertad de información, en el curso de los trabajos preparatorios del art. 21 de la Constitución italiana— se pone en contraste con la realidad histórica de los trágicos eventos que habían precedido la redacción de nuevos textos, sean esos aquellos de los años 40, o tal vez los sucesivos: la importancia, en los regímenes totalitarios, de los ministerios de propaganda (basta evocar al Ministerio para la cultura popular, el así dicho Minculpop, en Italia, o para el Tercer *Reich*, el nombre de Goebbels), el rol ejercitado por la radiofonía y por la cinematografía (instrumentos que hoy parecen primordiales) para conquistar o entender el consenso no fueron considerados suficientes para mirar, no sólo el pasado, sino también el futuro¹³. Es decir, para prevenir el riesgo que, más allá de los remedios formales hechos para asegurar el pluralismo de la información, ocurriese ir más a fondo, y cambiar perspectivas para evitar repeticiones de la manipulación del consenso, también en el lapso de tiempo entre una elección y la sucesiva.

En materia de propaganda política, la liberaldemocracia, como hacía el Estado liberal decimonónico con la igualdad, no va más allá del respeto formal de las reglas, y (por lo demás) establece pocas disposiciones destinadas a asegurar una correcta información fuera de la fase temporal estratégica conectada a la celebración de las elecciones. Todo el resto queda, en general, confiado en base a reglas éticas, al control parlamentario, a la periódica validación del electorado.

12 De este modo BORRELLO, R., *Par condicio e televisione*, I, *Introduzione alla tematica. Analisi dei principali ordinamenti europei*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 26, el cual cita G. AMATO, «Il sondaggio deliberativo, l'innovazione di Fishkin», introducción a J.S. FISHKIN, *La nostra voce. Opinione pubblica & democrazia, una proposta*, Marsilio, Venezia, 2003, p. 9.

13 Cfr. PALADIN, L., «Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano», en Id. (ed.), *La libertà d'informazione*, Utet, Torino, 1979, p. 6.

IV. La relación seguridad-terrorismo: la base teórica

Con particular referencia al siglo XXI, no parece controvertido que también en muchos ordenamientos democráticos la política haya utilizado muchísimo los principios de propaganda de Goebbels, Ministro de la Propaganda del Tercer Reich¹⁴.

Escribe D. Fonseca que «Quand on fait de l'écroulement des Twin Towers l'événement inaugural de notre siècle, on se condamne à rater le sens de cette époque, à ne pas comprendre les processus de reconfigurations politiques, économiques, technologiques qui se sont mis en place dans le dernier quart du XXe siècle. Et lorsqu'on réduit le terrorisme et l'Islam à l'islamisme, ou la contestation politique à la soif de destruction nihiliste, on a définitivement cessé de penser. De partout, on entend venir pourtant ce discours, complot désastreux des assis, comme un grand bruit qui n'a rien d'hasardé. Qui ennuie la pensée, dans un immense ensilencement d'un monde chu en tombe après le 11-Septembre. Rarement on a vu tant de faste dépensé pour autant d'absence de pensée, qui voudrait faire de nous des «*avaleurs silencieux*»(R. Char)»¹⁵.

14 «1. Principio de simplificación y del enemigo único: adoptar una única idea, un único símbolo. Individualizar al adversario en un único enemigo. 2. Principio del método de contagio: reunir diversos adversarios en una sola categoría o individuo. Los adversarios han de constituirse en suma individualizada. 3. Principio de la transposición: cargar sobre el adversario los propios errores o defectos, respondiendo el ataque con el ataque. «Si no puedes negar las malas noticias, inventa otras que las distraigan». 4. Principio de la exageración y desfiguración: convertir cualquier anécdota, por pequeña que sea, en amenaza grave. 5. Principio de la vulgarización: «Toda propaganda debe ser popular, adaptando su nivel al menos inteligente de los individuos a los que va dirigida. Cuanto más grande sea la masa a convencer, más pequeño ha de ser el esfuerzo mental a realizar. La capacidad receptiva de las masas es limitada y su comprensión escasa; además, tienen gran facilidad para olvidar». 6. Principio de orquestación: «La propaganda debe limitarse a un número pequeño de ideas y repetirlas incansablemente, presentarlas una y otra vez desde diferentes perspectivas, pero siempre convergiendo sobre el mismo concepto. Sin fisuras ni dudas». De aquí viene también la famosa frase: «Si una mentira se repite suficientemente, acaba por convertirse en verdad». 7. Principio de renovación: hay que emitir constantemente informaciones y argumentos nuevos a un ritmo tal que, cuando el adversario responda, el público esté ya interesado en otra cosa. Las respuestas del adversario nunca han de poder contrarrestar el nivel creciente de acusaciones. 8. Principio de la verosimilitud: construir argumentos a partir de fuentes diversas, a través de los llamados globos sondas o de informaciones fragmentarias. 9. Principio de la silenciación: acallar las cuestiones sobre las que no se tienen argumentos y disimular las noticias que favorecen al adversario, también contraprogramando con la ayuda de medios de comunicación afines. 10. Principio de la transfusión: por regla general, la propaganda opera siempre a partir de un sustrato preexistente, ya sea una mitología nacional o un complejo de odios y prejuicios tradicionales. Se trata de difundir argumentos que puedan arraigar en actitudes primitivas. 11. Principio de la unanimidad: llegar a convencer mucha gente que piensa «como todo el mundo», creando una falsa impresión de unanimidad».

15 FONSECA, D., «Parler du terrorisme. Une approche philosophique», en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 21, 2017.

En una primera fase, y de manera general, el enemigo fue individualizado en «el terrorismo». Según Fonseca¹⁶, «*Comment, pour finir, le «monde vrai» devint fable*», écrit Nietzsche en 1880¹⁷. La lutte contre le «terrorisme» repose de plus en plus sur une logique de l'anticipation qui finit par construire, à partir d'éléments virtuels, une «réalité» délogeant ce «monde vrai» dont parle Nietzsche. Il est difficile de l'ignorer. Mais on n'atteindra pas ainsi le fond du problème, c'est-à-dire la construction d'un monde dans lequel la réalité devient une éventualité. Ce n'est pas de *Matrix* dont il s'agit: il n'y a rien en dessous des images, ni machine cachée, ni autre monde. Car c'est dans les images mêmes, à même les dess(e)ins, que travaillent les opérateurs de croyance, les agents de société de clairvoyance qui renforcent peu à peu les modalités de la surveillance et du contrôle. Après avoir détruit l'idée d'un au-delà («*Dieu est mort!*»), nous assistons à la remise en cause, également, du monde de l'ici-bas qui lui était attaché, l'un n'allant pas sans l'autre. Monde dans lequel on a insufflé du virtuel, de la fiction, du «spectacle» et du «storytelling». Monde qui n'est plus ni là-bas, ni ici, mais entre les deux, dans les limbes, où se joue désormais un drame somnanbulique. Mais ce monde fictionné est devenu pourtant crédible».

A los terroristas le son asignados solo un tipo de calidad: «la monstruosidad, corolario de su inhumanidad. El terrorismo se convierte en la encarnación del Mal», y se ha escrito que la noción de terrorismo aparece como una '*sinistre catégorie attrape-tout*'¹⁸.

Al final de los años Noventa —recuerda Alain de Benoist— «Arbatov, asesor de Gorbachov, declaró a los americanos: «Nosotros infligiremos el golpe más terrible: estamos a punto de quitaros al enemigo»¹⁹. [...] En consecuencia, los americanos necesitaban encontrar un enemigo alternativo [...] Es lo que hicieron los Estados Unidos elaborando, en 2003, dos años después los atentados del 11 de septiembre, el concepto de «guerra global contra el terrorismo».[...] El terrorismo es la guerra en tiempo de paz —o aún más una guerra en cuanto paz— y es una guerra «global», es decir, total. Gorge W. Bush, dirigiéndose en 2001 al Congreso, dijo que la guerra no acabará «hasta cuando todos los grupos terroristas que disponen de un radio de acción global no sean descubiertos, bloqueados y derrotados». Lo que vale decir, que esta guerra no declarada es incluso una guerra sin fin».

16 *Ibid.*

17 *Crépuscule des idoles*, Folio-Essais, Paris, 1993, p. 30 s. (citación del Autor).

18 DAVIS, M., *Les héros de l'enfer*, Textuel, Paris, 2006, p. 9.

19 DE BENOIST, A., «Du partisan au terroriste global», en <https://theatrum-belli.com/du-partisan-au-terroriste-global-par-alain-de-benoist>, trad. it. «Dal partigiano al terrorista 'globale'. Riflessioni sulle forme attuali di terrorismo», en https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/alaindebenoist/pdf/dal_partigiano_al_terrorista_globale_.pdf. El escrito original se encuentra en Id., *Carl Schmitt aktuell, Krisis, Paris, 2007*. Véase también Id., *Guerre «juste», terrorisme, état d'urgence, «Nomos de la Terre»*, Krisis, Paris, 2007.

V. La ecuación terrorismo-extranjeros e (in)seguridad-extranjeros

La emergencia terrorista, desde 2001, ha aumentado la tendencia hacia la concentración del poder en el ejecutivo; limitaciones de la libertad, sobre todo si se trata de determinadas categorías, no siempre pueden ser juzgadas por los tribunales (como en Canadá e Irlanda); el baluarte de los tratados sobre derechos humanos no siempre resulta suficiente para limitar los abusos. Se persiguen políticas de seguridad coordinadas a nivel supraestatal²⁰.

Son, sobre todo, los tribunales constitucionales y supremos los que limitan la legislación de emergencia, como en Colombia (2003), en Israel²¹, etc. En

-
- 20 Sobre terrorismo, la seguridad y las medidas extraordinarias en clave comparada: ROACH, K., «¿Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain», en *Cardozo L.R.*, n.º 27, 2006, p. 2151 ss.; ROSENFELD, M., «Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror», en *Cardozo L.R.*, n.º 27, 2006, p. 2079 ss. Sobre el post-11 de septiembre, BONETTI, P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006; GROPPI T., (ed.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Ed. Scientifica, Napoli, 2006; CAVINO, M.; LOSANO, M.G.; TRIPODINA C., (eds), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2009; y anteriormente CECCANTI, S., *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Giappichelli, Torino, 2004. Véase además ORTEGA ÁLVAREZ L. (ed.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005, y el dossier «Security and Human Rights» de la Revista *Líneasur* (Quito, Ecuador), n.º 6, 2013. Sobre el derecho de emergencia: GROSS, O., *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge U.P., Cambridge, 2006; DYZENHAUS, D., *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge U.P., Cambridge, 2006; FATOVIC, C.; KLEINERMAN, B.A. *Extra-Legal Power and Legitimacy: Perspectives on Prerogative*, Oxford U.P., New York, 2013; TUR AUSINA, R., «Constitución en tiempos de crisis. La necesaria búsqueda de una nueva identidad constitucional», en BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G.A.; PAVANI, G., (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 1345 ss.; Id. (ed.), *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015. Amplia bibliografía en el vol. B, cap. X, secc. III de PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Sistemas constitucionales*, cit.
- 21 En repetidas ocasiones, considerando que el estado de guerra, declarada por los vecinos Estados árabes, dura desde 1948, excepto con Egipto, para el que cesó en 1978 con los acuerdos de Camp David. En Israel, en el caso de que el Ministro de Defensa disponga la *administrative detention* hacia un extranjero, un juez está obligado a convalidar su decisión dentro de las 48 horas, y además cada seis meses la decisión es revisada automáticamente en apelación por la Corte Suprema. Quizás un ejemplo todavía más brillante que el ordenamiento israelí puede proporcionar, es la absoluta prohibición de mantener en secreto un procedimiento, al contrario de lo que ocurre en Estados Unidos. Sobre la regulación israelí de la *administrative detention* respecto al terrorismo *cf.* E. GROSS, «Human rights, terrorism and the problem of administrative detention in Israel: Does a democracy have the right to hold terrorists as bargaining chips?», en *Arizona Journ. intern. and comp. Law*, n.º 8, 2001, p. 721 ss.; además véase ALMAGOR, R.C., «Administrative detention in Israel and its employment as a means of combatting political extremism», en

el Reino Unido, evaluando las exigencias de seguridad relacionadas con el ejercicio de los derechos civiles, el poder judicial ha reequilibrado una legislación manifiestamente desequilibrada, sin llegar empero a eliminar las normas que justifican severas medidas restrictivas de la libertad. En los Estados Unidos, las limitaciones a los derechos a veces han sido limitadas o anuladas por la Corte Suprema, llamada frecuentemente a pronunciarse acerca de las posibles restricciones al mecanismo de *habeas corpus* para los prisioneros y en general sobre los límites a los poderes de guerra conferidos desde el Congreso al Presidente (sobre *Patriot Acts*, las comisiones militares, sobre la cuestión de Guantánamo...)²².

La legislación antiterrorista introducida en muchos Estados después del 11 de septiembre de 2001 comprime en primer lugar los derechos del extranjero, sea directamente, sea ampliando los poderes de los ejecutivos y de las administraciones públicas y dejando un amplio margen a la intervención de fuentes de naturaleza reglamentaria. En muchos países fueron introducidas normas que restringen el ingreso o bien aumentan o agravan las condiciones para la expulsión; la expansión de la definición de la actividad terrorista y su inclusión entre las condiciones de alejamiento de los Estados; las que comprimen la *privacy* del individuo (la obligación de someterse a registros de huellas dactilares de alta tecnología, la implementación de los programas de

New York Intern. L.R., n.º 2 (9), 1996, p. 1 ss.; PACHECO, A.A., «Occupying an uprising: the Geneva Law and Israeli administrative detention policy during the first year of the Palestinian general uprising», en *Columbia Human Rights L.R.*, n.º 2 (21), p. 515 ss.; PLAYFAIR, E., «Administrative detention in the Israeli-occupied West Bank», en *ICJ Rev.*, n.º 35, 1985, p. 31 ss. En italiano, véase también GROSS, E., «Combattere il terrorismo: la prospettiva israeliana», en GROPPi, T., (ed.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, cit., p. 283 ss.

- 22 A la bibliografía de la nota 20 añadir: ACKERMAN, B., «The Emergency Constitution», en *Yale L.J.*, n.º 113 (5), 2004, p. 1029 ss.; COLE, D.; DEMPSEY, J., *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, The New Press, New York, 2002; FALLON, R.H.; MELTZER, D.J., «Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror», en *Harvard L.R.*, n.º 120, 2007, p. 2029 ss.; además en la doctrina estadounidense, en su mayoría en clave de balance con las libertades, COHEN, D.B.; WELLS J.W., (eds), *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism*, Palgrave Macmillan, New York, 2004; BALKIN, K.F., *The War on Terrorism: Opposing Viewpoints*, Greenhaven, Detroit, 2005; BAKER, T.E.; STACK, J.F., JR., *At War with Civil Rights and Civil Liberties*, Rowan & Littlefield, Lanham, 2006; R.M. PIOUS, *The War on Terrorism and the Rule of Law*, Roxbury, Los Angeles, 2006; POSNER, E.A.; VERMEULE, A., *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford U.P., Oxford-New York, 2007; DONOHUE, L.K., *The Cost of Counterterrorism: Power, Politics and Liberty*, Cambridge U.P., Cambridge, 2008; BLUM, G.; HEIMANN, P.B., *Laws, Outlaws and Terrorists: Lessons from the War on Terrorism*, Mit Press, Cambridge, 2010; BEARD, J.M., «The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations», en *Am. journ. int. law*, n.º 101, 2007, p. 56 ss.; FITZPATRICK, J., «Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism», en *Am. journ. int. law*, n.º 96, 2002, p. 345 ss.; VAGTS, D.F., «Military Commissions: A Concise History», en *Am. journ. int. law*, n.º 101, 2007, p. 35 ss. En italiano FENUCCI, T., *Sicurezza nazionale e diritti di libertà negli USA*, Cacucci, Bari, 2014.

control hacia los titulares de visado por motivos de trabajo o de estudio, la puesta en común de las bases de datos entre las diversas ramas de la administración o agencias, a perfiles raciales, etc.²³.

Aunque tribunales y cortes constitucionales han declarado ilegítimas muchas normas, pese al apoyo popular de la legislación antiterrorista, la ecuación terrorismo-extranjeros se ha visto fortalecida debido a las nuevas crisis causadas por las dos guerras del Golfo, la caída de los regímenes nacionalistas árabes de África del Norte, la guerra en Siria, y en general la desestabilización de Magreb y Medio Oriente, las hambrunas, epidemias, pobreza de las respectivas áreas, además de Cuerno de África y África sub-sahariana.

La defensa de la Nación frente a la inmigración hispana (y fundamentalmente mexicana) fue el caballo de batalla de la campaña de Trump y luego de su política interior, aunque en este caso falta la identificación de los extranjeros hispanos (latinos) con los terroristas, diferentemente de los procedentes de países islámicos y en general de los que fueron definidos por él «países letrina».

Sigue estando vigente, tanto en Europa como en América, la ecuación (in) seguridad-extranjeros. Los inmigrantes representan el «enemigo» ideal: la categoría, o clase, tiene confines vagos, dúctiles, indeterminados y privados de individualidad y de humanidad; en ella se funde la amenaza exterior (terrorista) e interior (seguridad ciudadana, porque según los lugares comunes roban, venden droga, quitan el trabajo a los residentes, piden por la calle, etc.)²⁴.

Los partidos populistas y los abiertamente racistas han fomentado —en concordancia con las tesis de Goebbels— el «sustrato preexistente, ya sea una mitología nacional o un complejo de odios y prejuicios tradicionales» para fortalecerse y a veces ganar las elecciones, como varios países del Este de Europa e Italia, favorecidos por la debilidad de los partidos tradicionales, los fenómenos de corrupción, las incertidumbres de las políticas europeas.

La política tiene su traducción en leyes, decretos, actas de otra naturaleza, y en nombre de la seguridad se rechazan a los migrantes que cruzan el mar, incluso niños y mujeres embarazadas, se construyen muros, se agravan las medidas de detención, acompañados por declaraciones y propuestas de ulteriores agravaciones²⁵. La seguridad puede justificar cualquier medida.

23 Véase GARAY MONTAÑEZ, N., «Constitución ciega al color, racial profiling e inmigración latina», en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 17, 2015.

24 AMIRANTE, C.; PASCALI, M., *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Ed. scientifica, Napoli, 2015, p. 10, destacan que «El debate político, la 'vulgata' multimedial y a veces también la investigación científica ignora o subestima las contradicciones dialécticas fundamentales que impiden apreciar en su realidad, no solo ideológica, la presencia de inmigrantes en el territorio nacional».

25 Cfr. COLOMER VIADEL, A., *Inmigrantes y emigrantes. El desafío del mestizaje*, Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2016, p. 39.

En la retórica de los Estados democráticos, la seguridad se convierte en un «derecho»²⁶, así es más fácil asumirla como parámetro de constitucionalidad para disminuir o anular otros derechos. Tanto con esta expresión —derecho—, como con otras²⁷, la seguridad comparte la vaguedad. Pese a lo que afirman algunas constituciones²⁸, algunas sentencias²⁹ y parte de la doctrina, la seguridad no es un derecho³⁰, no es un principio, no es un valor: es justamente la finalidad para la cual surgen y existen los Estados, llamados a alcanzar el nivel más alto de protección frente a las amenazas desde el

- 26 «La palabra derecho» —como nos lo recuerda SCARPELLI, U., «Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica», en CAPRIOLI, S.; TREGGIARI, F., (ed.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 40— «en la historia de la cultura se revistió de una fuerza emotiva favorable e intensa, hasta constituirse en un instrumento argumentativo de notable eficacia. Es mucho más inquietante y persuasivo [...] pretender algo como derecho, respecto de pedirlo y subordinarlo a la buena voluntad del destinatario». Remito a PEGORARO, L., «Direito constitucional comparado y uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)», en *Rev. bras. est. const. – RBEC*, n.º 12, 2009, p. 93 ss., trad. esp. «Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra 'derechos' (y de los adjetivos que la acompañan)», en *An. iberoamer. der. const.*, n.º 14, 2010, p. 347 ss., y en GONZÁLEZ PLACENCIA, L.; MORALES SÁNCHEZ J., (eds), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, 2 vols, Fontamara, México, 2012, I, p. 39 ss.; Id., «Metodología e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali (con particolare riferimento alle transizioni costituzionali)», en *Studi in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, p. 1123 ss., y PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002, p. 169 ss.
- 27 Por ejemplo, el federalismo —y la descentralización en general— se perciben como algo «positivo», bueno, y es por eso que son pocos los que se privan de usar esta terminología. Esto se constata sobre todo en las cualificaciones constitucionales: el art. 1 de la Constitución de Bélgica afirma expresamente que «est un État fédéral» (aunque la doctrina manifiesta dudas al respecto). Véanse mis artículos «Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas», en *Rev. vasca adm. públ.*, n.º 86, 2010, p. 139 ss.; Id., «Autonomía y descentralización en el derecho comparado: cuestiones metodológicas», en ESTUPIÑÁN ACHURY, L.; GAITÁN BOHÓRQUEZ, G., (eds), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Un. del Rosario, Bogotá, 2010, p. 3 ss. Sobre otras calificaciones constitucionales a través lenguajes connotativos, PEGORARO, L.; BALDIN, S., «Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparatistici)», en *Dir. soc.*, n.º 1, 1997, p. 117 ss. Acerca las categorías de la descentralización véase sobre todo, en la doctrina española, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca nueva, Madrid, 2003; Id., *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultad y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las autonomías*, Biblioteca nueva, Madrid, 2010; Id., *División de competencias y forma territorial del Estado*, Reus, Madrid, 2012.
- 28 Ej. Constitución de Bolivia, primera parte («Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías»), título II («Derechos fundamentales y garantías»).
- 29 Ej. TEDH, *J.N. v. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, C. 601/15 PPU.
- 30 Como J. ISENSEE, *Grundrecht auf Sicherheit*, de Gruyter, Berlin-New York, 1983; al respecto véase el estudio crítico de T. FENUCCI a la edición en italiano (*Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito dei doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*), titulada «Alcune considerazioni sul diritto fondamentale alla sicurezza».

exterior y en el interior. «El fin del Estado es, particularmente, la seguridad», escribe el grande Hobbes³¹. Sin embargo, la imprecisión del concepto deja a la discrecionalidad absoluta de la política la tarea: a) de individualizar las amenazas; b) de proponer y actuar las medidas proclamadas como necesarias para frustrar tales amenazas.

En muchos lugares se ha olvidado, sin embargo, la enseñanza de algunas sentencias: *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206, en la cual Lord Atkin afirma que: «En nuestro país, entre el ruido de las armas, las leyes no están calladas. Pueden ser enmendadas, pero hablarán en el mismo idioma en tiempos de guerra como de paz. Uno de los principios de la libertad por los cuales estamos luchando ahora siempre ha sido el principio según el cual los jueces (...) están entre los ciudadanos y cualquier limitación de su libertad por parte del ejecutivo»³²; *Public Comité Against Torture v. Israel* del 1999. En este caso el Presidente de la *High Court of Justice* israelí A. Barak advierte que «una democracia, en ocasiones, debe saber combatir con un brazo pegado detrás de la espalda». En otra decisión, del 16 de Diciembre del 2004, la Cámara de los Lores declara inválida la encarcelación indefinida acordada hacia algunos extranjeros sospechosos, y escribe: «La verdadera amenaza contra la vida y la seguridad de la nación no proviene del terrorismo sino de leyes como ésta. La cual ofrece la medida concreta de lo que puede obtener el terrorismo. Es competencia del Parlamento establecer si concede esta victoria a los terroristas»³³.

VI. El objeto de la protección

Individualizar un enemigo no basta: en el altar de la seguridad, necesita también solicitar la protección de bienes percibidos como «propios» por los ciudadanos, merecedores de sacrificio de otros bienes como la libertad y tal vez la propia democracia. Este perfil afecta entonces no tanto a la individualización del enemigo, sino a los bienes protegidos: de vez en cuando pueden ser la (seguridad de la) Nación (EE.UU.), la raza (Alemania nazi), el Estado (España), hasta la democracia y ahora, como veremos, los particulares.

31 HOBBS, T., *Leviathan* (1651), edición e introducción de OAKESHOTT, M., Blackwell, Oxford, 1955, Part II, ch. 17 «Of the Causes, Generation, and Definition of a Commonwealth». Sobre la primera ley natural de Hobbes (buscar la paz), el recurso a la guerra, la muerte del enemigo («the object is to every man his own good»; «every man has a right to every thing; even to one another's body»: *Leviathan*, ed. cit., p. 99 y p. 85), véanse las espléndidas páginas de U. SCARPELLI, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 41 ss.

32 Véase LEYLAND, P., *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 29 s. La defensa de la libertad de Lord Atkin se encuentra en una opinión disidente, mientras que la Cámara de los Lores apoyó la decisión del Ministro de tomar preso a un extranjero sin razón.

33 En *A (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHK 56.

Si en principio, como en Hobbes, para evitar el «*bellum omnium contra omnes*» y alejar el miedo de ser matados, los individuos confieren al Estado sus armas para nombrarlo custodio de la recíproca seguridad y someterse a él³⁴, desde la segunda posguerra la propaganda para justificar medidas limitadoras de los derechos ha evocado la palabra «democracia», despertando el gran problema de los límites.

La carga connotativa, simbólica, evocativa, el valor mágico de la palabra «democracia», parece que se usa (incorrectamente) para las operaciones conceptuales que dejan en el olvido palabras y conceptos que en un tiempo fueron fuertes, pero que hoy son escasamente adquiridos en el *free trade market of ideas*, como la «estatalidad»³⁵. La seguridad se convierte, pues, en el parámetro o en el valor ponderable, no para la defensa del Estado, sino para la defensa de la democracia; y los no ciudadanos, los inmigrantes, los extranjeros, los que en definitiva no pertenecen al Estado, no son sacrificados —cuando lo son—, en nombre de la estatalidad, sino en nombre de la defensa del mismo valor: la democracia y la exigencia de su defensa³⁶. Empero, como lo recuerda E. Denninger, «el estado de prevención es el estado de la aspiración de la máxima seguridad. Parece paradójico pero es así: las estrategias de prevención, elaboradas para producir seguridad, acaban por destruir la seguridad jurídica»³⁷. Y, como se ha afirmado, no se puede proteger la democracia usando instrumentos que no son coherentes con los principios de la democracia³⁸.

Así fue hasta cuando —durante la Guerra fría— un Estado como la URSS se consideraba un peligro manifiesto y presente. Así también, hasta cuando los ataques internos a la democracia (y anteriormente al Estado), eran objeti-

34 HOBBS, T., *Leviathan*, cit., Part II, ch. XVII, y sobre el mismo véase SCHMITT, C. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (1938), reimpr. Klett-Cotta, Stuttgart, 1995.

35 Esa palabra tiene también, como otras evocadas supra, una fuerte connotación emotiva: ver PEGORARO, L., «Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo», en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss., en *Rev. latino-am. de est. const.*, n.º 16, 2014, p. 121 ss., y en GONZÁLEZ MONGUÍ, P.E., (ed.), *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica*, Un. Libre, Bogotá, 2016, p. 83 ss. Sobre la vaguedad de la expresión, por último, DUHAMEL, O., TUSSEAU, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4a ed., Seuil, Paris, 2016, p. 13 ss.

36 Véase la atenta reconstrucción relativa al ordenamiento italiano de BONETTI, P., «Terrorismo e stranieri nel diritto italiano, disciplina legislativa e profili costituzionali», en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.º 3, 2005, p. 13 ss., y n.º 4, 2006, p. 13 ss.

37 DENNINGER, E., *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Beltz Athenäum, Weinheim, 1994, trad. it. *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 89 ss.

38 Véase DI GIOVINE, A., «La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza», en Id. (ed.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 5.

vamente dirigidos a las instituciones, como en el caso del terrorismo de IRA, ETA, Brigadas Rojas, etc. Así finalmente después el ataque a las *Twin Towers*.

Hoy en día el mensaje es que los extranjeros son peligrosos en sí mismos porque amenazan la seguridad de cada ciudadano, su vivir tranquilo, su trabajo. No todos están dispuestos a limitaciones de libertad en nombre de entidades ideales, como las representadas por las instituciones y la propia democracia. Es más útil hacer palanca con el miedo individual. La opinión pública, por su parte, asustada por la escasa definición del «enemigo», en su mayoría apoya las políticas de limitación, y la idea de que la seguridad es un valor absoluto.

Por supuesto, las estadísticas demuestran otros datos. En los Estados Unidos, los muertos por armas de fuego fueron 38.000 en 2016, y 44.750 en el 2021; en los diez años anteriores nunca bajaron 30.000 cada año. Después las *Twin Towers*, más de 600.000 personas fallecieron por armas de fuego, frente a pocas decenas por terrorismo o por obra de extranjeros³⁹.

VII. Dos despistajes: pandemia y guerra de Ucrania

Pasado el peligro «comunista», en las democracias occidentales el enemigo que socava la seguridad se ha individualizado en los terroristas y, luego en general, en los inmigrantes.

La pregunta puesta fue si los acontecimientos excepcionales individualizados en el § 1 han cambiado la tendencia de *longue durée*⁴⁰, de concentrar en los extranjeros el enemigo, y hemos dicho que los extranjeros fueron olvidados en la agenda política, los medios de comunicación y la doctrina académica.

39 En Italia, los delitos «graves» bajan cada año, pese a las fuertes olas migratorias, aunque es verdad que la relación entre ciudadanos e inmigrantes por algunos delitos como robo, hurto en tiendas, allanamiento de morada, explotación de la prostitución, etc., es de 1 a 4. No hay duda de que la marginalización social conduce a cometer delitos. En cambio, más de 1/3 de los homicidios se cometen en ámbito familiar ... Aunque hay miles de inmigrantes explotados por empresarios nacionales (especialmente en agricultura), pagados ilegalmente 3-5 euros por hora, que viven en situaciones de pobreza extrema, infrahumanas, el «peligro» no es quien los explota, sino los mismos inmigrantes.

40 Sobre el concepto de «larga duración» («longue durée») para organizar metodológicamente los estudios en las ciencias sociales —acuñado por Fernand Braudel— v. BRAUDEL, F., «Histoire et sciences sociales. La 'longue durée'», en *Annales E.S.C.*, XIII, n.º 4, 1958, y el comentario de TOMICH, D., «The Order of Historical Time: The *Longue Durée* and Micro-History», en AA.VV., *The Longue Durée and World-Systems Analysis. Colloquium to Commemorate the 50th Anniversary of Fernand Braudel «Histoire et sciences sociales: La longue durée»*, *Annales E.S.C.*, XIII, n.º 4, 1958, October 24-25, 2008, Binghamton Un., New York, 2008, en <http://www2.binghamton.edu/fbc/archive/tomich102508.pdf>.

A nivel político — como demuestra el debate parlamentario en Italia y otros países sobre Covid-19 — temas como igualdad, deberes, solidaridad y derechos de las personas y comunidades más débiles han sido dejados al margen o ignorados, prefiriendo centrarse en la tutela constitucional de los derechos, la conformidad de la ley a la Constitución cuando limita los derechos y la distribución de las competencias entre los poderes del Estado, en particular Parlamento y Gobierno. Las excepciones son limitadas a pocas intervenciones acerca del impacto del Covid-19 sobre el llamado tercer mundo: algunos diputados de hecho han destacado que la pandemia ha provocado desequilibrios entre varias regiones del mundo y que un deber de solidaridad y de comunitarismo debe comprometer el País hacia los Países más desaventajados⁴¹.

A nivel académico, también durante la crisis sanitaria, los escritos que miran hacia «fuera» lo hacen casi siempre — no diversamente de aquellos dedicados al derecho interno — deteniéndose en la violación de los derechos en tiempos de pandemia; el desequilibrio de los poderes; la desestructuración del sistema de fuentes basado en la reserva de ley y el *rule of law*; la división de competencias entre Estado (o Unión Europea) y autonomías territoriales. Las limitaciones al derecho de circulación son analizadas para denunciar su incompatibilidad con el sistema democrático, desde la óptica individualista del derecho. La libertad de expresión es objeto de estudio para estigmatizar el aumento de los controles; y así podría seguir⁴².

La adquisición de los fármacos se convierte en el problema de su distribución entre las entidades territoriales, los Estados, las Regiones y la Unión Europea, de la fuente competente en el establecimiento de las reglas, de los procedimientos utilizados, del poder de decisión en situación de crisis, de los derechos propietarios implicados, de la equidad y razonabilidad de las directivas vigentes. Casi nadie tiene interés en las consecuencias sobre el mundo del problema, como la elección, por parte de los Estados, de las empresas farmacéuticas productoras de las vacunas, la gratuidad de las patentes, la accesibilidad, la distribución equitativa a nivel mundial, la adquisición de las existencias (siguiendo las reglas, pero despojando de ellas una parte de la humanidad).

41 MARANGELLI, A., «Diritti (tanti), doveri (pochi) nel dibattito parlamentare italiano sull'emergenza sanitaria», en *Dirittifondamentali.it*, n.º 3, 2021.

42 Remito a mis artículos, todavía inéditos: «Il diritto all'aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica (e non solo) in tempi di pandemia», *paper* destinado a AA.VV., *Studi in onore del professor G.F. Ferrari*; y «Manipular sin decir nada: los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia», en un libro al cuidado de J.J. Fernández Rodríguez, con los actas del Congreso internacional sobre manipulación informativa, organizado por el Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la USC y el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), y celebrado en la Facultad de Derecho compostelana el 27 de abril de 2022, ambos en proceso de publicación.

Digámoslo: a los juristas occidentales o «empapados» de cultura occidental no les interesa nada (o casi nada, o a pocos) la desigualdad, acentuada por la pandemia, entre Norte y Sur del mundo, y todo lo que esta implica. A las consecuencias sobre las migraciones desde la perspectiva de los derechos de los pueblos y de los desequilibrios entre ellos no dedican ninguna página (mientras al revés afloran aquí y allá algunas preocupaciones para la seguridad sanitaria, obviamente debido a los riesgos que corre el Occidente). Son esporádicas las reflexiones sobre las medidas adoptadas contra la pandemia como herramientas para fortalecer el orden neoliberal, salva la preocupación de una ulterior desvinculación de la economía del control y la dirección política y, precisamente, de limitación de los derechos individuales y propietarios⁴³.

Quien habla de desigualdad, lo hace para destacar que en nuestras sociedades hay consecuencias más graves para las mujeres, y (raramente) para otras categorías débiles *dentro de cada Estado* (o dentro de Europa), como por ej. los presos. Se preocupa que no sean limitados los derechos, y que la limitación, donde la hay, sea conforme a las reglas sobre la producción de fuentes y a la distribución de las competencias.

Todo eso parece demostrar que la identificación de un enemigo inmaterial —la pandemia— no ha cambiado para nada el acercamiento tradicional: defender los confines. La política lo hizo en prevalencia olvidando el mundo, pero a veces los líderes populistas y racistas —en España como Italia— incluso imputando a los extranjeros de difundir el virus, y a los chinos de ser los responsables; los profesores, interesándose en prevalencia, como siempre, de su «barrio» (su Estado, o el Occidente), así alimentando la cultura cerrada del nuevo constitucionalismo.

El caso de la guerra de Ucrania es distinto: el enemigo tiene una cara y confines bien delimitados —Putin y Rusia—, y en su conjunto política, medios y academia eligen en la dicotomía bueno/malo quien es el amigo de los valores occidentales (Ucrania) y quien es el enemigo (Rusia). Incluso en el mundo académico europeo, hay casos de marginalización de profesores que han intentado abandonar clasificaciones rígidas (pese a la evidente responsabilidad de Rusia en la agresión militar) y razonar sobre las razones históricas, geopolíticas, económicas, militares de invasión. Son escasas las profundizaciones sobre las «tradiciones de la autocracia y el poder indiviso» que siempre han marcado el país⁴⁴, y la importancia de la «*Rodina*» (Patria) en la cultura de Europa Oriental, ya evocada por los Zares de Rusia y el mismo

43 V. sin embargo SOMMA, A., *Quando l'Europa tradi se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma, Laterza, 2021, espec. p. 140 ss.

44 GANINO, M., «Appunti e spunti per una ricerca di diritto costituzionale su Paesi 'altri'», en D'AMICO, M.; RANDAZZO B., (eds), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, espec. § 4.

Stalin incitando a la «Gran guerra patriótica» contra los Nazi, aunque esta tradición la comparten todos los países del Este de Europa, incluso Ucrania.

La marginalización de los otros extranjeros por parte de Occidente sigue sin algún cambio, aunque no sean el centro de la atención, en Norte de América y Europa. Otra vez se percibe que el enemigo es el que no comparte los valores occidentales. Se aceptan los que escapan de Ucrania y en general del Este, se rechazan (incluso la policía de Ucrania) todos los demás. El silencio, debido a la atención concentrada en la guerra, no produce cambios profundos en la construcción del enemigo.

VIII. Seguridad vs. valores democráticos

Frente al descrédito de la política en gran parte de los países del mundo, al declive de las asociaciones intermedias entre el Estado y la sociedad, la crisis de los partidos políticos, la icasticidad de la información política, la palingenesia de la dicotomía amigo-enemigo sirve para justificar el declive del formalismo de las fuentes, la limitación de los derechos, el control social, la concentración del poder en los ejecutivos, y sobre todo en entidades sin legitimidad democrática, el ataque que incluso la constitución sufre hoy, por parte de fuentes supranacionales o transnacionales (y las corrientes neo-constitucionalistas).

Actualmente, la constitución padece una agresión formidable por parte de fuentes supranacionales o transnacionales; se percibe de manera nítida la destrucción de la jerarquía de fuentes, y la introducción de *soft law*⁴⁵, a favor de los «núcleos duros» de las constituciones individualizados con técnicas casuísticas por profesores y tribunales constitucionales con total arbitrariedad, aprovechando el léxico a menudo vago o ambiguo de los textos: tanto en su actividad de delimitación de competencias de poderes y entidades, como en la reconstrucción de las ponderaciones de principios, valores, derechos hechas por el poder constituyente y el legislativo⁴⁶.

45 Varios perfiles del *soft law* son analizados por SOMMA A., (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, y MOSTACCI, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008. Se ha observado (BAGNI, S., «Comparative Law and ... Love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista», en *An. dir. comp. st. leg. 2017*, p. 50 s.) que «los conceptos de *transnational law*, *global law*, *soft law* representan «el Mal» al cual el comparatista debe oponerse, precisamente porque ya sea en el proceso de elaboración, y en el momento de la aplicación a casos concretos, ignoran lo que por el contrario deben presuponer, es decir las vidas de las personas y comunidades a quienes están destinadas estas normas, y no dependen de los contextos históricos, económicos, culturales y sociales en que viven, obedeciendo por lo contrario a los intereses superiores del paradigma de desarrollo, humanizado (...) por el adjetivo «sostenible».

46 PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, p. 379 ss.

Esto ha producido la aceptación difusa de la idea de la existencia de una «hiper-constitución» metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales) de impronta occidental y sobre la división de poderes como única estructura admisible del *frame of government*, que desquicia la jerarquía de las fuentes; pero sobre todo el desplazamiento del poder de establecer las normas: mientras las constituciones las escriben sus constituyentes, las reformas constitucionales, los órganos habilitados por la constitución; y las leyes, los legisladores; la hiper-constitución la escriben, avalados por la doctrina que llaman como apoyo, los jueces constitucionales y transnacionales. La conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales), genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona toda la producción jurídica y que traduce el activismo judicial de «dictadura comisaria», autorizada democráticamente, a «dictadura soberana», autorizada solo por sí misma y por otro «poder» no democrático, la doctrina. Ello no solo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también —con reclamos hegemónicos, y a veces, mera aceptación— donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos.

En particular, se percibe en el otorgamiento a los tratados internacionales (aprobados casi siempre por los gobiernos o con la mayoría simple del parlamento) de un rango superior a las propias constituciones o reformas constitucionales aprobadas por el poder constituyente o por amplias mayorías y/o el pueblo⁴⁷. La «*higher law*» por lo tanto no es la ley aprobada por «*we*

47 Sobre el derecho convencional, PEGORARO, L.; RINELLA A., (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III: PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Constituciones y fuentes del Derecho*, Astrea-Giappichelli, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019, cap. II, § 3, y espec. DEGAN, D., *Sources of International Law*, Nijhoff, The Hague, 1997; SCOTT, V., *International Law and Politics: Key Documents*, Lynne Rienner, London, 2006; ALBANESE S.S., (ed.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008; BROUDE, T. Y. SHANY (eds), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Hart, Oxford-Portland, 2011. En particular para América Latina: BAZÁN, V., «Aproximación a la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en el derecho comparado iberoamericano», en *Rev. latino-am. est. const.*, n.º 4, 2004, p. 367 ss.; Id., «Control de convencionalidad y diálogo judicial», en BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G.A.; PAVANI, G., (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 115 ss.; OLANO GARCÍA, H.E., «El control de convencionalidad en el sistema interamericano», *ivi*, III, p. 1179 ss.; AGUILAR CAVALLO, G., «Diálogo judicial y protección multinivel de los derechos humanos», *ivi*, III, p. 67 ss.; LANDA ARROYO, C., «¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano», *ivi*, III, p. 853 ss.; REY CANTOR, E., *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008; AYALA CORAO, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; NOGUEIRA ALCALÁ H., (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012; Id., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013; Id., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control*

the people», sino la ley decidida por gobiernos y parlamentos, pese a lo que decía Hamilton en el ensayo número 78 del *Federalist*⁴⁸. Dicho de otra manera, incluso donde la superioridad de los tratados está establecida en la constitución, ésta se convierte en flexible, confiando en las mayorías simples (o en los gobiernos), a través de los tratados, para individualizar las reglas supremas⁴⁹.

La crisis democrática se percibe también en la individualización de límites al propio poder de reforma constitucional: con escasas excepciones, los tribunales constitucionales, apoyados por parte de la doctrina académica, prohíben, a pesar de las super-mayorías previstas en cada constitución para aprobar la reforma (e incluso al pueblo «soberano»), reformar lo que no les gusta a ellos⁵⁰.

de convencionalidad, Ubijus, México, 2014; FERRER MAC-GREGOR, E., (ed.), *El control difuso de convencionalidad*, Fundap, Querétaro, 2012; FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Pons-UNAM, Madrid et al., 2013; FERRER MAC-GREGOR, E.; HERRERA GARCÍA, A., (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013; MARINONI, L.G.; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V., *Controle de Convencionalidad. Un panorama latino-americano*, Gazeta Juridica-Abdpc, Brasilia, 2013; CARDUCCI, M.; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V., *Teoria tridimensional das integrações supranacionais*, Gen-Forense, Rio de Janeiro, 2014. Finalmente los 15 ensayos incluidos en FERRER MAC-GREGOR, E., (ed.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4 vols, Porrúa, México, 2006, II, cap. III («Derecho procesal constitucional transnacional»), p. 1471 ss., además de muchas ponencias al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional «Jorge Carpizo», Tucumán, 17, 18 y 19 de septiembre de 2013 (espec. aquellas presentadas en las comisiones 2B, 2D, 4B), *paper*, y los ensayos comprendidos en la sesión «Protección internacional de los derechos fundamentales», en PÉREZ ROYO, J.; URÍAS MARTÍNEZ, J.P.; CARRASCO DURÁN, M., (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 1707 ss.

- 48 «Si hubiera una antinomia irremediable entre la ley constitucional y la ley ordinaria, se deberá, naturalmente, dar preferencia a aquella que estamos ligados por obligaciones mayores o, en otros términos, se deberá preferir la constitución, a la voluntad de los representantes del pueblo la voluntad del pueblo mismo». Si los jueces de las leyes están habilitados a criticar en la forma y/o en el mismo contenido la revisión constitucional, como ocurre en muchos ordenamientos o por expresa disposición de la constitución o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en *todas* sus manifestaciones.
- 49 Aún más: se inaplica cuando el nivel de protección no es coherente con lo que establecieron los tribunales internacionales/supranacionales confiando en las mayorías simples (o en los gobiernos), a través de los tratados, para individualizar las reglas supremas. No casualmente, la Constitución de EE.UU. prevé en su artículo II, sección II, § 2, que los tratados necesitan la aprobación de los 2/3 de los senadores.
- 50 Sobre este aspecto RAGONE, S., *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012; Id, «El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada», en *Teoría y real. const.*, n.º 31, 2013, p. 391 ss.; sobre la importancia del control (cada vez más frecuente) sobre la reforma consti-

En el campo de los derechos, además de la erosión de los derechos sociales, la *privacy* —*the right to be let alone*— desapareció en Occidente a favor del control cotidiano del Estado, de entidades públicas y privadas, realizando, no ya en el mundo del socialismo real, como imaginaba Orwell, sino en las liberal-democracias, la pesadilla del Gran Hermano. Sobre todo, se limitan los derechos individuales, como el *habeas corpus*, el *due process*, etc., y asociativos, como de asociación política, que las nuevas constituciones permiten solo si son respetuosos con varios principios, como no «dañar o eliminar el ordenamiento fundamental democrático y liberal», o que no se encuentren «en conflicto con las leyes penales, o se dirijan contra el ordenamiento constitucional o contra el principio de tolerancia entre los pueblos»⁵¹. En América Latina, la Constitución brasileña pone como límites a los partidos la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluralismo, los derechos fundamentales de la persona humana⁵². En Costa Rica, los partidos deben respetar en sus programas «el orden constitucional» y asegurar la organización interna y el «funcionamiento democrático»⁵³.

Por otro lado, «Hoy en día no pocos juristas y filósofos políticos sostienen que (...) los derechos fundamentales están en conflicto con los principios democráticos, los cuales exigen que las decisiones políticas sean tomadas por órganos representativos (electivos) por mayoría. Según esta forma de pensar, los derechos constitucionales inciden de manera destructiva en el núcleo mismo de la democracia, la soberanía popular, y contradicen, por su proclamada inmodificabilidad, la exigencia de mantener fluidas las relaciones entre orden social y orden jurídico»⁵⁴.

tucional *cf.* GÖZLER, K., *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin, Bursa (Turquía), 2008; BAGNI, S., «Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione», en BUTTURINI, D.; NICOLINI, M., (eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 vols, I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bup, Bologna, 2017, y en ÁLVAREZ CONDE, E. (ed.); ÁLVAREZ TORRES, M., (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Comares, Granada, 2017. Ulterior bibliografía en PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, p. 407, nota 200, y en Id, cap. III, secc. II, § 4.3, nota 248.

51 Art. 92 GG alemán. En este sentido, no existe mucha diferencia en esta disciplina, entre la Constitución alemana y Europa del Este: *Cfr.* los artículos 40 Const. Rumanía, 11 y 44 Const. Bulgaria, 26 Const. Georgia.

52 Art. 17 Const. Brasil.

53 Art. 98 Const. Costa Rica. Un conjunto de estos límites véase en PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, p. 439 ss., y en PEGORARO, L., «Entre sociedad y Estado: los partidos políticos. Un acercamiento desde la perspectiva del Derecho constitucional comparado», en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 23, 2018», § 7.

54 *Cfr.* GUASTINI, R., «La grammatica dei diritti», parte I, cap. XIV de Id., *Discutendo*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, p. 169, en contradictorio con S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

Acerca de los principios, ya hemos dicho que cuando un concepto concebido (también) por las doctrinas políticas occidentales se vuelve incómodo —como «fraternidad»— simplemente se ignora, se considera que no existe. Escribe Silvia Bagni, evocando Norberto Bobbio y Gustav Radbruch⁵⁵: «es oportuno recordar cómo el léxico sentimental ha sido básico en la elaboración del constitucionalismo: sería posible incluso empezar citando a la *eudaimonia* aristotélica como finalidad de la actividad política, y luego, centrándose en los orígenes históricos del constitucionalismo, recordar la búsqueda de la felicidad como *unalienable right* en la Declaración de Independencia estadounidense y la fraternidad en la revolución francesa, hasta llegar al nuevo constitucionalismo latinoamericano, que incluye el *sumak kawsay*, cosmovisión kichwa traducida en castellano por «buen vivir», como valor, principio y estatuto de derechos en las Constituciones ecuatoriana y, en versiones similares, en otros ordenamientos del constitucionalismo contra-hegemónico, como por ejemplo el *ubuntu* en la jurisprudencia constitucional del Sudáfrica o el *Gross National Happiness* de la Constitución de Bhután»⁵⁶.

Lo mismo pasa con la idea «*no taxation without representation*», verdadero pilar de nuestro constitucionalismo, sacrificado en el altar de la ciudadanía, de la soberanía, de la seguridad⁵⁷. Con evidencia, los emigrantes extranjeros no son seres «humanos», y no se contesta la clara contradicción que existe entre «derechos humanos» y «ciudadanía»⁵⁸. Se pretende sin embargo, atri-

55 Respectivamente, BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Rcs, Milano, 2010, p. 38: «¿puede volverse costumbre sin el reconocimiento de la fraternidad que une a todos los hombres en un destino común?»; y G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Koehler, Stuttgart, 1958.

56 BAGNI, S., «La fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado», en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 20, 2017. Para un análisis del impacto de las investigaciones sobre la felicidad en las elecciones de política del derecho cfr. HUANG, P.H., «Happiness Studies and Legal Policy», en *Annual Rev. of Law and Soc. Sc.*, n.º 6, 2010, p. 405 ss. Véase también BAGNI, S., «All you need [to compare] is love», en Id. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, p. 10 ss.; Id., «Comparative Law and ... Love», cit., p. 47 ss.; CARDUCCI, M., *Por um Direito Constitucional Altruista*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2003.

57 NÚÑEZ TORRES, M.G.; CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS, A., «El principio de *no taxation without representation*, la migración y su impacto en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos», en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n.º 20, 2017. Sobre este asunto, el 7 de noviembre 2016 se celebró un Congreso organizado por la Universidad de Milán, Departamento de Derecho público italiano y sovrannacional, con la colaboración del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia, «No hay tributación sin representación —No taxation without representation— Ser migrante en el contexto italiano, europeo, latinoamericano».

58 Véase la investigación histórica de COLOMER VIADEL, A., *Inmigrantes y emigrantes*, cit., y en clave metodológica BAGNI, S., «Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria», en BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G.A.; PAVANI, G., (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 111 ss.

buir sentidos universales (y de manera que se pretende vinculante) a palabras vagas como «dignidad», «democracia», «debido proceso», «derechos humanos», etc., interpretando «universalísticamente» los conceptos de libertad individual y colectiva, respeto de las tradiciones, rol de la minoría, pluralismo y decisionismo, relaciones entre derecho y ética, concentración y reparto del poder, control, descentralización, percepciones del ambiente y de la naturaleza, funcionalización del beneficio, dependencia de decisiones externas, posesión, etc.⁵⁹.

Entre los principios desaparece la división de poderes, no sólo debido al fortalecimiento de los ejecutivos a expensas del legislativo, sino también del judicial: se asiste, de un lado, a la judicialización de la política; de otro, a la politización de la justicia⁶⁰.

Finalmente, por lo que afecta al principio de soberanía, la erosión del *Welfare State* y la reintroducción de formas puras de libre mercado son obra de órganos externos (FMI, Banco Europeo, órganos de la UE, etc.) y se llevan a cabo sin seguir ningún tipo de procedimiento formal de revisión, esquivando las disposiciones constitucionales y atacando el núcleo duro de las constituciones nacionales, hasta llegar a la base misma de la soberanía⁶¹.

59 Como testimonio acerca de que la fractura entre visiones distintas no es reconocida, DWORKIN, R., «Taking Rights Seriously in Beijing», en *The N.Y. rev. of books*, New York, 26th september 2002, p. 64 ss., afirma, enfatizando las coordenadas del individualismo protestante/anglosajón (de posesión y de éxito), que, aunque existen diferencias entre los valores asiáticos y los valores occidentales, «a pesar de las grandes diferencias históricas y culturales, todos nosotros compartimos la misma situación humana fundamental. Nosotros tenemos una vida que llevar y una muerte que afrontar. Compartimos el mismo deseo de tener una justa parte de los recursos disponibles y una justa ocasión de realizar nuestra vida, antes que la de los otros». Cabe subrayar que estas teorías se pretende aplicar (y de hecho se aplican) no solo donde hay coherencia entre textos constitucionales y cultura jurídica liberal-democrática (que pone por encima de la jerarquía al ser humano, a la persona), sino también donde otros elementos históricamente estratificados condicionan pre-jurídicamente y vertebran el modo de concebir lo que en la cultura occidental se define «derecho».

60 V. al respecto SHAPIRO, M.; STONE SWEET, A., *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford U.P., Oxford, 2002; HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard U.P., Cambridge-London, 2004; GRANDJEAN, G.; WILDEMEERSCH, J., (eds), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruylant, Bruxelles, 2016, e *ivi*, p. 169 ss., espec. TUSSEAU, G., «Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles»; Id., «Remarques sur l'arsenal' des juges constitutionnels. A propos de l'arme ultime de la substitution aux autorités politiques», en BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G.A.; PAVANI, G., (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 1615 ss.

61 Véase [a partir del análisis en el clásico DE JOUVENEL, B., *De la souveraineté*, Génin, Paris, 1955, y las críticas profundas de DUGUIT, L., (quien define la soberanía una «entidad metafísica»), en *Leçons de droit public général faites à la Faculté de Droit de l'Université égyptienne (pendant les mois de janvier, février et mars 1926)*, Boccard, Paris, 1926], FONDEVILA MARÓN, M., *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración*

El reclamo a la seguridad desempeña un papel estratégico en esta fase de cambio hacia la alineación de formantes y de ajuste del nuevo orden mundial⁶². Aunque evocada muchas veces por líderes, partidos populistas y racistas y gobiernos «soberanistas», es funcional y coherente con los objetivos y las herramientas de la globalización: ataque a la cultura, simplificación de la comunicación política, destrucción de las sociedades y asociaciones intermedias (partidos, sindicatos ...), marginalización de los parlamentos, ductilización del derecho, otorgamiento de los poderes de decisión a los jueces, especialmente constitucionales, y árbitros privados (ADR), falta de control sobre los gobernantes «reales», para actuar el mito del mercado como valor en sí.

A nivel doctrinal, el *a priori* iusnaturalista, la elección del campo ideológico, la opción investigativa no favorecida por categorías científicamente elaboradas conduce al «choque de civilizaciones», del cual razona Huntington⁶³, no a través del análisis científico, pero sí a través de la renuncia consciente o inconsciente de realizar estudios con un método. Las corrientes neoconstitucionalistas, alimentadas por estudiosos de diferentes países⁶⁴, pueden ser utilizadas para legitimar el «no derecho» de la globalización, proporcionando

europa, Reus, Madrid, 2014; LOUVIN, R., *Legami federativi e declino della Sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Giappichelli, Torino, 2001.

- 62 Entre los escritos más recientes, FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «Retos del derecho constitucional ante la crisis de una sociedad globalizada», en BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G.A.; PAVANI, G., (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 947 ss.; SOMMA, A., «Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito», *ivi*, I, p. 411 ss.; AMIRANTE, D., «L'economia viaggia veloce, il diritto lento: note minime autobiografiche su comparatisti e globalizzazione», *ivi*, I, p. 121 ss. Una «Visión panorámica del constitucionalismo en el Siglo XX» se encuentra en el exhaustivo ensayo así titulado de VALADÉS, D., *ivi*, I, p. 1401 ss. Véase también GRASSO, G., *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, y CAPUZZO, G., *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Jovene, Napoli, 2018.
- 63 HUNTINGTON, S.P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996, trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000.
- 64 ...y muy evocada en América Latina, para contrarrestar el modelo de *political law* que caracteriza todavía el continente. Cfr. SIEDER, R.; SCHJOLDEN, L.; ANGELL, A., (eds), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005. Sobre neoconstitucionalismo v. CARBONELL SÁNCHEZ, M., (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4.ª ed., Unam-Trotta, Madrid, 2009; DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge, 1977, trad. esp. *Los derechos en serio*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, sobre el que BELTRAN, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas-Fac. de Der. Un. Complutense, Madrid, 1988; en clave crítica, GUASTINI, R., «A proposito di neo-costituzionalismo», en *Teoria pol.*, nueva serie, n.º 1, 2011, p. 147 ss., y —con un enfoque diferente— REPOSO, A., «Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo», en BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G.A.; PAVANI, G., (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 1251 ss.; también S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

el fundamento teórico para justificar el vacío de poderes de los parlamentos, de la democracia directa y del propio poder de reforma constitucional; en definitiva, del mismo principio de soberanía popular.

La búsqueda de falsos enemigos es coherente con las formulaciones hobbesianas de la búsqueda de la paz «para sentirse seguro»⁶⁵, y de perseguirla (solo) con quienes son útiles; sin embargo traiciona las reglas de la razón que están en la base de la obra de este gran filósofo: «la justicia, respetar los pactos, nunca la injusticia, traicionar los pactos»⁶⁶

65 SCARPELLI, U., *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, cit., p. 43.

66 SCARPELLI, U., *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, cit., p. 48.

MOLIÈRE Y EL ESTADO ABSOLUTO

Diego Valadés

Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores

Miembro de la Academia Mexicana de la Lengua

UNAM

(México)

valades@unam.mx

Javier Ruipérez es uno de los constitucionalistas más versátiles de nuestro tiempo. Me enorgullezco de las largas décadas de amistad entrañable que me une a él, a partir de que nos presentó nuestro inolvidable Pedro de Vega. La obra de ambos, maestro y discípulo, ha tenido gran resonancia en Iberoamérica y, en especial, en México. Los aspectos que mejor se conocen de la amplia producción del profesor Ruipérez son los relacionados con teoría del Estado y de la Constitución, democracia, federalismo y derecho autonómico, campos en los que ha hecho contribuciones muy valiosas y reconocidas.

En el caso de este ensayo, con el que ofrezco mi homenaje al gran constitucionalista, procuré una asociación con un trabajo suyo menos conocido. Hace años leí un ensayo que me atrajo mucho pues con motivo de una disertación en honor de Raimundo de Peñafort señalaba que en las universidades medievales de Salamanca, Bolonia, Oxford y París «se pretendía conocer el saber antiguo» para «encontrar nuevas soluciones [...] para el avance de la humanidad. Esta era la actividad principalísima de los universitarios». Y añadía que él mismo procuraba ceñirse a esa vieja técnica «en toda su tarea» como académico¹. En ese texto analiza las teorías que fundamentan al Estado constitucional, haciendo frecuentes referencias a las enseñanzas de Pedro de Vega, y concluye aludiendo a Rousseau como el gran teórico de la democracia moderna². Por mi parte, en este estudio procuro vincular la per-

1 RUIPÉREZ, J., «Constitución y democracia. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social», en *Teoría y Realidad*, Madrid, UNED, n.º 12-13, segundo semestre de 2003 – primer semestre de 2004, pp. 124.

2 *Idem*, p. 148.

sonalidad de Molière, de cuyo nacimiento se cumplen cuatrocientos años, con la exigencia de las libertades incluso en condiciones tan adversas como las vividas durante el absolutismo. Por supuesto, también acudo a Rousseau y a otros actores de la lucha por las libertades.

La cultura y el derecho forman un capítulo central en la hazaña de la libertad. Por esta razón considero que si bien Molière es parte de la historia literaria del mundo, su obra también puede ser examinada a la luz de su impacto en la idea de libertad, eje en la construcción del constitucionalismo como nuestro homenajeado ha postulado con acierto a lo largo de su prolífica obra jurídica.

I. Cuatrocientos años de Molière

Conforme al acta bautismal Jean Baptiste Poquelin nació el 15 de enero de 1622 y, según un contrato de trabajo, Molière surgió el 22 de junio de 1644³. Al igual que otros de su talla, fue este el nombre con el que ingresó a la historia. Marco Tulio se inmortalizó con su apodo, Cicerón; Durante Alighieri con su hipocorístico, Dante; Poquelin y Aruet lo hicieron con sus seudónimos, Molière y Voltaire. Al primero la posteridad agregó el acento grave, que él nunca utilizó. El uso del seudónimo era habitual entre los actores de su época y si bien se han intentado atribuciones en cuanto al que adoptó, ninguna pista es conclusiva. Tomemos el nombre Molière, pues, como una expresión más de creatividad. Él fue un feraz inventor de situaciones, de palabras y de nombres; no tenía por qué exceptuarse a sí mismo⁴.

Molière vivió con una intensidad excepcional. Autor, actor, director, escenógrafo, vestuarista, empresario, también intervino en las coreografías y en la música para los entreactos; los compositores fueron nada menos que Jean-Baptiste Lully, primero, y Marc Antoine Charpentier, en la fase final. El prolífico e infatigable dramaturgo escribió 34 obras, incluyendo dos atribuidas, en las que figuraron casi tres centenares de personajes, algunos en más de una pieza. Sganarelle, por ejemplo, debutó como el protagonista cornudo imaginario en 1660 y figuró con otros papeles en años sucesivos, hasta su escena final en 1666. Varios de sus personajes cobraron vida propia y se convirtieron en emblema de conductas o estilos: Alceste, Argán, Harpagón, Tartufo, son parte de una nómina gloriosa.

3 Bordonove, Georges, Molière, Paris, Pygmalion, 1967, p. 70. Un estudio erudito acerca del nombre es el realizado por Boissier, Denis, «L'origine et la signification du nom Molière». Ver en línea: https://corneilleavecmodiere.net/Corneille_avec_Molier/Origine_du_nom_%22Molier%22.html (enero 1.º, 2022).

4 Ténganse presentes las obra de LIVET, M. Ch., *Lexique de la Langue de Molière comparée à celle des écrivains de son temps*, en tres volúmenes, Paris, Imprimerie Nationale, 1895, reimpresa por Wentworth Press, Sidney, 2016, y de GÉNIN, F., *Lexique comparé de la Langue de Molière*, Paris, Firmin Didot, 1846.

II. Algunas biografías

La extensa bibliografía sobre Molière hace honor a su grandeza. En cierta forma es inabarcable para quien no sea un molierista profesional. Por eso es conveniente, incluso inevitable, ajustar la perspectiva a las predilecciones personales. En mi caso, de entre la vasta producción sobre la vida del poeta y dramaturgo, disfruto de manera especial con las obras de Grimarest, Voltaire y Bulgákov. Una biografía amena es la de León Thoorens, traducida de manera magistral por Margarita Nelken. En este caso el escritor reconstruye la vida del personaje de una manera ágil, novelada, apoyado en una buena información que sin embargo no cita.

Grimarest

Al morir Molière, su primer biógrafo, Jean le Gallois de Grimarest, tenía 14 años. Poco más de tres décadas después del fallecimiento del artista, en 1705, publicó *La vie de Mr de Molière*. El biógrafo hurgó en opúsculos y archivos, y recogió testimonios entre coetáneos del dramaturgo. Recuperó así numerosas anécdotas. Grimarest, un auténtico polígrafo, escribió con autoridad sobre historia, gramática, comercio y estrategia y fortificaciones militares. Sus únicos ensayos biográficos fueron cuatro volúmenes sobre Carlos XII, y uno breve y ágil sobre nuestro autor. Grimarest evitó el tono hagiográfico y procuró cierto equilibrio, aunque sin conseguirlo siempre. Más que lo certero o equivocado de sus juicios es relevante la cercanía en el tiempo con su biografiado, en quien distinguió entre el autor y el actor. De este subrayaba la suprema aptitud oratoria que le facilitaba armonizar gesto, acento y texto⁵.

La obra de Grimarest generó una polémica ácida, habitual en la época. Un aspecto del debate tuvo que ver con el clasismo, imperante entonces y en con frecuencia también ahora. Se criticó por ejemplo el tratamiento de *Monsieur* que daba a su biografiado, pues ese trato de distinción no era aplicable a un cómico y sólo se admitía que sus sirvientes se lo dieran a Molière⁶. Ser una gloria de las letras no equivalía a tener un espacio entre los pudientes.

Voltaire

En orden cronológico el siguiente gran ensayo corresponde a Voltaire, cuya obra dramática quedó opacada por la filosófica e incluso por la narrativa. Empero, gustaba del teatro a tal punto que además de escribirlo, lo actuaba. De Molière en especial prefería interpretar a Pourceaugnac⁷.

5 GRIMAREST, J. de, *La vie de mr de Molière*, Paris, Liseux, 1877, p. 224.

6 Id., pp. 174 y 204.

7 KOSTOROSKI-KADISH, E. P., «Molière and Voltaire», en Johnson, Roger; Neumann, Editha, y Trail, Guy, *Molière and the Commonwealth of letters: patrimony and posterity*, Jackson, University of Mississippi, 1975, p. 90.

En 1739 Voltaire publicó un breve ensayo sobre la vida de Molière, acompañado por lo que llamó «sumarios» de sus obras⁸. Aun cuando fue más afecto al drama que a la comedia, Voltaire admiraba la pluma y el talento de Molière. Como es explicable, Voltaire también oteó el pensamiento filosófico en Molière, a quien las enseñanzas de Pierre Gassendi, su maestro, condujeron al epicureísmo que lo inspiraría en su vida y en su obra. Esta observación de Voltaire se confirma por la utilización punzante de la comedia para acometer contra la hipocresía y los excesos. También tiene que ver en la relación de Molière con el poder. Epicuro rechazaba la política, pero admitía que «en la ocasión se puede servir al monarca»⁹, sin perder con esto la convicción de que «el más grande fruto de la autosuficiencia es la libertad»²¹⁰. Molière demostró que la proximidad con el Rey Sol no menguó su libertad. Más aun, Voltaire reconocía que la desenvoltura del poeta ante el rey le granjeó la simpatía del monarca y que el soporte regio lo protegió de incontables intrigas palaciegas¹¹.

El filósofo se rindió ante el dramaturgo aunque no sin condiciones. Grimaire y Voltaire se complementan. El primero se ocupó de la vida y Voltaire se concentró en la obra completa. En cada pieza *molieriana*¹² examinada fue al detalle: argumento, estilo, impacto. Describió, analizó, explicó y valoró cada pieza del dramaturgo. Para algunas tuvo observaciones y objeciones, pero a las más les tributó su aplauso entusiasta.

Voltaire encontraba descuidado el estilo de *Aturdido*, primera obra escenificada en París, inspirada por el gusto del teatro español e italiano. En cambio, lo cautivaron Lucila y Erasto en *El despecho amoroso*; también *Las preciosas ridículas*, escrita con galantería e ingenio, tan equilibrada que en ningún momento se desliza a la afectación. Subrayaba que en *El cornudo*

8 VOLTAIRE, *Vie de Molière avec de petits sommaires de ses pièces*, en *Obras completas*, Paris, Garnier, 1879.

9 EPICURO, *Filosofía de la felicidad (Acerca del sabio)*, trad. de Carlos García Gual, Madrid, Errata Naturae, 2016, p. 138.

10 Id., *Exhortaciones*, n.º 77.

11 VOLTAIRE, *op. cit.*, pp. 9 y 12.

12 Los sufijos -ano, -ana sirven para derivar adjetivos de nombres y topónimos. Cfr. PHARIES, D., *Diccionario etimológico de los sufijos españoles*, Madrid, Gredos, 2002. En francés *Le Grand Robert* consigna: *molieresque* (1687), «relativo a las obras o al arte de Moilère», y *molierist* (1875), «experto o especialista en el estudio del autor». Salvatore Battaglia, en su portentoso *Grande Dizzionario della Lingua Italiana*, incluye *molieriana*, además de los adjetivos aceptados en francés, ampliando *molieresco* en el sentido de lo que se inspira, recuerda o corresponde a la mentalidad de Molière [primera cita: Benedetto Croce, 1929], y agrega *molieriano* [Primera cita: Giosuè Carducci, 1865] como voz referida a lo que es propio de ese autor o de su ambiente. En inglés no se registra ningún adjetivo equivalente, pero sí abundan relacionados con la terminación *er*, como los siguientes: Chaucer, chucerian (1660); Mahler, mahlerian (1939); Popper, popperian (1958); en español Bécquer ha dado becqueriano (1885), por ejemplo.

imaginario, que alcanzó cuarenta representaciones sucesivas, Molière perfeccionó su estilo; en contraste *Don García de Navarra o el príncipe celoso*, se tradujo en un fracaso injusto que lastimó al autor. *La escuela de maridos*, que a juicio del filósofo superaba a *Los Hermanos (Adelphes)* de Terencio, fue calificada como obra «fina, interesante y cómica» que «consolidó para siempre el prestigio de Molière». A tal punto entusiasmaba a Voltaire que la declaró una de las mejores. También apuntó que *Los importunos* produjo en Luis XIV «un placer extremo»; lamentó la mala recepción de *La escuela de mujeres*, a pesar de su gran arte y aplaudió *La crítica de la escuela de mujeres*, primera en su género, por satirizar a sus censores¹³. Así pasó revista a cada texto de Molière señalando que Europa entera reconocía en *El Misántropo* una obra maestra, más hecha para ser leída que representada; «más para el espíritu que para la multitud», es la «obra de un sabio escrita para los espíritus esclarecidos». A su vez *Tartufo* se convirtió en una «lección de moral» por encomiar la virtud y satirizar la hipocresía¹⁴.

Voltaire advirtió en cambio cierta pesadez en *Psiquis* y le disgustó el plagio de algunos fragmentos del *Pedante Engañado*, de Cyrano de Bergerac, en las *Trapacerías de Scapin*. Empero, reconoció que la obra de Bergerac era muy deficiente y que las mismas escenas en la pluma de Molière adquirieron un nivel farsesco excepcional¹⁵.

Bulgákov

El escritor ruso se apega a los hechos, si bien opta por un estilo libre, creativo y sin fuentes de referencia. Esto le permite recrear a su manera situaciones y diálogos que realzan los aspectos que más le interesan en cada etapa de la biografía que relata. El resultado es un Molière vivo, próximo al lector; es posible sentirlo, escucharlo, casi tocarlo.

La biografía abre con un simpático intercambio de comentarios entre Bulgákov y la comadrona que asiste el parto de Jean Baptiste, y cierra con las visiones y el deliro del enfermo imaginario moribundo; un Molière capaz de sobreponerse al aturdimiento del final presencia su propio deceso como una actuación más, regida por el decoro y la dignidad.

La charla imaginada con la partera es deleitosa:

«¡Señora! —le dice Bulgákov a la distancia de los siglos— ¡trate al bebé con más cuidado, no olvide que ha nacido antes de la hora! La muerte de esta criatura significaría una pérdida penosísima para su país.

13 VOLTAIRE, *op. cit.*, pp. 17 a 29.

14 *Idem*, pp. 36, 38 y 47.

15 *Idem*, pp. 54, 55 y 57.

Por Dios, pero ¿qué dice usted? ¡La señora Poquelin bien puede parir otro!
La señora Poquelin nunca alumbrará otro hijo como éste, ni en varios siglos
ninguna otra señora»¹⁶.

La escena final también es propia de un narrador excepcional. Refiere que el día de su fallecimiento Molière no se sentía bien y ni siquiera tuvo fuerzas para afeitarse. Armande, su esposa, había dado albergue a un grupo de monjas del monasterio de Saint-Claire. Molière se incomodó. Por la tarde asistió con gran esfuerzo a la función de *El enfermo imaginario* para no dejar sin su ingreso a la compañía. El resto ya se conoce, pero el biógrafo nos sitúa junto al lecho de Molière agónico y nos ofrece un desenlace digno del dramaturgo. En la escena imaginada por Bulgákov a Molière lo hacen presa visiones extrañas, absurdas, y de inmediato se dice a sí mismo «lo que pasa es que me estoy muriendo». Luego, «tuvo tiempo de pensar con curiosidad «¿qué aspecto tendrá la muerte?» y la vio al instante. Entró corriendo por la habitación cubierta de un hábito monjil, y sin dilación, con gesto amplio, santiguó a Molière. Este, atraído por una extrema curiosidad, quiso observarla con atención, pero ya no vio nada más»¹⁷.

Esa biografía fue compuesta a la par de *El maestro y Margarita* durante el tiempo en el que Stalin ejercía el poder con fiereza. También estaba en curso la gran hambruna, iniciada en Ucrania, donde Bulgákov había nacido, que era ocultada al mundo por un aparato opresivo que causó mucho dolor. Así como Bulgákov penetró en la mente de su biografiado para ver la muerte, lo hizo para disfrutar la libertad. Ya que no podía eludir el rigor de la tiranía al menos consiguió imaginar la libertad. Lo hizo bajo el signo de Molière.

¿Qué tienen en común los tres biógrafos?

Grimarest nació y murió en el reinado de Luis XIV; Voltaire vivió entre los reyes XIV y XVI y Bulgákov sólo conoció dictaduras crueles: comenzó con la zarista y concluyó en la estalinista. Por las materias de su actividad intelectual, Grimarest valoraba la libertad de investigación en un espacio de sumisión generalizada pero no tuvo motivos de conflicto con el orden imperante; Voltaire sufrió la cárcel y el exilio, aunque también accedió a los salones, poseyó el propio y disfrutó la amistad de monarcas absolutos como Catalina y Federico, una y otro llamados Grandes, sin dejar de proclamar los principios de la libertad y de ejercerla a plenitud. Bulgákov la tuvo más difícil. En su Rusia más de veinte millones de personas fueron silenciadas por disentir. Su biografía de Molière fue una expresión clamorosa por la libertad en tiempos sórdidos; el

16 BULGÁKOV, M., *Vida del señor De Molière*, Barcelona, Montesinos, 1985, p. 7.

17 *Idem*, p. 247.

biógrafo se contempló en el biografiado, como bien lo apunta el dramaturgo escocés John Hodge en su amena *Collaborators (Colaboradores)*¹⁸.

Los tres biógrafos fueron creadores que se identificaron con el biografiado porque a ellos mismos las estrecheces de sus tiempos no les impidieron desplegar la palabra libre.

Rousseau

En este escenario también figura otro protagonista de las libertades, Juan Jacobo Rousseau, que no biografió al dramaturgo pero sí lo estudió y encomió. Poco antes de publicar *El contrato social*, Rousseau dirigió una extensa carta a Jean D'Alambert, argumentado en contra del artículo sobre Ginebra que el matemático había incluido en la *Enciclopedia*, en el que proponía establecer un teatro con su respectiva compañía permanente en esa ciudad. La propuesta incomodó a Rousseau, quien pasaba por un momento a tal punto depresivo que en el prefacio de la misiva decía: «lector, si recibes esta última obra con indulgencia, acogerás mi sombra pues, para mí, ya no existo»¹⁹. Por fortuna el malhumor pasó y todavía vivió otros veinte años.

La *Carta* incluyó observaciones poco afortunadas; dejaba ver un estado de tensión emocional. Según Rousseau una compañía permanente perturbaría la paz ginebrina. De paso, arremetió contra las mujeres actrices pues, a su decir, actuar era asumir otra personalidad a cambio de una paga; era una renunciación a la integridad. Esta desmesura marca un contraste llamativo con sus ideas sobre la igualdad como las que sustentó en el resto de su obra, en particular en su *Nueva Eloísa*. A pesar de su acerba crítica hacia la expansión del teatro, se rendía ante la magnitud de Molière a quien calificaba como «el más perfecto autor cómico de cuantos conocemos» y «de cuyos talentos soy más admirador que nadie»²⁰. A continuación analizó la que estimaba su obra maestra: *El misántropo*. Rousseau concluía que Alceste era un hombre recto, con quien él se identificaba pues no sucumbió ante la complacencia; lejos de ser un odiador de la humanidad, Alceste rechazaba la impostura, la maldad y la hipocresía pues amaba a sus semejantes y practicaba la rectitud moral de la verdad. Para el ginebrino, Molière se reflejaba en ese su personaje y no hay que descartar que él mismo se identificara con quien era movido por «un odio violento al vicio, nacido de un amor ardiente por la virtud»²¹.

18 HODGE, J., *Collaborators*, Londres, Faber and Faber, 2011. La trama de la obra consiste en que Stalin desea comprobar en Bulgákov su poder para destruir la libertad y la inteligencia, y lo presiona para escribir la biografía del dictador a cambio de permitir que la de Molière fuera editada en la Unión Soviética. Como se sabe, el autor falleció en 1940 y la primera edición rusa de su *Molière* apareció en 1966.

19 ROUSSEAU, J.-J., *Carta a M. D'Alambert*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 9.

20 *Idem*, p. 42.

21 *Idem*, p. 49.

III. Textos y contextos

Luis XIV escogió al sol por emblema. Era uno de los cuerpos celestes elegidos como deidad del imperio egipcio; la estrella en torno a la cual giraba todo un sistema de satélites según se había demostrado apenas un siglo antes; el astro del que irradiaba la luz. Y luz fue la identificación de un siglo crucial de la humanidad, si bien los conceptos *ilustración* y *siglo de las luces* fueron acuñados mucho tiempo después.

En 1662, con motivo de una fastuosa exhibición ecuestre en la que participaron más de ochocientos jinetes aderezados con tanto lujo como sus cabalgaduras, Luis presidió ataviado a la usanza de los emperadores romanos y por vez primera hizo público al sol como símbolo de su persona²². Poco antes Molière había estrenado *Los importunos* durante la ruidosa fiesta que Fouquet ofreció al monarca en Vaux, y a la que siguió el encarcelamiento vitalicio del ambicioso superintendente de finanzas; después se escenificó *La escuela de las mujeres*. El poeta estaba en uno de sus mejores momentos. En 1663 se le concedió una pensión real y desde entonces su relación con el rey sol iría en un ascenso que nunca cesó.

Para mostrar la disposición natural del monarca a la generosidad, a la merced regia respondió con versos agradecidos diciendo:

Los príncipes no gustan, sin embargo,
de cumplidos tediosos y prolijos,
...
ni los mueven incienso ni alabanzas²³

¿Fue Molière un abyecto? De ninguna manera. Era un pragmático. Para decir lo que pensaba del clero y de la nobleza necesitaba un aliado por encima de aquellos a quienes aseteaba; un aliado que sólo podía ser el rey pues entre sus oponentes se encontraba la mismísima reina madre. También supo poner de su lado al ministro más cercano del rey: Jean Baptiste Colbert, de quien decía: «Colbert [...] este cerebro fuerte, asiduo en el trabajo, cuya vasta prudencia toda labor abarca y que, por su alto mérito, tiene en nombre del rey el supremo gobierno del comercio y las artes». En seguida le dirigió otras palabras en las que se retrataba a sí mismo:

Colbert, los grandes hombres son malos cortesanos;
poco aptos para cumplir deberes lisonjeros,

22 MANSSEL, Ph., *The life of Louis XIV. King of the World*, Chicago, The University of Chicago Press, 2019, p. 131.

23 MOLIÈRE, «En acción de gracias al rey», en *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1987, p. 1357. Utilizo la elegante y pulcra traducción de Julio Gómez de la Serna.

se adentran por entero en sus meditaciones.
 El estudio y el mundo son esferas distintas:
 quien se entrega a la Corte se aparta de su arte²⁴.

Molière se desarrolló en medio de condiciones muy adversas. Europa acaba de vivir una guerra religiosa durante treinta años, y Francia fue el ámbito político en el que emergió un nuevo estilo de concentración del poder fiscal, castrense y político por parte de una sola persona. Luis XIV nunca pronunció las palabras «el Estado soy yo», y si las dijo no quedó registro ni testimonio alguno que lo demuestre; pero tampoco hacía falta que lo afirmara porque para eso estaban los cortesanos. El esplendor solar del monarca se expresó al concentrar el poder como no se había hecho nunca y al ostentar la grandeza en todas sus formas. La sola exhibición de su poderío intimidaba lo suficiente a sus súbditos como para ahorrarle muchas acciones coercitivas. Por eso podía ser magnánimo cuando le convenía.

En cuanto al arte, su interés era genuino; no una impostura. Si el genio de Molière es reconocido y venerado a cuatro siglos de distancia, en una inteligencia tan aguda como la de Luis debió producir una impresión profundísima. Su relación fue de seducción mutua. Leyendo diversos estudios biográficos, testimonios y correspondencia de la época no queda la impresión de que Molière hubiera actuado ante el rey con la hipocresía que condenaba en los demás, ni que haya incurrido en actos de bajeza a trueque de una posición. De haberlo hecho, un rey como Luis no habría tenido con el súbdito los miramientos que le dispensó en vida y en muerte.

IV. Molière, ¿abogado?

Molière llevó a cabo una inteligente y eficaz defensa de su *Tartufo*, que desde el principio enfrentó resistencias feroces. Tantas, que la edición príncipe de la obra fue costeadada por el propio autor pues ningún editor se atrevió a publicarla²⁵.

En los meses siguientes a su estreno más de veinte libelos se enderezaron contra *Tartufo*²⁶. La defensa de su obra fue una pieza literaria magistral y una hazaña política de primer orden. Un alegato estructurado en pro de las libertades de creación y expresión, del pluralismo cultural y del laicismo. La querrela implicó asimismo un conocimiento profundo de la personalidad de Luis XIV, pues cada escrito fue dirigido al monarca en el momento más propicio, cuando se encontraba ausente de París y por ende sustraído a la intriga cotidiana; en el triunfo de sus armas, por tanto en la euforia del poder. El

24 *Idem*, pp. 1370-1.

25 GÉNIN, cit., p. IX.

26 VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 49.

dramaturgo fue un escudriñador atento de la psique; sus personajes son prototipos magnificados para exhibir comportamientos nocivos. Por este inquirir constante descifró la mente del monarca y supo en qué momento y con qué argumentos abordarlo.

Además, Molière era un polemista natural. Esta característica de su talante nutre sus obras. En la vivacidad de sus diálogos está presente un discurso dialéctico, al que no es ajeno su estudio gustoso y productivo del derecho, se haya o no graduado como abogado, tema aún discutido. Entre los biógrafos de Molière no hay coincidencia en cuanto a que hubiera estudiado derecho. Empero, la opinión dominante es que entre 1642 y 1645 cursó esa carrera, como era frecuente en su tiempo y en su clase social, en Orleans. Grimarest fue de esta opinión. La elección del lugar era comprensible: en la época, la Universidad de París daba prioridad al derecho canónico en tanto que la de Orleans la confería al civil²⁷. Le Boulanger de Chalussay, contemporáneo de Molière, escribió una «comedia de poca monta» para escarnecerlo, titulada *Elomire hypocondre* («Elomire» es el anagrama de Molière). Ahí puso en boca del escritor haberse graduado como abogado en Orleans. Paringault acudió a otros testimonios de la época que confirmaban la versión de esos estudios jurídicos, aunque sin asegurar que los concluyera²⁸.

Barde no afirma, tampoco niega, que Molière haya sido abogado. Sin rotundidad deja sólo la conjetura: «al parecer no recibió el título de abogado». Argumenta que utilizó con acierto el lenguaje jurídico, como ocurre en voz del notario que aparece en *Escuela de mujeres*. Allí, elocuentes versos sintetizan, con precisión, las reglas y prácticas relacionadas con el régimen de mancomunidad de bienes, las donaciones entre cónyuges y los contratos matrimoniales. En *El enfermo imaginario* el notario Bonnefoi (repárese en el ingenioso juego de palabras que refleja el nombre: «buena fe») hace un poderoso alegato diferenciando las reglas escritas y las consuetudinarias, y los requisitos para aplicar estas últimas. Su discurso coincide con los artículos 280 y 282 de la *Coutume de Paris*, basada a su vez en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano²⁹. Bonnefoi también muestra un amplio repertorio de triquiñuelas para que Argan trasmita sus bienes³⁰ a su esposa eludiendo las restricciones legales en vigor. Hacer el recuento de estas pequeñas trampas, que incluían fideicomisos, requería familiaridad con el derecho de las obligaciones³¹.

27 Cfr. PARINGAULT, E., «La langue du droit dans le théâtre de Molière», en *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869), Dalloz, 1861, vol. 7 (1861), pp. 311. Paringault fue un conocido abogado, procurador imperial en Beauvais en la época de Napoleón III.

28 *Idem*, p. 313.

29 La *Costumbre de París* era la compilación de derecho consuetudinario, de origen medieval, que regulaba los contratos de matrimonio, de compraventa y las sucesiones.

30 PÉREZ, S., *La santé de Louis XIV*, París, Perrin, 2010.

31 BARDE, L., *Le droit et les hommes de loi dans les ouveres de Molière*, Burdeos, Duverdiere et Cie., 1878, pp. 14 y ss.

Más importante que la exactitud técnica de lo dicho por el notario es la relevancia que el poeta confiere a la norma como parte del argumento dramático. En *El señor de Pourceaugnac* nuestro dramaturgo presenta un diálogo chispeante: el protagonista muestra un manejo sobresaliente del derecho penal. Alude a la contumacia, a la vía extraordinaria de acción, al conflicto de jurisdicción y a los medios de nulidad; su interlocutor (Sbrigani), asombrado, le dice, «señor, usted es del oficio» (de abogado), a lo que Pourceaugac responde «De ninguna manera; yo soy un gentilhomme». Varias expresiones más de la comedia coinciden con el contenido de ordenanzas vigentes en Francia a partir del siglo XVI³².

Si bien las fuentes no son concluyentes y su graduación como abogado se trata de una conjetura fundada pero no confirmada, el hecho es que Molière sí estudió derecho y tuvo un manejo puntual de los términos jurídicos, lo que tampoco tiene que considerarse excepcional en un conocedor tan profundo de la lengua. En general los abogados no fueron objeto de los dardos de Molière, si bien aquí y allá deslizó contra ellos críticas más bien ligeras, orientadas a la risa, no a la repulsa. A diferencia de los médicos, con quienes se ensañó, los abogados eran bien vistos en la Francia de Luis XIV. En el *Enfermo imaginario* (acto III, escena iii). Argan y Béralde dialogan acerca de los abogados; este último aclara que, a diferencia de la medicina, la profesión del abogado no afecta la individualidad de quienes la ejercen. En todo caso Molière lanzó su arsenal de críticas en contra de los médicos y para los abogados apenas reservó rasponazos certeros y simpáticos, que mostraban su conocimiento de los procedimientos y de la jerga profesional.

El caso mejor logrado de artilugios legales figura en *Las trapacerías de Scapin*, donde en un par de párrafos magistrales el simpático e ingenioso truhan disuade a su amo de emprender una acción judicial. Lo convenció de que al pleitear es necesario dinero para notificaciones, comparecencias, consultas, informes, copias, asientos, apuntamientos y registros, como consecuencia de apelaciones y grados de jurisdicción en que habría que contar con escribanos, procuradores, notificadores, relatores, oficiales diversos y, por supuesto, jueces y magistrados. «No hay ni uno solo de esos individuos que no sea capaz de burlarse del mejor derecho del mundo por una futesa», lo que ocasionaría omisión de pruebas, entendimientos subrepticios, sustracción de actuaciones, alteración de expedientes, «el infierno», concluye³³. Más allá de ingenio, este era un retrato vivo y crítico de la ausencia de justicia, puesto al alcance del público y dicho sin ambages ante el monarca y su corte.

Aunque Molière solía documentarse para abordar temas específicos, en especial los de salud, la gracia con que hilvanaba los términos y procedimientos judiciales denotaba algo más que una información circunstancial:

32 PARINGAULT, cit., p. 334.

33 *Trapacerías*, en *Obras*, edición de Aguilar, cit., p. 1149.

conocimiento y, tal vez, alguna experiencia. En varias obras Molière dejó sentir su reprobación por las *chicanas*³⁴. En su siglo XVII se hizo común aludir a los abogados y a los funcionarios judiciales como *gens de chicane*. El dramaturgo fue un crítico de las malas prácticas judiciales y lo hizo ante quienes tenían a su alcance corregir los desvíos que él exhibía.

V. El Rey, la Corte y Molière

Molière movilizaba a los parisinos y a la corte en plena era de Mazarino. El estadista italiano fue ungido cardenal en 1641, poco antes de que fallecieran Richelieu y Luis XIII. Había nacido veinte años antes que el poeta y gobernó Francia a partir de 1643, cuando Luis XIV apenas llegaba a su primer lustro de vida. El año de su muerte (1661) todavía no era conocido su *Breviario de los políticos*, publicado en Colonia en 1684³⁵. No hay unanimidad acerca de la autoría de esta obra, pero la atribución fue aceptada de manera pacífica por sus coetáneos. Lo singular del *Breviario* consiste en reflejar la mentalidad dominante en la Francia barroca: el premio a la astucia, la exaltación de la hipocresía, el culto a la apariencia y el rito del engaño como factores de éxito en una corte que exigía un estado perpetuo de alerta y que llevaba a oscilar entre la sumisión y la altivez, según el interlocutor.

Las palabras de Mazarino, o del compilador que le atribuyó el texto, iban dirigidas a quien buscara el poder. Recomendaba combinar astucia, prudencia, engaño y espionaje. En cierto sentido sus comentarios contrastan con los de Luis XIV, en su *Memorias*, destinadas a quien habría de sucederlo en el poder, cuyo ejercicio debía hacerse con cautela, serenidad, firmeza e información. Uno y otro textos son el anverso y el reverso en los procesos del mando político, aunque en ellos hay una constante: la propensión al psicologismo. Para Mazarino el político debía cuidar que nadie advirtiera sus flaquezas interiores y en cambio conocer las de sus interlocutores; para Luis en el arte de gobernar «nada es tan peligroso como la debilidad»³⁶. Las correspondencias son múltiples y perfilan el gran escenario de la política real en el que Molière instalaba el pequeño escenario de su fantasía literaria.

¿En qué ambiente se abrió paso Molière? En uno dominado por la figura central del monarca absoluto por antonomasia. Ahora bien, a Luis XIV también hay que entenderlo en su entorno: a la sazón Francia era la potencia dominante de Europa. Ungido siendo un niño, le regatearon el poder

34 El *Dictionnaire historique de la langue française* indica que la voz *chicaner* es de etimología desconocida. En su origen significaba «demandar justicia», pero a partir del siglo XVI se le dio un sentido peyorativo por alusión a procedimientos judiciales tortuosos, exceso de formalidades procesales y artimañas abogadiles.

35 MAZARINO, *Breviario de los políticos*, México, FCE, 1985.

36 Luis XIV, *Memorias*, México, FCE, 1989, p. 212.

su madre, su familia, sus ministros, la nobleza y por añadidura los demás monarcas del continente. Los terratenientes, con atrevimientos como el de Nicolás Fouquet, le competían en dinero, tierras, palacios, colecciones de arte, mobiliario y joyas. En un proceso expansivo de la economía y del poder sobre Europa era explicable que el mejor posicionado se hiciera también de un poder mayor que, por una nueva inercia centralizadora y anti-feudal, acabaría siendo absoluto.

Un príncipe absoluto imponía una relación de vasallaje incondicional. Luis mostró desde temprano un talante subyugador, pero no tiránico. Sus maneras eran duras mas no atropelladas. Aunque, como ya se dijo, nunca se ha documentado la expresión que se le atribuye, «el Estado soy yo», su posición de soberano hacía imposible que alguien, ni siquiera en su círculo familiar íntimo, pudiera mantener con él una relación simétrica. Molière tampoco lo intentaría, pero sabía en cambio que el monarca se valdría del ingenio, el desenfado y los principios éticos del gran poeta para incomodar a los cortesanos.

La relación del escritor con el poder, ¿qué propósito tenía? ¿Halagar sin criticar? ¿Escribir para solaz personal o para divertimento ajeno? ¿Orientar? En mi concepto Molière fue un gran estratega de la libertad de expresión y entendió que su tarea literaria encajaba en el proceso para consolidar el poder de un gobernante que construía una Francia imperial, como no pudieron hacer Francisco I ni Enrique IV. Recuperar un poder disperso requería una estrategia amplia que incidía en decisiones de todo orden y calibre. Por ejemplo, al hacer navegable el territorio francés, construyendo canales que unieran los ríos, Luis conseguía el desplazamiento rápido de tropas e impulsaba los movimientos comerciales, ofreciendo acceso al mar a la Francia interior. Con esto multiplicaba la base tributaria, aupaba su capacidad recaudatoria y multiplicaba su capacidad estratégica.

La concentración del poder fue una de las claves para el surgimiento del Estado moderno, frente a la dispersión característica del medioevo. Para alcanzar tal objetivo las acciones fueron múltiples, pero la base fueron nuevos esquemas tributarios. Fisco, policía y ejército se implicaban de manera recíproca porque recaudar más requería una mayor fuerza coactiva y el Estado no tendría instrumentos eficaces de coerción sin recursos suficientes para sufragarla. Por otra parte, sólo habría una captación fiscal creciente si la economía se expandía. En este proceso hubo un personaje medular: Jean Baptiste Colbert.

En el ejército profesional los oficiales eran nobles, en su mayoría abusivos, corruptos e indisciplinados³⁷. La reforma castrense adoptada por el ministro François le Tellier, marqués de Louvois los obligó a obedecer a sus superiores, con lo que se estableció un sistema de mando escalonado sobre una clase que

37 LEWIS, W. H., *The splendid Century. Life in the France of Louis XIV*, Long Grove, Waveland Press, 1997, pp. 126 y ss.

había alcanzado la soberanía al derruirse el poder imperial romano. La profesionalización del ejército fue un fenómeno típico del siglo XVII cuya trascendencia se advierte si se tiene en cuenta que durante esa centuria sólo hubo siete años sin guerra en el continente (1610, 1669-71, 1680-82), de los que Molière sólo conoció dos (falleció en 1673). El ejército profesional confirió un enorme poder europeo al monarca sueco Gustavo Adolfo; Luis entendió la importancia de adoptar una línea de acción análoga. Su gran reformador de la milicia fue el infatigable ministro Louvois. Hubo recursos. La nobleza tuvo que refrendar sus títulos y pagar por ello. En 1660 la corona recibía 36 millones de libras por impuestos; cinco años más tarde la cifra ascendía a 63³⁸. El rey era también legislador y juez. Apretó. En 1666 hubo 23 ejecuciones de muerte incluyendo las de 6 nobles que no alcanzaron a escapar³⁹.

Entre los mecanismos para controlar a su corte tomó el ejemplo que Felipe II dio con El Escorial, y construyó Versalles. Para esta monumental construcción contó con la imaginación y la determinación de Colbert, financista excepcional. Este hábil ministro sin duda tuvo en cuenta el efecto disuasorio de la riqueza sobre el ánimo de otras potencias europeas: la ostentación de tanta riqueza haría suponer la existencia de recursos sobrados para la guerra.

La influencia política del teatro, crucial en la cultura grecolatina, adquirió una dimensión especial en el reinado de Luis. La formidable presencia literaria de Molière y Corneille se convirtió en un látigo para los cortesanos. El monarca advirtió que una forma de subordinarlos era reír a sus expensas. Ya no emplearía el viejo recurso del bufón, antes tan extendido por el mundo y cuyo uso en su época era ajeno a la simpatía del rey⁴⁰. ¿Molière conocía el arte de la bufonería? Por supuesto; en su época todavía se practicaba. Este tema lo incluyó en *Los amantes magníficos*. El asunto se lo sugirió el rey y en la obra de Molière el bufón «dejó de ser una figura ridícula para convertirse en un portador de la palabra libre»⁴¹.

Entre Molière y Luis XIV parecía haber otro punto de afinidad: sus reservas con relación a los médicos, que en el caso del dramaturgo se traducían en aversión. Al monarca valetudinario el poeta le «recetaba» (en el sentido del mexicanismo, «le propinaba») una poción hilarante insuperable. El rey padeció numerosas patologías, documentadas por su equipo de médicos. El historiador Stanis Pérez hizo una indagación excepcional para identificar los padecimientos y tratamientos del rey. En su época no eran un secreto, pero la necesidad de mostrar a un gobernante invencible llevó a una peculiar estrategia informativa relacionada con las enfermedades: en lugar de dar a

38 MANSEL, *op. cit.*, p. 114.

39 *Idem*, p. 117.

40 OTTO, B. K., *Fools are everywhere. The Court Jester around the World*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 77.

41 VOLTAIRE, *Vie de Molière*, cit., p. 51.

conocer que el rey se encontraba enfermo, se notificaba que ya estaba recuperado. De esta manera se sabía del padecimiento cuando ya había cesado y así se evitaban conjeturas, rumores e incluso conspiraciones, nacionales o extranjeras⁴².

Molière debió estar consciente de lo que significaba la enfermedad para el monarca y la convirtió en objeto chusco. No le fue impedido porque, como un genial conocedor de las emociones, el dramático sabía que, en el fondo, a Luis le halagaba que su corte admirara, como lo hacía, la entereza del soberano ante el dolor. Las dolencias reales comenzaron temprano. El rey tenía apenas un año cuando fue sometido a la primera sangría; a los quince le comenzaron las jaquecas; poco después padeció blenorragia, luego tifoidea, adelante disentería, epistaxis frecuentes, extracciones dentales, gota, artritis y fiebres palúdicas. Sus diversos médicos lo sangraban y purgaban, y en ocasiones le daban quinina para la fiebre y opiáceos para el dolor, en especial con motivo de las operaciones odontológicas⁴³. Sabía, por su propia experiencia, que el repertorio médico era limitado y no siempre eficaz. Su mayor problema de salud fue una fístula rectal que lo obligó a someterse a la que se conoce como Gran Operación, realizada cuando Molière ya había muerto⁴⁴.

VI. Tartufo y la libertad

La obra

Tartufo fue un caso ilustrativo de la defensa de las libertades por parte de Molière. Los memoriales dirigidos por el dramaturgo al monarca son argumentos en pro de la libertad de expresión; son también el espejo de un momento en el que frivolidad, fullería y promiscuidad alimentaban la comedia. Molière topó con algo inesperado: los cortesanos admitían la burla pública de sus desórdenes, pero se resintieron ante la exhibición de la impostura. Las representaciones de *Tartufo* fueron suspendidas y sólo la decisión del monarca permitió su reanudación. El comediógrafo tocó un filamento muy sensible; tanto que el nombre propio Tartufo pronto se convirtió en adjetivo.

La obra misma es más conocida como *El tartufo*. En español y portugués ha sido una voz escueta. En francés generó al menos dos voces: *tartufferie*, *tartuffarde*⁴⁵, en tanto que en italiano ha sido muy productiva: *tartuferia*, hipocresía; *tartufescaménte*, hecho o dicho de manera insincera; *tartufesco*,

42 PÉREZ, *op. cit.*, pp. 362 y ss.

43 *Idem*, p. 91.

44 Un relato detallado de esta operación puede verse en PÉREZ, *cit.*, pp. 93 y ss., y 365 y ss.

45 Voces citadas por *Le Grand Robert*.

falso; *tartufismo*, actitud fingida⁴⁶. En inglés se alcanza un elenco aún más extenso: *tartuffery* [tartufería], *tartuffian* [tartufiano], *tartufism* [tartufismo], *tartuffish* [tartúfico], *tartuffishly* [tartufístico], *tartuffily* [tartufical]⁴⁷. El propio Molière acuñó el verbo *tartuffier*⁴⁸, que en su contexto presentó con un par de acepciones: actuar con impostura, seducir, cautivar (¿*tartufear*?) y padecer los actos de un falsario (¿*tartuficar*?).

Tartufo y *Psiquis* son dos de las obras en las que Molière acentuó los atributos justicieros de Luis XIV. La primera fue escrita en 1667; la segunda, de 1671, fue hecha a pedido del monarca. En *Tartufo* la felicidad del desenlace es atribuida al «signo de un monarca enemigo del fraude» que «observa siempre las cosas con una recta mirada» y que empleó su «soberano poder» para romper «los lazos del contrato» mediante el cual Orgón había cedido la totalidad de sus bienes al impostor. En este punto nuestro autor no dudó en situar al monarca por encima del ordenamiento, con lo que aplicó la máxima de Ulpiano, el magno jurista romano del siglo II: «*princeps legibus solutus est*» («el príncipe no está sujeto a la ley»). Molière consiguió volcar al público contra el impostor para al final, con un golpe escénico certero, entregar el aplauso al monarca.

En *Psiquis* va aún más allá pues Molière, sin reparo, deifica al monarca. El drama se resuelve gracias a que Júpiter, mediante el que evoca a Luis, es portador de concordia, orden, justicia y paz. La alusión encajaba en el contexto: en 1670 el retratista Jean Nocret pintó al monarca con su familia representándolos como dioses olímpicos. En el cuadro, ahora en Versalles, Luis aparece como Júpiter. La imagen debía ser tan sugerente para el monarca que años después, en 1678, Charles Le Brun lo pintó también como Júpiter en las alturas de la Galería de los Espejos.

Argumentos en defensa de la obra

Un par de años antes de *Tartufo*, *Don Juan* había generado duras acusaciones contra el poeta: impío, libertino y ateo (que entonces se consideraba peyorativo) fueron algunos de los epítetos que le dirigieron⁴⁹. El rey, entre tanto, cumplía invariable sus ritos religiosos y con ello mitigaba el apoyo que daba a la compañía teatral. El día que siguió al estreno de *Tartufo*, el arzobispo de París, Hardouin de Péréfix, emitió un interdicto prohibiendo representarla e incluso leerla u oírla, en público o en privado, «bajo pena de exco-

46 Voces citadas por Battaglia, *op. cit.*

47 Voces citadas por *Oxford English Dictionary*.

48 Voz citada por LITRÉ, P. E., *Dictionnaire de la langue française*, redición de la *Encyclopaedia Britannica France*, Versalles, 1994.

49 THOORENS, p. 269.

munió»⁵⁰. Esta no era una cuestión de poca monta; Péréfix, muy vinculado a Richelieu, había sido el preceptor y confesor de Luis XIV y se mantuvo en su cercanía hasta su fallecimiento, un año antes que el poeta. No era, por ende, un enemigo menor.

En ausencia del rey, la autoridad parisina cedió ante la presión eclesial y la prohibió. *Tartufo* salió de la escena. El dramaturgo esperó un tiempo y cuando vio la oportunidad dirigió tres memoriales al monarca⁵¹, por entonces en los campos de batalla de Países Bajos. Le dijo que era deber de la comedia «corregir a los hombres, divirtiéndolos,» por lo que su obra atacaba los vicios de su siglo, de los cuales la hipocresía era «uno de los más en uso».

Molière estaba consciente de la tensión entre Luis y el papado. Era una cuestión añeja que se remontaba a la relación entre Felipe IV y el papado en los albores del siglo XIV⁵². El monarca intentaba establecer un dominio pleno e indisputado en su territorio, para lo cual contaba con una interpretación extensiva del principio *cuius regio eius religio* incorporado en los tratados de Westfalia. Aunque el monarca era católico, consideraba su derecho aplicar la normativa nacional francesa en las relaciones con el papado. Por otra parte su estilo diplomático, de aproximaciones sucesivas, sugería la conveniencia de aplazar la escenificación de la obra de Molière, recibida por el clero como un ataque en un momento de tensión entre el monarca y la curia francesa.

Molière endulzó sus argumentos hablando de las virtudes incomparables de Luis, pero en medio de las muchas loas que le tributaba dejó caer con elegancia una amenaza categórica: «no habré de pensar nunca más en escribir comedias si los tartufos triunfan». No dejaba opción al monarca: el silencio de Molière significaría que por encima del soberano habrían prevalecido los vetos de la corte y del clero. El triunfo de los tartufos no habría sido sobre Molière sino sobre el rey. Con esa frase sencilla, directa, supo sin duda que tocaba la fibra más sensible de un soberano que aspiraba a la absolutidad. Fue un golpe de genio. Se apoyó en el poder supremo para hacerlo escudo de su libertad. Un movimiento ágil, inteligente, preciso del poeta pudo más que los intereses, las intrigas e incluso las reservas del propio monarca. Mostró lo que vale la palabra de un poeta.

50 *Idem*, p. 286.

51 Pueden consultarse en MOLIÈRE, *Obras completas*, cit., pp. 702 y ss.

52 El rey Felipe IV, también llamado «El Hermoso», como siglos después también sería conocido el consorte de Juana I, sostuvo un fuerte diferendo con varios papas sucesivos reclamando la exclusividad de la potestad tributaria en el territorio de su reino, en medio de la pugna entre el poder temporal y espiritual, que se extendió a lo largo de varias centurias. En la época de Luis XIV el tema fiscal ya estaba resuelto en favor de la monarquía francesa, pero en torno a la Guerra de Treinta años se acentuaron los conflictos de carácter religioso, en especial por el apoyo real al galicanismo.

VII. Final

Al examinar el siglo de Luis XIV, Voltaire hizo una afirmación de gran alcance: «Molière fue el legislador de las conveniencias del mundo». Aclaraba que se refería a «los servicios que prestó a su siglo» cuyos méritos «son sobrado conocidos». Al monarca le incomodaban la altivez y la vanidad de sus cortesanos; al parecer tomó a Molière como un aliado para combatir esas actitudes, pues obra tras obra las atacó, «consiguiendo hacerlas desparecer poco a poco, así como el pedantismo [...] y el latín del que abusaban los médicos»⁵³. No es un reconocimiento menor. Revela, entre otras cosas, el importante papel del teatro en la educación social y en la cultura política.

La *Enciclopedia* francesa abunda en referencias a Molière. Al menos una decena de voces lo incluyen, siempre en términos encomiásticos. Así lo hacen Denis Diderot, Louis de Jaucourt, Edme Mallet, François de Marmontel y Georg Sulzer, por ejemplo. Durante el siglo XVIII las obras más representadas de Molière en Francia fueron *El Misántropo* y *Tartuf*⁵⁴. Esto explica también la relevancia que se le otorgó durante la Revolución. Ahí estuvieron presentes los personajes molierianos. Por ejemplo, Fabre D'Eglantine, escritor influyente, muy cercano a Danton y autor del calendario republicano, retomó a Filinto y Alceste para acomodar *El Misántropo* a su tiempo. En 1790 la trama no consistió en debatir acerca de la calidad de un poema sino sobre la tenencia de una propiedad. El enfoque cambió también el talante de los personajes y un misántropo trágico tomó el lugar del cómico⁵⁵. Robespierre se identificaba con Alceste⁵⁶, aunque estaba muy lejos de expresar cualquier tipo de coincidencia con Fabre, a quien acusó de traición por razones políticas⁵⁷.

Esa afinidad generalizada con el teatro hizo que ni siquiera el periodo del Terror interrumpiera su actividad. En esa difícil época se escenificaron más de doscientas cincuenta obras de ciento cuarenta autores⁵⁸. Tiempo después

53 VOLTAIRE, *Siglo de Luis XVI*, en *Obras completas*, Valencia, M. Senet, 1893, t. II, p. 239.

54 MENIN, M., «An Enlightenment Misanthrophology: Rousseau and Marmotel, readers of Molière», en *The Eighteenth Century*, vol. 58, n.º 2 (Summer 2017), University of Pennsylvania Press, pp. 158.

55 LAWRENCE, F L., «Le Misanthrope reprised: four versions of Molière theme», en Johnson *et al.*, *Molière and the Commonwealth of Letters*, *op. cit.*, p. 82.

56 MASLAN, S., *Revolutionary acts. Theater, democracy and the French Revolution*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005, p. 121.

57 El último discurso de Robespierre pronunciado ante la Convención es reiterativo en sus ataques a Danton y a Fabre. *Cfr.* VV. AA. *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune Nationale depuis 1789*, París, Alexis Eymery, 1821, pp. 266 y ss. Ahí también declara que la opinión pública, a cuya conformación contribuía el teatro, «tiene efectos naturales en el desarrollo del espíritu público de un pueblo esclarecido».

58 TULARD, J.; FAYARD, J. F., Y FIERRO, A., *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa*, Madrid, Cátedra, 1989, p. 985.

Benjamin Constant, un personaje clave en el diseño conservador del poder constitucional además de escritor ilustre, dijo que Molière merecía sólo un calificativo: «hombre divino»⁵⁹. Había, por tanto, un reconocimiento amplio para el poeta genial que no afectaban las disputas personales ni las discrepancias ideológicas.

Fue tan poderosa la obra escrita de Molière que dejó en la penumbra otras expresiones de su propia creatividad. Una de estas fue la compañía teatral de la que fue director de escena, productor y escenógrafo. La historia teatral francesa registra los nombres de actores forjados bajo su conducción: los Bèjart (Madelèine, Joseph, Louis, Armanda), los Du Parc, De Brie, Jodolet, Du Croisi, La Thorellière, Brècourt, Beauval, Michel Baron, dieron vida a personajes cenitales del teatro universal⁶⁰. Molière reformó el teatro de su época y preludió algo de la nuestra. Por ejemplo, *El improntu de Versailles* inspiraría el *Improntu de l'Alma* de Ionesco, con motivaciones similares⁶¹, y puede considerarse una anticipación del *metateatro*.

En vida Molière recibió más halagos que críticas, pero estas fueron muy severas; en su mayoría producto de los sentimientos que afectó y de rivalidades profesionales. Lejos de mellar su ánimo afilaron su pluma. La posteridad le ha deparado muchos más reconocimientos y sólo algunos ataques. Entre éstos, el de August Wilhelm von Schelegel dio lugar a que Goethe le replicara llamándolo «personalidad exigua», y le sugirió que si señalaba errores al gran poeta francés, «debería hacerlo de rodillas». Por su parte, el autor de *Fausto* decía: «ningún año dejo de leer a Molière» por ser «lo mejor que se ha hecho en el teatro». De su personalidad subrayaba un «temperamento lleno de cordialidad... elevada cultura espiritual...[y] sentido de la decencia». *El Misántropo*, confiaba a Eckermann, «es una de las obras de teatro que más admiro»⁶².

La fascinante obra de Molière está tejida con la riqueza de la palabra, el poder de la inteligencia, los recursos de la sagacidad y el ímpetu del creador; de un creador infatigable. Manejó la sabiduría del humor y trasformó la ira en ironía. Vivió a horcajadas entre la realidad palaciega y la escénica. Muchos de sus personajes son la caricatura de su propio público. El universo de la abyección llevó a los cortesanos a extremos en los que Molière alcanzó una maestría insuperable: hizo que las personalidades de la vida palaciega aplaudieran su ridiculización y rieran a sus mismísimas costillas.

59 CONSTANT, B., *Jounaux intimes*, en *Oeuvres*, París, Pléiade, 1957, p. 430

60 DE MORA, J. M., *Actores que hicieron historia*, México, UNAM, 1978, p. 57 y ss.

61 PELLISSIER, S. L., «Ionesco and Molière», en Johnson, Roger *et al*, *op. cit.*, p. 145. La influencia del *Improntu* también se advierte en la ópera teatral de Luigi Pirandello, *Questa sera si recita a soggetto (Esta noche se improvisa)* Cfr. Sogluizzo, A. Richard, «Theater of the theater: Molière and Pirandello», en JOHNSON, R. *et al*, *op. cit.*, p. 183.

62 ECKERMANN, J. P., *Conversaciones con Goethe*, México, Porrúa, 2007, p. 461 y ss.

El dramaturgo se apoyó en la monarquía para flagelar la aristocracia. Sin saberlo, pero con toda probabilidad intuyéndolo, contribuyó a sepultar los rescoldos de la hegemonía señorial, a aupar el absolutismo y a preparar la arribada de un nuevo modelo de Estado.

Molière contempló y entendió la realidad; hizo de la comedia prosaica de su entorno el teatro poético de su creación; de la crudeza social, una fantasía literaria; de la urdimbre falaz en los salones, una panoplia ingeniosa en medio de las bambalinas; del discurso sesgado entre cortesanos, un diálogo fluido entre actores; de las mentiras increíbles extrajo ficciones verosímiles, y sobre lo infecundo, salaz y frívolo de su época construyó una obra perdurable, crítica y hermosa.

¿Dónde se situaban los disfrazados? ¿En el escenario, representando papeles imaginados, o en las butacas, representando papeles engañosos? Para aquel autor de realidades paralelas todos simulaban a su manera. Su otro público, el mayoritario, el burgués, encontró en la escena momentos de catarsis necesaria; los lectores pudieron expresar la sabiduría de una literatura prodigiosa en la que veían reflejada su repulsa por la hipocresía, la avaricia, la pusilanimidad, la impostura y la beatería. La condena de los vicios morales tenía el efecto público de reafirmar la necesidad de una buena educación social.

La historia de la humanidad da cuenta de la presencia de dos fuerzas supremas y antagónicas: la desigualadora que resulta del poder y la igualadora que se debe a la palabra. El poder, como capacidad de imponer decisiones y conductas, tiene enfrente a la palabra, como expresión, discurso o norma que aglutina, protege e incluso insurrecciona. Luis y Molière encarnaron cada una de esas potestades.

No podemos calibrar qué tanto contribuyó el escritor genial a temperar al monarca absoluto, pero sí es posible conjeturar que sin la potencia de su palabra el rey mismo habría corrido el riesgo de un desbordamiento sin contrapesos que habría deslustrado su reinado y su siglo. Para que se produzca una conjunción tan afortunada son necesarios muchos factores que no dependen sólo de los actores principales. Por eso en la era de Bulgákov, por ejemplo, la palabra no fue suficiente para que Stalin atenuara su desenfreno.

He dedicado mis estudios a conocer el poder, un fenómeno a la par terrífico y fascinante. Nadie penetra en él tan a fondo como los literatos porque lo desnudan y lo desmenuzan; hurgan en la mente del poderoso y ponen al descubierto su psique. Al poder hay que conocerlo y comprenderlo para controlarlo. Su domesticación es una labor de Sísifo porque el poder no cesa de mutar, como los virus, y obliga a una alerta perpetua. Por eso es necesario volver la mirada a quienes, como Molière, fueron y son los batalladores infatigables que blanden el arma más eficaz contra los excesos y por las libertades: la palabra.

Personaje de sí mismo, Molière cumple cuatrocientos años de vida lozana y prometedora; las criaturas de su pluma siguen poblando los escenarios del mundo e iluminando horas de lectura. Autor y actor supremo, Molière fue un vocero de las libertades y ayudó a contener la arbitrariedad cuando el sol abrasador del poder se encontraba en el cenit.

EL JUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES¹

Domingo García Belaunde

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional

Fundador y Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (con sede en México). Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (con sede en Rosario, Argentina).

Pontificia Universidad Católica de Perú

(Perú)

estudio@flores-araoz.com

El concepto de «juicio político» es de vieja data, pero curiosamente no es muy conocido y además es poco tratado por la academia, lo que se refleja en la escasa bibliografía que existe sobre la materia en nuestro medio y también en nuestro entorno geográfico. Pero el tema ha resurgido en los últimos años en la América Latina, como se comprueba con el hecho de las acusaciones contra presidentes en nuestra región. Un caso reciente se ha dado en el Brasil con la deposición de Dilma Rousseff, lo que ha dado pie en ese país a un debate interesante, que lentamente se expande en nuestro entorno. Mi intención en esta oportunidad es hacer un breve repaso de la problemática, sus antecedentes históricos y la manera como se desarrolla en la vigente Constitución peruana de 1993. Así como algunas precisiones a versiones que, en mi opinión, no se compadecen con la institución.

¹ El presente escrito afina y actualiza textos anteriores míos ya publicados, cf. *Tiempos de constitucionalismo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021, caps. 26, 35 y 36.

I. El nombre y su significado

El concepto como tal tiene su origen en el siglo XIX y ello como traducción, algo libre, del vocablo «impeachment»² que viene de la práctica inglesa del siglo XIV y aun antes. En efecto, si bien el término «impeachment» es algo impreciso en su traducción, se entiende por ello todo un procedimiento con sus diversas etapas, que busca hacer efectivas las responsabilidades políticas de los altos funcionarios y que supone una previa acusación. Así, en sus inicios en Inglaterra, siendo el Rey inviolable y no responsable de sus actos, esto iba contra sus asesores o altos funcionarios que lo rodeaban. Y daba pie a una acusación —que es en el fondo lo que está detrás de todo— que iniciada en la Cámara de los Comunes culminaba en la Cámara de los Lores, que emitía una especie de sentencia o resolución judicial que podía privar de la libertad, los bienes y hasta la vida del acusado.

En esa época y hasta hace poco, la Cámara de los Lores era al mismo tiempo una corte máxima de justicia que fallaba en última instancia sobre determinados temas resueltos por los jueces del Reino Unido. Todo esto ha ido transformándose lentamente, en especial con la acentuación del régimen parlamentario en Inglaterra, que encontró otros medios más prácticos para el control político, y dejó de lado la institución. El «impeachment» ha caído en desuso desde 1806, pero antes de eso fue exportado a los Estados Unidos, que lo incorporó a su Constitución de 1787 con matices. Y desde ahí se extendió al resto de la América Latina, del que se ha hecho uso frecuente en los últimos tiempos, si bien no tanto como aparentemente parece.

Esta institución como era de prever, fue objeto de diversos comentarios en manuales publicados en inglés en el siglo XIX sobre la constitución norteamericana, gran parte de ellos traducidos al castellano y entre los que destacan los de Josep Story y Thomas Cooley. Del primero hubo traducción no solo al castellano, sino al francés y al portugués —en el Brasil— por lo que puede decirse que fue quizá el más citado y el de mayor influencia. Lo cierto es que cuando en el idioma inglés se menciona la palabra «impeachment» se traducía como «juicio político» y así fue entendido en nuestro ámbito iberoamericano. Esto es, algo parecido a un juicio —proceso o procedimiento diríamos hoy— pero que tiene alcances políticos. Y así se hizo, pues lo que nos llegó fue la versión norteamericana y no la inglesa, que como decimos, estaba desactivada desde 1806. Y que se movía, además, dentro de otros supuestos.

2 Como quiera que el «impeachment» norteamericano ha sido el referente obligado del «juicio político» existente en nuestra América, es bueno tenerlo presente, lo cual no es fácil, pues la literatura latinoamericana es exigua y generalmente de segunda mano. Un excelente y accesible resumen de la problemática, cf. SUNSTEIN, C. R., *Impeachment. A citizen's guide*, Harvard University Press, Camb., 2017. La opinión corriente en la doctrina peruana puede verse en GARCÍA TOMA, V., *Legislativo y Ejecutivo en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2022, pp. 214-245. De utilidad por la parte documental, cf. LOZANO PERALTA, R. Y., *Antejjuicio y juicio político en el Perú*, Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2019 (Nota de agosto 2022).

La institución nos vino de la experiencia norteamericana y ese fue el nombre que se adoptó. Pero añadamos: ese fue el bautizo doctrinario. Pues a nivel de la dogmática, o sea, de los textos, se usó el de «acusación» o «acusación constitucional». Téngase presente que la acusación es solo un primer paso, pues a ella le sigue todo un procedimiento que puede durar semanas e incluso meses, que es un trámite en donde se analizan diversas cuestiones y finalmente se adopta una decisión.

II. ¿Parlamentaria o presidencial?

En alguna oportunidad se ha dicho que esta institución es propia de los regímenes parlamentarios y, en consecuencia, es extraña al régimen presidencial. Se trata de un aserto a medias. En efecto, originalmente fue una institución nacida dentro de una monarquía absoluta como era el Reino Unido, que fue transformándose lentamente en un régimen parlamentario y que culminó o terminó de afinarse a principios del siglo XIX. Esto prácticamente coincidió con la desaparición del «impeachment», con lo cual se dio la situación paradójica de que cuando se perfilaba una forma de gobierno, la institución desaparecía.

Sin embargo, poco antes, el «impeachment» se trasladó a América y se incorporó, con ajustes, en la Constitución de 1787 que la hizo suya. Y de ahí voló al resto del continente y así figura hoy en las constituciones latinoamericanas. Hay que tener presente que la constitución norteamericana creó el sistema presidencial de gobierno, que ha tenido tan vasta influencia. Por tanto, puede decirse sin temor a errar, que el «*impeachment*» hoy por hoy es netamente presidencial.

III. ¿Es ineficaz el presidencialismo?

A mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, un notable sociólogo, Juan José Linz, español de origen, pero radicado en los Estados Unidos, dedicó largos esfuerzos a demostrar que todos los problemas de la América Latina se solucionarían volcándose al modelo parlamentario, que era la solución de todos nuestros problemas. Criticó el presidencialismo como causa de nuestra inestabilidad y poco desarrollo político y que, además, era propenso al autoritarismo y cuyo inminente colapso anunció en forma apocalíptica. El tema fue planteado con mucha persistencia y acompañado de sociólogos y politólogos en numerosos debates. Cautivó sobre todo a los científicos sociales, pero no llegó a seducir a los juristas. Pero en el lado politológico le salió al frente Dieter Nohlen, quien puso las cosas en su sitio. Aún más, demostró que un sistema no se cambia como se hace con una camisa y que el sistema presidencial es el que más calza con nuestra idiosincrasia.

Pues bien, la puesta en práctica del «impeachment» en nuestros países, sobre todo en los últimos treinta años, demuestra que los presidentes no eran tan intocables como parecía y además que los congresos tienen fuerza, la que llegado el caso les permite reemplazar a un presidente o alto funcionario del Estado. Los años y las experiencias recientes han hecho que la tesis de Linz, quizá impecablemente construida desde postulados teóricos, chocara con los hechos, los que en la práctica se resistían a tales postulados, demasiado abstractos. El debate, por cierto, dejó de tener interés, y no ha dejado huella alguna.

IV. Su naturaleza política

En su versión inglesa —mientras existió— era un trámite o si se quiere un proceso de carácter jurisdiccional —prácticamente de orden penal— que nació al interior de una monarquía absoluta y que se mantuvo cuando el sistema se enrumbó al parlamentarismo —lo que empieza en 1688—. Para desaparecer, precisamente, cuando el parlamentarismo se consolida a principios del siglo XIX.

Por el contrario, los Estados Unidos, creador del sistema presidencial de gobierno, hizo suya esta institución propia de una monarquía parlamentaria sin problema alguno, pero la modificó en sus alcances. Es decir, nacida o en todo caso desarrollada dentro de una monarquía que fue parlamentarizándose, no tuvo ningún problema en insertarse en un modelo presidencial y republicano. Y con un sistema de separación de poderes que no existía en Inglaterra. Y eliminando además su carácter sancionador penal.

Y la traducción no está mal, pues lo que se decide es algo de naturaleza política. Es una sanción de esa tesitura, pues de existir delito, queda el acusado en manos del Poder Judicial para lo pertinente. Es decir, sale del Legislativo y pasa al órgano jurisdiccional para otros fines.

No obstante lo señalado, los ordenamientos establecen adicionalmente la «inhabilitación» para volver a ocupar un cargo público, generalmente por un plazo determinado, lo que ha motivado que algunos comentaristas señalen que este es un rezago «jurisdiccional» de la institución, pues la «inhabilitación» es una pena o algo parecido a eso. No participo de esa postura, que nace dentro del Derecho Penal moderno, pues en sus orígenes nunca fue considerado así. Aún más, no tiene carácter accesorio sino principal y solo tiene alcance político, lo cual es una nota del constitucionalismo moderno que está por encima de las categorías penales. El proceso, procedimiento o juicio político sigue siendo eso: político. Y existió y se desarrolló cuando el Derecho Penal como ciencia estaba en pañales.

V. El debido proceso

El concepto de debido proceso o mejor dicho «debido proceso legal», nace propiamente en la Constitución norteamericana de 1787, si bien con antecedentes en el derecho inglés, que se remonta a la Carta Magna de 1215 donde se menciona un equivalente: la «ley de la tierra» (*lex terrae*).

Fue pensado inicialmente para el proceso penal, pues es aquí en donde están en riesgo los valores más apreciados para el ser humano, como es todo lo relacionado con su libertad, su vida y sus bienes. Esto implica todo un trámite detallado, en donde las acusaciones deben tener sustento, existir un derecho de defensa y la posibilidad de efectuar los descargos correspondientes. Y, además, con una serie de presupuestos tales como aquel que señala que la duda favorece al acusado, que no hay retroactividad en la norma sancionadora, que no existe delito sin ley, entre otros.

Con el tiempo, esto pasó a las demás aéreas del Derecho y en sus respectivos procesos. Incluso en aquellos más acotados que se llevan ante la Administración y ante asociaciones privadas. Indudablemente, esto no significa que todos sean idénticos, sino que son adecuados a lo que es cada área o zona del derecho. Y siempre con un mínimo: existencia del contradictorio, de la defensa, discusión y resolución final.

En el caso del «impeachment», nacido y desarrollado en los Estados Unidos, esto fue así, como lo demuestran los hechos y rescatando el dato de que cuando una acusación constitucional es contra al presidente de la República, quien preside las sesiones del Congreso es el presidente de la Corte Suprema.

Indudablemente, el debido proceso en un «impeachment» no es igual al de un proceso penal —como lo han querido ver algunos analistas— sino uno que sea adecuado a la naturaleza de ese proceso, o mejor quizá, procedimiento, en donde lo que está en juego no es sentenciar a nadie, pues eso no corresponde a un órgano político como es el Congreso, sino proceder a una destitución e inhabilitación por la comisión de faltas graves o inconductas. Y esto implica un mínimo que consiste en la formulación de cargos, levantar o refutar esos cargos, discusión en torno a ello implicando el derecho de defensa que puede incluso hacerlo un abogado. Y finalmente, una sanción que se adopta por una mayoría calificada.

En síntesis, pese a existir algunas excepciones como es el caso de República Dominicana, en una acusación constitucional debe existir un debido proceso, si bien acotado.

VI. Otros modelos existentes

Como hemos expresado en otra oportunidad, al afianzarse el parlamentarismo en el Reino Unido, el «impeachment» desapareció o dejó de

usarse. Lo mismo sucede en la Europa continental, en donde el parlamentarismo tiene sus propios mecanismos de control y las responsabilidades políticas las ve el propio congreso y los delitos un tribunal que puede ser el constitucional u otro. En paralelo, el «impeachment» se convirtió en los Estados Unidos en un instrumento modernizado y por su influencia se trasladó a los demás países de nuestra América Latina como un mecanismo de control parlamentario que opera al interior de regímenes presidenciales de diverso tipo. El segundo camino es el francés, que es muy peculiar, sobre todo por su evolución y alcances y que hoy está concentrado en la «Alta Corte de Justicia» que solo ve los casos de traición a la patria del presidente de la República, y por otro la «Corte de Justicia de la República» creada en 1993, encargada de enjuiciar a los ministros y secretarios de Estado. Finalmente tenemos el modelo kelseniano o austríaco que opera en el resto de Europa, que encarga el enjuiciamiento del presidente de la República y de los altos funcionarios a la corte o tribunal constitucional (así en Italia y en Alemania).

Como podemos apreciar, quizá los más coherentes sean el modelo americano —nacido a fines del siglo XVIII y que tuvo escasa influencia en la Europa de esa época— y el modelo kelseniano o austríaco, que nace en la década del 20 del siglo pasado. Lo que podemos llamar modelo francés es en realidad un amasijo de cosas dispersas, fruto quizá de la agitada política francesa de los dos últimos siglos y un poco del prurito de originalidad de su clase política.

VII. Características

Como he adelantado líneas arriba, lo principal del juicio político, es que es un control que se hace desde el parlamento y que puede iniciar un miembro de éste o alguien de fuera. Y que pretende poner en entredicho a un alto funcionario, generalmente presidentes, ministros de estado, congresistas, jueces de alta categoría, etc. a los cuales se les ha dotado de una protección especial. Adicionalmente, se deja fuera el aparato judicial que podría intervenir con posterioridad, si es que de por medio estuviesen hechos lindando con lo delictivo.

Por lo mismo que es un acto político, que proviene de un poder político y cuyas sanciones son de igual tipo, es que no cabe aquí el control jurisdiccional, y así lo ha expresado la jurisprudencia norteamericana al respecto. En algunos casos, el Poder Judicial o, mejor dicho, la Corte Suprema interviene, pero solo en casos formales o de procedimiento. Y sin descartar la situación especial de Bolivia, en donde el enjuiciamiento lo hace el Tribunal Supremo de Justicia, previo acuerdo de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

VIII. Lo que da pie a un «impeachment»

Tradicionalmente, lo que da inicio a un «impeachment» son motivos muy diversos. En los Estados Unidos, que es nuestro referente, la Constitución (artículo II, sección 4) señala las siguientes causales:

- i) «**treason**», traición.
- ii) «**bribery**», cohecho o simplemente soborno.
- iii) «**highs crimes**»: delitos graves.
- iv) «**misdemeanors**»: faltas o inconductas.

Las primeras tres modalidades se entienden bien, más aún teniendo en cuenta que vienen de un inglés algo arcaico del siglo XIV. La cuarta y última dice textualmente «misdemeanors» de traducción discutida, pero que se refiere en general a conductas impropias o indebidas, actos desdorosos de la función, comisión de ilícitos aun cuando no tengan sanción especial y en especial todo lo que atenta contra el gobierno de los Estados Unidos. Aun así, el «impeachment» en los Estados Unidos ha sido empleado muy raramente y nunca alcanzó a un presidente de la República, si bien se intentó en más de una oportunidad (Andrew Johnson en el siglo XIX, tras el asesinato de Lincoln y en el siglo XX; Richard Nixon que renunció a tiempo; Bill Clinton, que se salvó en el Senado pues no se alcanzaron los votos requeridos; y parecido fue el reciente caso de Trump, que ya estaba de salida).

IX. El caso peruano

La Constitución vigente de 1993 establece la acusación constitucional contra altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y por infracciones de la Constitución. El sentido de «infracción constitucional» es muy amplio y difícil de definir y por ende su encuadramiento no es fácil. Puede dar pie incluso a interpretaciones subjetivas. Y esto alcanza a todos. Pero lo curioso es que el presidente de la República aparece blindado, ya que **solo puede ser acusado** durante su periodo por:

- i) Traición a la patria.
- ii) Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o en su defecto no retornar dentro del plazo que le sea otorgado.
- iii) Impedir el funcionamiento del Congreso o disolverlo indebidamente con excepción de los casos previstos expresamente.
- iv) Impedir o entorpecer las elecciones generales, regionales o locales, así como el funcionamiento de los órganos electorales responsables de ello.

De esto se desprende que en el Perú el blindaje del presidente es casi absoluto. Y por eso es que mientras son cientos las denuncias de acusación constitucional contra congresistas, ministros de estado, jueces supremos, etc. prácticamente no existen denuncias contra el presidente.

Ahora bien... ¿Cómo se salva este blindaje o cómo se le da la vuelta? Con la vacancia presidencial prevista en el art. 113, inc.2 de la Constitución, que dice que procede la vacancia del presidente «por incapacidad moral permanente», entendiéndose por «moral» toda inconducta que afecte su alta investidura. Esto fue lo que precisamente se intentó con el presidente Kuczynski en diciembre de 2017, que terminó con su renuncia a la presidencia en marzo de 2018. Y se concretó con la vacancia del presidente Vizcarra en noviembre de 2020. De tal manera que esta modalidad en el fondo es parte de un juicio político bien entendido.

El esquema peruano de «acusación constitucional» es el clásico:

- i) acusación.
- ii) votación calificada.

Sus resultados son:

- i) suspensión,
- ii) destitución,
- iii) inhabilitación política.

Y esto al margen de cualquier otra **responsabilidad penal** que lo puede ver el Poder Judicial. Esto que es tan simple, ha dado origen a toda una literatura interesante pero innecesaria, motivada por errores en el punto de partida y por deficiente información. Responsable de esta situación es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha opinado sin conocimiento de la institución y embrollado aún más las cosas.

Haciendo un resumen de los alcances del juicio político en nuestra Constitución tenemos:

- a) Los artículos 99 y 100 de la Constitución, que precisa en términos generales la «acusación constitucional».
- b) La vía excepcional prevista en el artículo 117 de la Constitución que señala los únicos casos en que un presidente «puede ser acusado» durante su mandato.
- c) La vacancia por «incapacidad moral permanente» prevista en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución con un trámite abreviado, si bien tiene la misma naturaleza y fines que los demás. Lo moral significa lo que **mores** en su raíz latina, o sea, usos y costumbres.

X. Las distorsiones del Tribunal Constitucional

En diversas sentencias a lo largo del tiempo, el Tribunal Constitucional, dando verdaderos palos de ciego, ha creado un pastiche que consiste en lo siguiente:

- i) **Antejuicio:** cuando la acusación del Congreso lleva a la suspensión o a la remoción del cargo en vista de la probable existencia de delitos, en cuyo caso corresponde que todo lo vea el Poder Judicial. Por eso le dicen antejuicio...o sea, antes del juicio penal en forma.
- ii) **Juicio político:** cuando la acusación lleva a la remoción, suspensión o inhabilitación y nada más. Con lo cual el juicio es solo eso: político.

Esta bifurcación es «creación heroica» del Tribunal Constitucional, pues en ninguna parte se hace esta distinción, que es caprichosa e insustancial. Nadie en la doctrina inglesa o norteamericana ha incurrido en tamaño desatino. Lo que existe es una «acusación» y de ahí pueden derivar sanciones que da el Congreso de naturaleza política y eventualmente y en forma adicional, la remisión a un proceso judicial, con lo cual se salió del ámbito congresal y nada más. En el fondo se trata de un solo proceso con dos resultados y nada más (STC 3760-2004-AA/TC, STC 0006-2003-AI/TC; STC 2440-2007-PHC/TC; STC 5068-2006-PHC/TC).

Lo que hay que tener presente, por tanto, es que lo que consagran los artículos 99 y 100 de la Constitución es el «juicio político» que tiene distinto destino final si es que hay delitos en la acusación: si los hay, todo pasa al Poder Judicial: caso contrario, queda todo en el Congreso. Y por otro lado la «vacancia», que en rigor es parte del juicio político, pero que por tradición se le ha dado entre nosotros otro trámite y otra ubicación normativa. Y esto desde 1839.

XI. Algunos peligros que la institución conlleva

Uno de los problemas que puede suceder en estos procedimientos, es la falta de objetividad o si se quiere la eventual subjetividad o peor, el libre juego de las pasiones que en política son numerosas. Este problema no existe cuando se trata de delitos tipificados, pero no es así cuando existen conceptos algo indeterminados que hemos visto que nacen en los Estados Unidos, con el «misdemeanors», de difícil pero muy flexible traducción. Esto se repite en varios de nuestros ordenamientos que hacen referencia a actos indecorosos, infracciones constitucionales, hechos graves, mala conducta y similares.

Esto es inevitable y en última instancia existe o puede existir un grado de subjetividad, lo cual reclama una alta conciencia política y un claro sentido

de responsabilidad por parte de los legisladores. Se trata de recursos inevitables en todo tipo de gobiernos, en donde siempre alguien al final tiene la última palabra. No cometer errores es imposible, pero debe hacerse el esfuerzo para que se reduzcan al mínimo.

XII. ¿Dónde ubicar el juicio político?

Aun cuando no ha habido mayor debate, hay cierto consenso en que el juicio político en cuanto tal, y en concreto las acusaciones constitucionales contra altos funcionarios que se llevan al interior del órgano legislativo, son armas de control político y, en consecuencia, son parte del quehacer parlamentario y en ciertos casos se integran en un apartado sobre el estatuto parlamentario, cuando lo que está en cuestión es algo relacionado con un miembro del parlamento o congreso. En tal sentido, se está abriendo paso la idea de que existe un Derecho Parlamentario, del cual tenemos publicaciones periódicas, manuales, monografías o libros de textos, cursos universitarios y jornadas de estudio. Digamos que, a nivel pragmático, se acepta que es una disciplina autónoma, si bien puede discutirse si lo es académicamente hablando. En tal sentido, se habla de disciplinas tales como el Derecho Electoral, del cual también se ha dicho mucho. Pero es algo que amerita una mayor reflexión.

Aspecto importante es lo que han señalado algunos autores, en el sentido de que el «juicio político» sería parte de una nueva disciplina, ya asentada en la América Latina, cual es el Derecho Procesal Constitucional. En lo personal, no comparto este criterio, si bien entiendo que todo depende de qué se entienda por «derecho procesal constitucional». Si conceptuamos que es aquello que básicamente se orienta al desarrollo y teorización de los **procesos constitucionales** —sus principios, sus alcances, los órganos que la administran, etc.— es obvio que ello no es un proceso constitucional, sino en todo caso un «procedimiento» que se lleva al interior de un órgano político y cuyas sanciones, por así decirlo, son políticas. Una disciplina procesal necesita apoyar, conocer e implementar una disciplina sustantiva —en este caso el Derecho Constitucional— pero no con un procedimiento que, además, es y tiene básicamente consecuencias políticas. Con el agregado de que, acabado el juicio político, podría eventualmente abrirse paso la vía jurisdiccional ante el órgano judicial, en donde sí tendríamos un proceso en forma, generalmente penal, sometido a las leyes procesales penales. No veo por donde el «juicio político» pueda presentarse como un «proceso constitucional».

Lo más adecuado en relación a su ubicación, es que el juicio político —por lo menos en nuestra tradición latinoamericana— debe ser considerado como parte del Derecho Parlamentario y en última instancia, del Derecho Constitucional. Y esto por cuanto no es un proceso, sino un procedimiento o trámite que se agota en sí mismo y que además y eventualmente, deja abierto el cauce para la vía jurisdiccional, en donde existe y se desarrolla un proceso en forma.

XIII. ¿Y la vacancia presidencial?

Como hemos visto anteriormente, la vacancia presidencial está prevista en forma independiente en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución, se bien en puro rigor es parte del juicio político. Ahora bien: ¿a qué se debe que esta institución esté separada de la acusación constitucional prevista en los artículos 99 y 100? Esta institución, como se sabe, nace en la constituyente reunida en Huancayo en el segundo semestre de 1839, pero no hay huellas que expliquen este apartamiento, pues las actas existentes no dicen gran cosa. Lo cierto del caso es que desde entonces permanece así y con la ventaja de que es más rápida que las otras.

XIV. La «incapacidad moral permanente»

Como ya hemos señalado, el concepto de «incapacidad moral» como causal de declaración de vacancia de la presidencia por parte del Congreso, viene de la Constitución de 1839 y sin mayores precisiones, pues las actas de la época no dicen gran cosa, siendo aprobado este título el día 23 de octubre de 1839³. La bibliografía existente sobre esta constitución tampoco dice

3 La aprobación del artículo sobre la vacancia por incapacidad moral lo fue en la sesión del 23 de octubre de 1839 en la ciudad de Huancayo, tal como consta en el acta correspondiente que hemos obtenido del archivo del Congreso de la República y que aquí reproducimos. Y prácticamente sin discusión ni referencia alguna. El original está manuscrito y ofrece algunos puntos ilegibles como se puede ver de la transcripción que hacemos a continuación.

Presidencia del Sr. Charún

Sesión del miércoles 23 de octubre de 1839

Abierta la sesión a las doce del día con 51 Sres. Diputados, habiendo formado comisión los señores Dávila, Inojosa, Fernandini, Navarrete y Madalengoitia, se aprobó el acta del día anterior.

Se dio 3.^a lectura al proyecto del señor Soffia, sobre insi... de los miembros del Poder Judicial, y se mandó pasar a la Comisión de Legislación.

Se dio 2.^a lectura a la adición del sr. Paz-Soldán, a la ley sobre juicios de Comercio. Se dio también 2.^a lectura a un proyecto de ley de los señores Inojosa y Álvarez, sobre que si la villa de Urubamba se le denomina Benemérita Ciudad y a la adición del señor Villarán al artículo 31.

Se dio 1.^a lectura a esta adición que el señor Cartagena hizo en el artº «Por arrogarse el ejercicio de los otros poderes». A la siguiente adición del sr. Fuentes Ijurra «Y los subprefectos en las Provincias del Departamento que comprende la de su cargo» a la restricción 1.^a del artículo 29. A otra del mismo señor, empezando por el de la de Diputados» en el artículo 51.º. Y a otra del mismo sr. a la atribución 2.º del artículo 67 del proyecto de Constitución que dice «Para Coroneles del Ejército y Capitanes de Navío en la Armada»_ Diose 1.^a lectura a la adición del sr. Pellicer, al artº 52 del proyecto, puesta en estos términos_ «El cargo de Diputado o Senador cesa por ser nombrado consejero de Estado»_ Se dio cuenta del dictamen de la Comisión puesto a consecuencia de la proposición del sr. Fuentes Ijurra, para que se dedicasen los sábados a ver los asuntos ... particulares; puesto en discusión fue desechado. El señor Soffia presentó la proposición siguiente_ «Se dedican los Domingos para ver los asuntos particulares»

Dispensadas las lecturas y admitida a discusión inmediatamente, se pasó a la Comisión nombrada para dictaminar sobre las adiciones de la Constitución. Por último se dio 2.ª lectura a la adición del sr. Vidal a la ley de premios para que a los emigrados y exportados al Extranjero gocen de las mismas gracias que a los Mojos y Chiquitos.

Se pasó a la orden del día, poniéndose en discusión el artículo modificado por la Comisión, que es la que se sigue a la atribución 23 del artículo 53 del proyecto que dice__ «Atribución 24__ “establecer aduanas, y fijar la escala de derechos de importación y exportación”__ puesta en discusión la apoyó el sr. Pellicer impugnándola los Sres. Rodríguez, Paz Soldán y Zegarra. El señor Pellicer se encargó de contestar las objeciones; y puesta a votación fue aprobada por pluralidad absoluta. Siguió discutiéndose la atribución 25__ «Habilitar o cerrar los puertos mayores para el comercio con el extranjero”_ sujetos a votación fue aprobada. Discutida la 26.ª «_ Determinar si ha de haber fuerza armada, y en qué número, a señaladas distancias del lugar de sus sesiones__» fue aprobada por pluralidad absoluta.

En este estado se pasó a discutir el artículo 67__ de proyecto que dice__ «Para ser Presidente de la República se requiere ser Peruano de nacimiento; Ciudadano en ejercicio; tener quinientos pesos de entrada en procedentes de bienes raíces, o setecientos de renta”__ fue aprobado por partes, en la 1.ª y 2.ª y en la 3.ª, hablaron modificando los señores Cartagena y Rodríguez, y el señor Pellicer contestando a las objeciones; y sujeto a votación fue aprobado lo mismo que los anteriores. Siguió la discusión del artº 68 que dice__ «La elección del Presidente de la República se hará por los Colegios electorales, según el modo y forma que prescriba la ley”__ al tiempo de votarse fue aprobado. Puesto en discusión el artº 69__ «El congreso hará la apertura de las actas, su calificación y escrutinio fue aprobado por pluralidad absoluta. Discutido y puesto a votación el artº 70 que dice:__ «El que reuniere la mayoría absoluta de votos del total de electores de los colegios de Provincia será el Presidente»_ fue también aprobado. Sometido a discusión el artº 71 puesto en estos términos__ «Si dos o más individuos obtuvieren dicha mayoría será Presidente el que reúna más votos. Si obtuvieren igual número, el Congreso elegirá a pluralidad absoluta uno de ellos”__ habiéndose votado por partes, se aprobaron las dos por pluralidad absoluta. Después de discutido el artº 72__ «cuando ninguno reúna la mayoría absoluta, el Congreso elegirá Presidente entre los tres que hubieren obtenido mayor número de votos» __ fue asimismo aprobado. Puesto en discusión el artº 73__ «Si más de dos obtuvieren mayoría relativa con igual número de votos, el Congreso elegirá entre todos ellos”__ fue también aprobado por pluralidad absoluta. Leído y sujeto a discusión el artº 74__ «Si en la votación que en los casos precedentes se haga por el Congreso resultara empate, lo decidirá la suerte» fue también aprobado sin debate. Discutido y puesto a votación el artº 75__ «La elección del Presidente en estos casos debe quedar concluida en una sola sesión”__ fue del mismo modo aprobado. Discutido y votado por partes el artº 76 que dice__ «La duración del cargo de Presidente de la República, es la de seis años; y ningún ciudadano puede ser reelegido sino después de un periodo igual» fue aprobado en ambas. Sujeto a discusión el art. 77__ «El Presidente es responsable de los actos de su administración y la responsabilidad se hará efectiva concluido su periodo”__ se votó por partes y fueron aprobadas ambas; salvando su voto en la 2.ª los señores Vidal, Fuentes, Álvarez y Alvarado. Discutido el artº 78__ «La dotación del Presidente se determinará por una ley sin que pueda aumentarse o disminuirse en el tiempo de su mando”: al tiempo de votarse fue aprobada por pluralidad absoluta. Discutido el artº 79__ «La Presidencia de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad o independencia nacional y de derecho por admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física o moral, y término de su periodo constitucional”__ se votó por partes y fue aprobada en ambas. Dado por discutido el artº 80__ «Cuando vacare la Presidencia de la República por muerte, pacto atentatorio, renuncia, o perpetua imposibilidad física

o moral, se encargará provisionalmente del Poder Ejecutivo el Presidente del Consejo de Estado, quien en estos casos convocará a los Colegios Electorales dentro de los primeros diez días de su Gobierno para la elección de Presidente”__ se votó por partes y fue aprobado en ambas. Se pasó a discutir el art° 81__ «Si concluido el período constitucional no se hubiese hecho la elección por algún accidente, o verificada ella estuviere el electo fuera de la capital, el Presidente del Consejo de Estado se encargará del Poder Ejecutivo, mientras se practica la elección o llega el electo» se votó, y fue aprobado por pluralidad absoluta. Puesto en discusión, el art° 82__ «Si en alguno de los casos antedichos faltase el Presidente del Consejo, se encargará del Supremo Poder Ejecutivo el que lo haya subrogado accidentalmente en la Presidencia”__ fue aprobado. Púsose en discusión el art° 83__ «El ejercicio de la Presidencia se suspende por mandar la fuerza armada fuera del territorio de la República y por enfermedad temporal. En cualquiera de estos casos le subrogará el Presidente del Consejo de Estado”__ lo impugnaron los señores Vidal y Villarán, apoyándolo el señor Rodríguez, sujeto a votación fue desechado en sus dos primeras partes. El señor Ponce, individuo de la Comisión, sustituyó este artículo en sus partes desechadas con el siguiente__ «El ejercicio de la Presidencia se suspende, por ponerse el Presidente a la cabeza del Ejército, en caso de guerra, y por enfermedad temporal, o por ausentarse voluntariamente del Departamento de Lima__» Dispensadas las lecturas y admitido inmediatamente a discusión, la fundó su autor, y la impugnaron los Sres. Rodríguez, Rosel modificando y Paz-Soldán; y lo apoyó el sr. Villarán en las dos primeras, modificando la 3.ª Habiéndose votado por partes, fueron aprobadas para la primera y segunda y desechada la tercera. Se pasó a votar la última parte del artículo del proyecto que quedó pendiente y dice __ «En cualquiera de estos casos se subrogará el Presidente del Consejo de Estado”__ y fue aprobado por pluralidad absoluta. Se pasó a discutir el art° 84__ El Presidente para ejercer su cargo prestará ante el Congreso el juramento siguiente= «Yo N. juro por Dios y estos Santos Evangelios que ejerceré fielmente el cargo de Presidente que me ha confiado la República, que protegeré la Religión del Estado, conservaré la integridad, independencia y unidad de la Nación, guardaré y haré guardar su Constitución y leyes”__ fue aprobado por unanimidad. Pasose a discutir el art° 85 que contiene las atribuciones del Presidente de la República, y dice__ «Son atribuciones del Presidente de la República”__ 1.ª conservar el orden interior y seguridad exterior de la República”__: Se votó y aprobó. En cuyo estado se levantó la sesión a las cuatro de la tarde = Huancayo octubre 24 de 1839 = Aprobada = una rúbrica del S.S. Presidente del Congreso = Azpur = Álvarez.

Ramón Azpur Gervasio Álvarez
Secretario Secretario

(2) La tesis de que la «incapacidad moral» es equivalente a «mental», la ha difundido un valioso y pionero estudio de Abraham García Chávarri de 2013, apoyado en unas lecciones universitarias que en su momento impartió César Valega García (1942-2019) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Pero de lo que no ha dejado nada escrito ni menos prueba alguna que la sustente.

Otra interpretación que circula con menor intensidad sostiene que este concepto habría venido del Código Napoleón de 1804 por la figura de la capacidad e incapacidad de las personas —esto es, en el ámbito civilista— y que se ha replicado en otros países europeos. Esta postura confunde los niveles (público y privado) y se olvida que el *impeachment* norteamericano es de 1787 y se inspira en su similar inglés que viene de muy atrás. Además, nuestro primer Código Civil es de 1852 cuando ya había sido aprobada la Constitución de 1839. Y antes de 1852, el Perú se regía por diversas leyes coloniales y constitucionales, sin influencia de la codificación francesa, como lo ha comprobado el historiador Jorge Basadre (cf. BASADRE, J., «Contribución al estudio del Derecho anterior al Código Civil de 1852», *Mar del Sur*, marzo-abril de 1952, n.º 20).

nada⁴. Y más bien se entendió esto como conductas o comportamientos, toda vez que el uso y el significado etimológico así lo denota (el latín *mores* significa usos y costumbres).

Francisco García Calderón por lo demás, hace las siguientes precisiones en su monumental **Diccionario de la legislación peruana**, 2.^a edición, París 1879, tomo II en donde señala en la voz *moral* lo siguiente:

«Se llama moral a lo que pertenece a las buenas o malas acciones, en orden a lo lícito o ilícito en ellas. La facultad que trata de las acciones humanas en orden a lo lícito o ilícito en ellas...la moral no solo es una ciencia, sino que denota al mismo tiempo una calidad de las acciones buenas o malas...».

Lo anterior se confirma por el hecho de que durante el siglo XIX así se entendió y luego en los debates constituyentes de 1931, 1978-1979 y 1993, que dieron origen a las constituciones de 1933, 1979 y 1993 respectivamente, se debatió y se llegó a la misma conclusión. Por lo tanto, el intento realizado hace algunos años de entender «moral» como «mental» no solo no se compeadece con la etimología de las palabras, sino con la praxis política de las últimas décadas.

XV. ¿Y los delitos comunes?

La acusación constitucional está prevista en el caso de infracciones a la Constitución y de delitos en el ejercicio del cargo. Ahora bien... ¿Qué sucede si son delitos comunes? La reciente reforma constitucional en el caso de la inmunidad parlamentaria ya fijó una posición interesante (Ley 31118). Si son cometidos antes de asumir el cargo, lo ve el juez de la causa. Si por el contrario lo hace en el ejercicio de sus funciones, es juzgado por la Corte Suprema.

En el caso del presidente de la República la situación es más complicada, pues mientras esté en el cargo prácticamente es intocable, sin importar si incurrió en ello durante su mandato o antes. Solo cabría esperar a que el presidente deje de serlo. O en su defecto, se recurre a la vacancia presidencial. Cabe adicionalmente señalar que la inmunidad presidencial en los casos que existe, no impide **investigar** los hechos y reservarlos para cuando el presidente deje el cargo. Esto último es lo que no entendió en su momento la complaciente ex Fiscal de la Nación, Zoraida Avalos (en enero de 2022 abrió investigación contra el presidente Castillo, pero de inmediato la archivó, pues decía que al presidente no se le podía «investigar» mientras estuviese en el cargo).

4 Cf. PAREDES RUIZ, A. M., *El gran mariscal Agustín Gamarra en Huancayo y la carta política de 1839*, Editora Librería Llaque, Huancayo, 1944).

XVI. Consideraciones finales

El juicio político propiamente dicho se lleva básicamente en los países latinoamericanos que han seguido el modelo norteamericano y que tiene determinados lineamientos básicos. Busca apartar al funcionario del cargo e inhabilitarlo para la función pública. Esta última ha sido considerada por los penalistas como una sanción de tipo penal, lo cual no es tal. La inhabilitación es aquí política, de orden político e impuesta por un órgano político. Y lo es desde hace más de 200 años y así está considerado en los textos constitucionales. Tales sanciones políticas no pueden ser removidas o dejadas sin efecto por el órgano judicial, no solo porque no le corresponde, sino porque además ella nace de un expreso mandato constitucional, si bien, como en todo, pueden darse excepciones.

En los países europeos la situación es otra. Estas responsabilidades se llevan a cabo ante órganos judiciales especiales o ante una corte constitucional (como es el caso de Italia). Y así lo hacen desde siempre. Con lo cual queda en claro que cada país o área geográfica, de acuerdo a su tradición, se las arregla para solucionar sus problemas de acuerdo con los modelos o matrices que han adoptado.

SEGUNDA PARTE

Historia y Fundamentos del Constitucionalismo

PODER POLÍTICO Y RELIGIÓN EN ROMA: NOTAS PARA LA DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE UNA INTERRELACIÓN*

Ramón P. Rodríguez Montero

Profesor Titular de Derecho romano

Universidade da Coruña

(España)

ramon.rodriguez.montero@udc.es

I. En los primeros siglos de la Era cristiana encontramos en Roma y provincias una religión fragmentada en tantas sectas como dioses. La característica fundamental del aspecto religioso se concretaba en la falta de unidad, que, junto con otros factores, produjo en el siglo III dentro del Imperio romano una profunda crisis.

El politeísmo geográfico e individual, del que participaban todos los habitantes del Imperio excepto judíos y cristianos, dio lugar a la aparición del sincretismo, con el que, a través de sus diversas manifestaciones —de superposición, de yuxtaposición, de amalgama, filosófico—, se pretendió lograr la unidad religiosa, agrupando para ello fraternalmente a todos los dioses.

Así, por ejemplo, el emperador Heliogábalo estableció la supremacía del dios Sol Baal de Emesa, al que hizo desposar con la *Dea Caelestia* de Cartago, mezclando dioses romanos y orientales, con la intención de asociar a los mismos el culto de judíos, samaritanos y cristianos. Por su parte, Caracalla erigió en Roma el templo de Serapis al lado de Júpiter Capitolino, y Alejandro Severo reunió en su oratorio junto a los emperadores divinizados a los hombres más virtuosos y a las almas más santas.

* Agradezco la amable invitación que me ha sido formulada para participar en el Homenaje ahora tributado a Javier Ruipérez Alamillo, viejo amigo y entrañable compañero de andanzas e inquietudes universitarias, al que me complace aportar la presente contribución, publicada en el ya lejano año 2001, n.º 5, págs. 1113-1126, de nuestro *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, en recuerdo de los viejos tiempos.

Sin embargo, el ofrecimiento de la comunicación sincretista, tanto a judíos y cristianos así como a los seguidores de otras religiones, no produjo los efectos deseados.

Los primeros rechazaron su participación en la aludida política sincretista, pero con diferentes resultados. Así, mientras que en el caso de los judíos su repliegue sobre sí mismos restó importancia a su no aceptación del politeísmo, reduciendo a su Dios a un simple Dios nacional, y, por ello, admisible, el proselitismo cristiano transformó su rechazo a los dioses establecidos en profesión de ateísmo asocial, convirtiendo a su Dios, exclusivo y universal, en inaceptable para los gobernantes.

Desde estos presupuestos, a los cristianos se les atribuyeron todas las desgracias del Imperio, o, lo que es lo mismo, la responsabilidad de la cólera de los dioses, por lo que la multitud exigió su castigo, dando comienzo las persecuciones.

La primera fue ordenada por Nerón en el año 64, a consecuencia de la atribución a los seguidores de Cristo de la autoría del gran incendio que por aquel entonces devastó Roma.

De dicha persecución nos da cuenta el antiguo historiador Tácito, aproximadamente hacia el año 100, expresándose en los siguientes términos:

«Ningún medio humano, ni regias generosidades, ni ceremonias expiatorias hacían desaparecer el rumor infamante de que aquel incendio había sido preparado. Por ello y para inhibirse, Nerón buscó supuestos culpables y castigó con refinados tormentos a aquellos cuyas abominaciones hacían odiosos y a quienes la multitud llamaba cristianos. Este nombre viene de Cristo a quien, reinando Tiberio, el procurador Poncio Pilatos entregó al suplicio; reprimida al pronto, creció después esta abominable superstición, no sólo en Judea, donde se originó el mal, sino también en Roma, donde afluye todo cuanto hay de detestable y vergonzoso en el mundo, y se acrecienta con numerosa clientela».

Posteriormente, los cristianos fueron castigados en Antioquía (año 107), Esmirna (año 155), Lyon (año 177), y Alejandría (año 200). Según cálculos efectuados por el erudito benedictino Dom Lecqlerq, en el siglo I sólo pudieron practicar su religión en paz durante veintiocho años, y en el siglo II durante quince.

El monoteísmo cristiano no sólo chocó abiertamente con el pluralismo religioso del Imperio; también lo hizo con la concepción misma de la organización política.

En este último aspecto, tanto a través de la *polis* griega como de la *civitas* republicana romana, se tendió a realizar un ideal de vida humana colectiva bajo un orden jurídico en el que las leyes de la ciudad se presentaban como el trasunto de la ordenación inmutable querida por sus dioses.

Al igual que ocurrió en la *polis* griega, en Roma no se impusieron ideales religiosos antagónicos respecto a los supremos ideales que encarnaba la *civitas* republicana. En Roma, se dice, imperó una «religión de Estado», en el sentido de que la vida religiosa se encontraba bajo el control de la organización política. La religión envolvía la vida política republicana en sus primeros tiempos. La ciudad primitiva aparecía estructurada como una comunidad de creencias religiosas. El fundamento del poder político presentaba un claro trasfondo religioso.

A partir de César, los emperadores romanos tendieron, al igual que ocurrió en época republicana, a ensamblar ideales religiosos y políticos en el quehacer colectivo, instaurando el culto al emperador como una de las bases del poder imperial.

El politeísmo y los múltiples cultos provinciales facilitaron la divinización de los emperadores, y, por consiguiente, del poder político, como se puede apreciar perfectamente en el caso de Diocleciano, emperador de finales del siglo III que recurrió a toda una serie de formas externas —vestimenta, ritos, Corte— a través de las cuales pretendió subrayar el carácter sagrado de su figura. Un carácter sagrado que no provenía de su propia persona, por ser él mismo un dios, sino por encontrarse ligado a Júpiter, lo que le confería cualidades supra humanas. Eran los dioses los que inspiraban al emperador, convirtiéndose por ello en fuente de felicidad para los romanos, que, en correspondencia, debían mostrarle su agradecimiento mediante la lealtad hacia su persona.

El ideal cristiano de vida no respetó la tradición descrita ni los cultos nacionales, haciendo peligrar uno de los fundamentos más sólidos del Imperio romano.

Según el filósofo platónico Celso —que intuyó la peligrosidad de la doctrina cristiana, entre otros, en el texto contenido en el Evangelio según San Mateo 6.24, en el que se señalaba que «*no se puede servir a dos Señores a la vez*»—, el cristianismo representaba una ruptura con la ideología en que se apoyaba el orden social y político del Imperio, en definitiva, con todo el sentido de la ciudad-estado antigua, en la que, como ya se ha indicado anteriormente, no existía un divorcio profundo entre ideales políticos e ideales religiosos.

Celso, que escribió aproximadamente en el año 178, muestra en su obra una preocupación política respecto a los cristianos. Su argumentación histórica en defensa de la religión popular se encuentra basada en la tradición.

Lo mismo ocurre en el caso de Diocleciano. Este emperador, en la exposición de motivos de su Edicto de 31 de marzo del 297, dictado contra los maniqueos, justificaba las causas de su persecución en base a la defensa de las viejas costumbres, de la tradición romana:

«Oponerse (a los dioses inmortales) u ofrecerles resistencia es una obra impía, y la antigua religión no debe ser corregida por otra nueva. En efecto, es un gran crimen reformar lo que nuestros antepasados ya han definido una vez, lo que ha tomado curso seguro y fijo. Así nos aplicamos en castigar la obstinación de los malvados... que oponen a las viejas religiones otras sectas nuevas... Hemos sabido

que la novedad del maniqueísmo, recientemente revelada al mundo, ha salido de la nación persa, nuestra enemiga, o bien nació en ella... Es de temer que... sus sectarios se esfuercen en corromper, con las costumbres abominables y las leyes infames de los persas, la inocencia natural y la prudencia tranquila de la nación romana...».

La raíz del conflicto entre el cristianismo y el poder político se encontraba, por tanto, en la incompatibilidad manifiesta entre los cultos tradicionales y la nueva religión, cuya doctrina, heredada directamente del judaísmo, se asentó en tres puntos fundamentales: el monoteísmo absoluto, la noción de trascendencia de Dios respecto al mundo, y el rechazo más abierto al sincretismo.

También es preciso destacar que la relación de la Iglesia antigua —carismática y estructuralmente desorganizada— con el orden político, siempre fue vacilante, incluso con posterioridad al reconocimiento oficial de la doctrina cristiana.

En sus inicios, el cristianismo no dispuso de ninguna teoría política ni social elaborada.

La falta de unidad en la posición de la Iglesia respecto al orden político establecido se vislumbra en el Nuevo Testamento, que ofrece al respecto dos planteamientos diferentes, ambos fundamentados escatológicamente, en los que encuentra su origen la orientación tanto teórica como práctica que desarrollará en relación a la autoridad civil todo el pensamiento cristiano posterior.

Una primera corriente es la apocalíptica judía, que presenta una actitud de rechazo y hostilidad frente a los poderes mundanos que se auto glorifican y niegan el origen divino de todo poder. En esta posición, tomada del Apocalipsis de San Juan y elaborada durante las persecuciones, late una idea dualista de dos mundos opuestos e irreconciliables. Roma aparece significativamente equiparada a Babel, identificándola como enemiga de la comunidad y fuerza del mal de este mundo.

Mediante juicios metafóricos expresados de forma mítica, se indica, por ejemplo, que «*el Reino de este mundo no es de aquí*» (Jn. 17.36), que la función de este mundo se dispone a terminar (1, Cor. 7.31), que en el mismo no existe una ciudad permanente y nos dirigimos en busca de la futura (Heb. 13.14; Filp. 3.20). En los capítulos 13 y 14 del Apocalipsis se proclama una oposición a los poderes terrenos. Se produce una protesta abierta contra la absolutización del poder político.

Uno de los representantes más significativos de esta corriente de radical rechazo frente al poder mundano, que manifestó una primera oposición abierta a la colaboración entre la Iglesia y el poder público, fue el montanista Tertuliano (160-220). A partir del Apocalipsis sostuvo que Roma constituía un aparato de poder del orgullo humano, un enemigo de los santos de Dios.

Tertuliano, cuyos juicios y construcción teológica son complejos, realizó una crítica acerba de la ética estatal romana y predicó la total secesión del

cristianismo respecto al poder público de su tiempo. Para el mismo nada es más extremo al cristianismo que la cosa pública: *nec ulla magis res aliena quam publica*.

A través de sus palabras «*Sacramento divino y juramento humano, signo de Cristo y signo del demonio, la luz y las tinieblas no pueden caminar nunca juntos, no se puede seguir a la vez, dos poderes, a Dios y al emperador*», se puede observar una radical negación de todo orden político que obligase a los cristianos.

En el mismo sentido se puede interpretar el fragmento 5 de su tratado *De pallio*:

«No tengo ninguna obligación frente al Foro, el ejército o el Senado..., evito las urnas electorales y los Tribunales..., no presto servicio como magistrado, ni como soldado; nosotros los cristianos estamos más allá del mundo político».

Frente a esta primera corriente de opinión se sitúa otra cuyos juicios de valor respecto al poder político difieren de la anteriormente expuesta.

Dicha posición encuentra su representante más señalado en San Pablo, que, en los versículos 1 a 7 del capítulo 13 de su Carta a los romanos —en los que el Apóstol, según algunos autores, presentaría una indiferente lealtad hacia el Estado, alimentada por la creencia en el próximo advenimiento del Reino de Dios, dado el desinterés que aquel demuestra por la historia terrena y política—, aceptaba el poder de los gobernantes como proveniente de Dios.

En otros textos se ora por todos los constituidos en dignidad (1 Tim. 2.1-2), y se exhorta a los cristianos a vivir y trabajar en paz (2 Tes. 2.6-16; 1 Tim. 2.1; Tit. 3.1-ss.; 1 Pet. 2.3-17). También cabe recordar la conocida parábola del tributo al César, recogida en Mc. 12.17.

A partir de estos textos surgió otra corriente cristiana, ingenuamente optimista, que consideraba al Imperio como un instrumento providencial al servicio del cristianismo. Con ella conectan una serie de Apologías escritas en los años 177 y 178, en la época del emperador Marco Aurelio, mediante las que se pretendieron aclarar los equívocos surgidos entre el Imperio y el cristianismo.

Las diferentes alusiones del Nuevo Testamento al tema de las «autoridades», como se puede comprobar, presentan un evidente contraste cuando se comparan los juicios que se contienen en el Apocalipsis de San Juan con los de la Carta a los romanos de San Pablo. Entre los citados textos se establece la que ha sido calificada como «unidad en tensión».

Con el paso del tiempo, el insigne teólogo cristiano Orígenes —calificado por algunos autores como el teólogo del momento crucial del cristianismo en el mundo antiguo, y que, según otros, conseguiría elaborar una visión total del mundo sin precedentes hasta Santo Tomás—, adoptaría en su obra *Contra Celsum*, en la que se produce la primera gran confrontación del cris-

tianismo con el pensamiento pagano, una posición de equilibrio entre la oposición abierta y frontal contra el Imperio y el optimismo acríptico de otros sectores cristianos, que lo consideraban como un instrumento providencial al servicio de su doctrina.

Para Orígenes, cuya concepción política general resulta inseparable de su condición de creyente, el Imperio era una más de las realidades de este mundo, y no por ello demoníaca, ni esencialmente perversa; una realidad querida por Dios que merece la lealtad y el apoyo de todos. No obstante, el Imperio no representaba un valor absoluto y total, por lo que la lealtad de la Iglesia hacia los poderes constituidos no podía ser incondicional, sino crítica.

Orígenes se opuso a cualquier pretensión de divinizar el poder o hacer del mismo fuente de todo derecho: *«no se ha dado al emperador de modo absoluto todo lo que hay sobre la tierra, ni tampoco recibimos de él cuanto nos es dado durante la vida»*.

Aquí radicaba precisamente el motivo de la hostilidad de los cristianos hacia el Imperio: su más absoluto rechazo a la pretensión de sacralizar una autoridad humana que, traspasando sus límites, pretendía encontrar en sí misma la razón última de su ser y la fuente única de su poder, rechazando toda dependencia de la única y omnipotente realeza de Dios, considerado por los cristianos —como ya se indicaba en el Antiguo Testamento, cuando se señalaba: *«escucha Israel: Yahvé es nuestro Dios, Yahvé es único»* (Deut. 6.4 y 32.39; Ex. 20.1-3; Is. 44.6)— el único valor Absoluto e indiscutible.

Orígenes no cuestionaba la autoridad de los gobernantes recibida de Dios, señalando la obligación de obedecerles, honrarles y orar por ellos. Tampoco la sumisión al Estado —reconocida, entre otros, en los siguientes textos: Mat. 22.21 y paralelos; Rom.13 passim.; 1. Petr. 2.13-14—, que no necesitaba ser cristiano —recuérdese que el Estado de Rom.13 era gentil—, y que podía encontrarse dentro del orden actual de Dios, aún sin darse cuenta, reconociendo claramente como su función el mantenimiento del orden y la paz humana.

El problema surgía cuando, como ya se ha indicado, el poder político traspasaba sus límites y pretendía convertirse en absoluto, ilimitado y totalitario, haciendo frente a la soberanía de Dios.

En el ámbito jurídico Orígenes apelaba en su argumentación contra Celso a la distinción ya elaborada por pensadores griegos entre la ley natural y la ley escrita o positiva, considerando a las leyes del Imperio como leyes escritas —emanadas del poder político, y, por tanto, de carácter humano— que habían de estar supeditadas necesariamente a la ley natural, de la que, por ser de origen divino y superior, debían tomar sus principios rectores.

Según Orígenes, cuando la ley escrita no contradecía a la ley divina, constituía un bien en sí misma, resultando inconveniente que los ciudadanos la abandonasen para seguir otras leyes extrañas. En caso de oposición entre ambas, la ley divina debía prevalecer sobre la humana, siendo lícita, y, hasta

incluso obligatoria, la rebelión abierta, colectiva y activa contra las leyes injustas y opresoras, así como la formación de asociaciones que fuesen contra la misma, siempre y cuando pretendiesen la búsqueda de la verdad.

II. Tras un nuevo período de alternativas persecuciones con la adopción por parte de algunos emperadores de variadas medidas dirigidas contra los cristianos, llevadas a cabo a lo largo de la segunda mitad del siglo III y durante los primeros años del siglo IV, en el año 311, Galerio dictó en Sárdica un importante Edicto, en el que establecía una parcial tolerancia de la fe cristiana.

El citado Edicto implicaba el reconocimiento de que la destrucción de los cristianos resultaba tan imposible como vencer su lealtad religiosa, y en el mismo se les obligaba a orar a su Dios por la permanencia y el bienestar del Imperio.

Dos años más tarde, en el 313, el emperador Constantino confirmó en Milán el Edicto dictado por su antecesor Galerio, procediendo a precisar con mayor exactitud su contenido en los siguientes términos:

«Estando yo, Constantino Augusto, y yo, Licinio Augusto, felizmente reunidos en Milán para tratar de los asuntos concernientes al interés común y a la seguridad del Imperio (*securitatem publicam*), hemos pensado entre los asuntos de que debíamos ocuparnos, nada más útil a nuestros pueblos que el de regular primeramente la forma de honrar a la divinidad. Hemos resuelto conceder a los cristianos y a todos los demás la libertad de practicar la religión que prefieran (*liberam voluntatem sequendi religionem*), a fin de que la divinidad que preside en los cielos sea propicia y favorable tanto a nosotros como a los que viven bajo nuestra autoridad. Nos ha parecido sano y razonable no negar a ninguno de nuestros súbditos, sea cristiano o perteneciente a otro culto, el derecho de practicar la religión que más le plazca. De este modo la divinidad suprema, que de ahora en adelante cada uno de nosotros honrará libremente, nos mostrará su favor y acostumbrada benevolencia. Conviene, pues, que Vuestra Excelencia (*dicatio tua*) sepa que derogamos las restricciones contenidas en el Edicto precedente que os habíamos enviado con relación a los cristianos (Edicto del 312) y que a partir de este momento nosotros les permitimos observar su religión, sin que se les pueda inquietar ni molestar de ninguna manera. Hemos creído conveniente hacérselo saber de la manera más precisa para que no ignoréis que concedemos a los cristianos la libertad más completa y absoluta de practicar su religión. Vuestra Excelencia debe saber que, para la conservación de la paz en nuestros días, hemos concedido a los otros el mismo derecho público y libre para profesar sus creencias o culto. Lo hemos decidido así para que no parezca que favorecemos a una religión más que a la otra; de este modo cada cual tendrá ocasión para dar culto a la divinidad según sus propios deseos.

Respecto a los cristianos, hemos decidido ordenar que si los lugares en los que en tiempos pasados solían reunirse (sobre lo cual ya hemos dado varias normas en el pasado que pueden servir de guía) hubieran sido adquiridos por nuestro

fisco o por cualquier otra persona, ordenamos que sin ambigüedades o evasivas estén dispuestos a restituirlos a los cristianos, sin esperar recompensa pecuniaria o por precio alguno. Asimismo, deben devolver a los cristianos los bienes cuya propiedad hubieran recibido en calidad de regalo. Quienes hubieran adquirido dicha propiedad mediante compra o la hubiesen recibido como regalo, si quieren ser recompensados por nuestra benevolencia que lo soliciten del Vicario, el cual presentará su caso a nuestra clemencia. Convendrá que cuanto antes y sin demora todas estas cosas se entreguen a los cristianos por Vuestra intercesión. Y puesto que es del conocimiento público que dichos cristianos han poseído no sólo estos lugares donde solían reunirse, sino que, como es sabido, tenían otros que pertenecían a su corporación, es decir, a sus Iglesias y no a las personas privadas, ordenaréis, de acuerdo con la Ley que más arriba hemos indicado, que se les devuelvan todas esas posesiones a los cristianos, o sea, a sus corporaciones y asambleas, sin pleitos ni evasivas. Hágaseles notar lo que hemos dicho antes, a saber que quienes devuelvan estos bienes sin ponerles precio, pueden esperar, según hemos dicho, alguna recompensa de nuestra benevolencia.

En todo lo referente a los cristianos, debéis mostrar suma eficiencia de modo que nuestro Edicto se ejecute con suma celeridad, pues en todo este asunto hemos tenido en cuenta, por nuestra clemencia, la tranquilidad pública. Queremos que se cumpla todo esto para que, según hemos dicho más arriba, el favor divino cuya presencia hemos experimentado en tantas ocasiones, bendiga en todo momento a nosotros y a nuestros sucesores con el bienestar público. Para que lo dispuesto por nuestra perpetua benevolencia pueda llegar al conocimiento de todos, sería conveniente que hicieras llegar a todas partes y pusieras estos puntos a la consideración de todos, para que así el Decreto de nuestra benevolencia no sea ignorado».

Constantino no se desvinculó del paganismo oficial, puesto que siguió ostentando el cargo de *Pontifex maximus*; tampoco eliminó los ritos paganos, y siguió manteniendo en la Administración imperial a paganos, que desempeñaron altos cargos.

Este emperador no elevó nunca el cristianismo a religión oficial y única del Imperio; simplemente la reconoció como una más y la equiparó a las demás religiones existentes. Concedió a los cristianos la libertad de que hasta entonces no gozaban, y se limitó a corregir la legislación en lo desfavorable a los mismos.

Las razones que motivaron tal reconocimiento del cristianismo como legítima religión del Imperio —considerado por muchos de sus coetáneos como un acto revolucionario para su tiempo—, han dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales, contradictorias entre sí, y que oscilan entre los autores que entienden dicho reconocimiento como un acto realizado de manera interesada por un político religioso y amoral, frente a los que piensan que el emperador tenía una predisposición religiosa y que, más que utilizar la nueva fe como fenómeno espiritual del Imperio para sus propios intereses, lo que pretendió con ese acto de reconocimiento fue buscar una seguridad en la fe.

La necesidad del Imperio por conseguir el apoyo de una religión fuerte provocó que la indicada situación de tolerancia religiosa —que *de iure* duraría hasta Teodosio I (año 379)— desapareciese en la práctica más bien pronto.

Entre los sucesores de Constantino únicamente Constancio II (año 337-361) promulgó una serie de leyes contra los sacrificios paganos, sancionando la realización de los mismos con la pena capital, y procedió a clausurar algunos templos en los que se celebraban determinados cultos orientales, considerados moralmente escandalosos.

Con Joviano (años 363-364), Valentiniano I (años 364-375) y Valente (años 375-378) se recuperó la antigua tolerancia religiosa oficial. Estos tres emperadores, separándose prudentemente de la política religiosa de Juliano —con el que el Imperio recuperó durante dos años (361-363) su carácter pagano—, restituyeron los bienes confiscados por éste a las Iglesias, y concedieron plena libertad de conciencia a todos, tolerando también los cultos paganos en la medida que sus seguidores se abstuviesen de la realización de artes mágicas.

Paganismo y cristianismo no fueron incompatibles entre sí y pudieron seguir coexistiendo durante mucho tiempo, como lo demuestra la legislación dictada por los emperadores comprendidos entre Teodosio y Justiniano.

A pesar de lo señalado en cuanto a la política religiosa seguida por Constantino, en el caso de este emperador se puede observar, con el paso del tiempo, no obstante, un claro favoritismo hacia la religión cristiana y la Iglesia, como reflejan una serie de medidas legislativas dictadas por el mismo entre los años 319 y 320.

Entre ellas se pueden citar, por ejemplo, la equiparación en cuanto a su validez de las resoluciones tomadas en los arbitrajes episcopales con las sentencias dictadas por los tribunales civiles («*El juez debe atender cuidadosamente a que se suspenda la causa cuando se apela al Tribunal episcopal. Si alguien quiere ser juzgado según la ley cristiana y atenerse a la misma, debe ser atendida su demanda aun cuando la causa se haya iniciado ante el magistrado civil, y estas sentencias deben tenerse por válidas. Sin embargo, para que no haya abusos, una de las partes, al menos, debe presentarse ante dicho tribunal y exponer sus razones*»), la exención de deberes públicos —servicio militar, cargos comunales, etc.— a favor del clero («*El clero, es decir, quienes se dedican al culto, están exentos de cualquier deber público, para que no se distraigan del servicio divino a causa de la sacrílega envidia de cualquier malintencionado*»), la posibilidad de aceptar legados testamentarios y constituir patrimonios propios («*Es lícito a todos dejar al morir cuantos bienes quieran a la Iglesia; dichas voluntades no deben anularse. Nada hay más justo que dejar libre la voluntad de quien hace testamento y no obligar a quien después de la muerte no puede cambiar de parecer*»), o la instauración del domingo cristiano como fiesta estatal.

III. En el período comprendido desde Constantino hasta la muerte de San Agustín (año 430), la Iglesia dejó de ser una secta —reducida, pero influyente—, para convertirse en una organización extendida por todo el Imperio, actuando como un factor de poder.

Esta Iglesia del siglo IV es una *ecclesia triumphans*. Su significado se puede comprender materialmente a través de las representaciones iconográficas bizantinas; en ellas, como expresión de la conciencia que de sí misma tenía la religión triunfante, el elemento central no es la Pasión, sino Cristo triunfante que aparece con la cruz como signo de victoria.

Iglesia triunfante, formada por un clero independiente del Imperio y rígidamente organizado, que tenía carácter episcopal. Dentro de su organización la figura fundamental era el obispo, eminentemente carismático en los primeros tiempos. Su autoridad y dignidad, emanada de la *successio apostolarum*, le confería una potestad jurídica sobre el clero y las propiedades eclesiásticas.

Las cuestiones dogmáticas y teológicas se decidían en el Sínodo, cuyo ámbito geográfico, inicialmente, fue metropolitano o referente a un Patriarcado, destacando en cuanto a la estructura administrativa y disciplinar la igualdad de rango de todos los obispos.

Más adelante, por intervención del emperador Constantino, se creó el denominado Sínodo General o Concilio Ecuménico, que abarcaba la totalidad del Imperio y reunía a todos los Obispos cristianos con la finalidad de deliberar y elaborar conclusiones sobre cuestiones litúrgicas, dogmáticas y jerárquicas de la Iglesia universal y de sus miembros.

El primer Concilio Ecuménico de la cristiandad se celebró en el año 325 en Nicea, siendo convocado y presidido por el propio emperador, al no existir una autoridad eclesiástica superior investida del poder suficiente para sustituir a Constantino, con el que se inició una política eclesiástica que sería continuada por emperadores posteriores.

Al mismo Constantino también se debe el inicio de una política oficial de construcciones eclesiásticas. La Casa de Dios representaba públicamente la nueva fe, lo cual evidenciaba un cambio de orientación oficial hacia el cristianismo.

En Nicea se condenó el arrianismo como motivo de desunión entre la población cristiana imperial. La falta de unidad forzó la intervención del emperador, puesto que, desde el momento en que la Iglesia se había convertido en una de las bases de la autoridad imperial, cualquier amenaza a su integridad también ponía en peligro la solidez imperial; el cisma religioso podía provocar la guerra civil o, cuanto menos, la pérdida de la lealtad política de los súbditos imperiales no ortodoxos. Así, en *De haereticis* XVI 5.1 (año 326), se señalaba de manera expresa: «*Los privilegios concedidos en favor de la religión sólo deben beneficiar a los seguidores del catolicismo. Mandamos que los herejes y los cismáticos no sólo sean privados de tales favores, sino que además se les apliquen otros gravámenes*».

Una de las características de los emperadores del siglo IV fue precisamente el profundo convencimiento de su derecho divino y su deber de intervenir en la política eclesiástica; entendían que su autoridad la recibían de Dios y aparecían como «origen de todas las buenas acciones» y «luz del mundo», siendo representados como sustitutos de Cristo en la tierra, con el derecho y el deber de realizar en ella el orden divino. Su imagen aparecía iluminada por velas, y en las monedas una mano que surgía del cielo le colocaba una diadema.

La actitud de la Iglesia ante el régimen teocrático imperial tampoco fue unitaria en esta época, ya que, mientras que en la zona oriental del Imperio aquélla se inclinó a reconocer y ceder ante la autoridad imperial, en Occidente no ocurrió lo mismo, ofreciendo mayor resistencia.

Eusebio, teólogo de la corte de Constantino, desarrolló ampliamente los argumentos de Orígenes, utilizando —abusivamente, según algunos autores— el mensaje cristiano como justificación de una situación política. En su opinión, el Imperio mundial facilitaba la expansión del cristianismo; la paz mundial imperial hacía posible la comprensión de la paz del Evangelio, realizándose en la Historia el plan divino con el *Imperium christianum* de Constantino; el mundo tenía para Eusebio un Dios y un emperador.

Sin embargo, en la época de Constancio —hijo y sucesor de Constantino en la parte oriental del Imperio, durante los años 337 a 361—, surgieron una serie de opositores, frente a los cuales este emperador consiguió imponer su voluntad. Tras fracasar en su intento de unificación en los Concilios de Sárdica (año 343), Arlés (año 353) y Milán (año 355), logró triunfar en Sirinio (años 357-359), haciendo aceptar sus condiciones en Rimini (año 359) y Seleucia (año 360).

Constancio, yendo mucho más allá que su padre, exigió obediencia a los Obispos, otorgándoles a cambio una serie de privilegios, como si se tratase de funcionarios imperiales a su servicio, entre los que, por ejemplo, cabe citar la posibilidad de utilizar el correo público y el derecho a sustraerse de la jurisdicción laica.

Frente al sistema cesaropapista —propio de la parte oriental del Imperio, en el que la Iglesia prácticamente se transforma en un órgano de la Administración imperial, quedando sometida al emperador, por su consideración como máxima autoridad religiosa—, como ya se ha indicado, se alzaron las voces discordantes de algunos opositores, que, durante el siglo IV, reclamando la autonomía eclesiástica, pretendieron delimitar las competencias de la Iglesia y el emperador. Entre los más destacables encontramos a San Atanasio de Alejandría, Lucífero de Cagliari, Hilario de Poitiers, Osio de Córdoba y San Ambrosio de Milán.

San Atanasio de Alejandría fue el primer Obispo del siglo IV que formuló una reivindicación de libertad para la Iglesia. En su *Historia Arrianorum ad Monachos* estableció una comparación entre San Pablo y Constancio, criti-

cando la que consideraba como connivencia del emperador con los herejes, así como su influencia en las cuestiones religiosas, frente a San Pablo, que, pese a su respeto y consideración hacia las autoridades romanas, mantuvo su independencia en los aspectos religiosos.

Lucífero de Cagliari, por su parte, se negó en el Concilio de Milán del 355 a condenar a Atanasio, tal y como pretendía el propio emperador.

Lo mismo ocurrió en el caso de Hilarío de Poitiers, que llegó a calificar a Constancio como «el anticristo», solicitándole que los jueces laicos se abstuviesen de conocer las causas de los clérigos, y reclamó a los sacerdotes piadosos que retornasen a sus sedes.

Mayor importancia doctrinal presenta Osio de Córdoba, que influyó de forma notable en los Concilios de Nicea y Sárdica, rompiendo con la tradicional línea de unión entre la Iglesia y el Imperio.

En su Carta a Constancio (año 356), al que se dirigió como Pastor de la Iglesia en tono enérgico y admonitorio, propugnó la separación entre la Iglesia y el Imperio, volviendo a las raíces cristianas, e indicando que, mientras que al emperador correspondían los asuntos imperiales, a la Iglesia le correspondían los eclesiásticos, conforme a lo establecido por Dios y escrito en el Evangelio. La delimitación de competencias, según Osio, exigía no inmiscuirse en los asuntos ajenos, pues Dios no aprobaría la actuación de la Iglesia si se apoderase del Imperio, y en el caso contrario, si se tratase de la intromisión del emperador, el mismo se convertiría en reo de un grave delito.

Otra de las personalidades relevantes en el siglo IV, tanto por la doctrina que formuló, como por su lucha en favor de la autonomía de la Iglesia, fue San Ambrosio de Milán.

Este Obispo, aun aceptando la obediencia al emperador, defendió la independencia de la Iglesia frente al poder imperial, proclamando el sometimiento del emperador en las materias espirituales a la jurisdicción eclesiástica. Según San Ambrosio: *«no hay mayor honor para el emperador que ser considerado hijo de la Iglesia; el emperador está dentro de la Iglesia, no por encima de ella. Por ello es bueno que busque su ayuda»*.

En resumen, se puede decir que, durante el siglo IV, la Iglesia mantuvo en general una posición de lealtad para con el Imperio, lo que no excluyó la existencia de una actitud crítica hacia el mismo y una toma de conciencia en los aspectos sociales. En este sentido, se dio una acusada disposición hacia la actividad asistencial y un esfuerzo constante por mitigar las necesidades sociales y eliminar la comisión de ciertos abusos políticos, pero sin intentar llevar a cabo una reforma en profundidad tanto del orden social como político.

IV. Teodosio I (años 379-395) fue el último de los emperadores del Imperio cristiano unificado que, frente a sus predecesores —que adhiriéndose a una determinada religión y favoreciéndola adoptaron una actitud tolerante frente

a las demás creencias—, eliminó la tolerancia religiosa, estableciendo la obligatoriedad del cristianismo, declarada como religión del Imperio.

En el Edicto *Cunctos Populos*, dictado en Tesalónica en el mes de febrero del año 380 —recogido en C.Th. 16.1.2—, este emperador elevó la profesión de fe nicena, completada por los conceptos trinitarios —tres personas en una sola substancia— a única religión del Imperio:

«Es nuestra voluntad que todos los pueblos sometidos al gobierno de nuestra Graciosa benevolencia, sigan la fe que el divino Apóstol Pedro ha transmitido a los romanos. Este es el credo que observan los Pontífices Dámaso y Pedro y el Obispo de Alejandría, hombre de santidad apostólica. Creemos, siguiendo la instrucción apostólica, y la doctrina evangélica, en la divinidad del Padre en igual majestad y en Santa Trinidad. El que siga este mandamiento deberá reclamar por nuestra voluntad el título de cristiano católico (*nomen christianum catholicum*). En cuanto a los otros, estos insensatos extravagantes, son heréticos y fulminados por la infamia, sus lugares de reunión no tienen derecho a llevar el nombre de iglesias, serán sometidos primero a la venganza de Dios y después a la nuestra...».

Con posterioridad, el 10 de enero del año siguiente, Teodosio dictó un nuevo Edicto, aclarando el anterior, en el que se contenía un resumen del credo niceno.

El emperador Teodosio, que no se invistió del cargo de *Pontifex maximus*, estuvo mucho más convencido que Constantino de la legitimación divina de su poder y de la responsabilidad que le correspondía de comportarse como señor de la Iglesia, siendo él mismo quien fijó e impuso el dogma religioso, y reglamentó, en su propio nombre y no en el de la Iglesia, el código de verdades religiosas obligatorias, preocupándose además de la propagación de la fe reconocida como verdadera en su intento de realizar como soberano el Imperio cristiano.

De esta forma, la fe se presentó no sólo como el fermento de la sociedad, sino también como el principio político que informaba todo el orden terreno.

Para Teodosio la Iglesia era inseparable del Imperio; se encontraba integrada en el mismo. La Iglesia estaba sometida al emperador; lo temporal se apropiaba de las prerrogativas de lo espiritual, confundiéndose política y religión.

La política religiosa de Teodosio se orientó fundamentalmente en dos frentes: lucha contra las herejías y lucha contra el paganismo.

Por lo que se refiere a la lucha contra las herejías, este emperador dictó en dos etapas, comprendidas entre los años 381 a 384 y 388 a 394, varios Edictos. A través de los mismos prohibió las reuniones tanto públicas como privadas de los herejes, confiscó sus templos, y estableció restricciones en materia hereditaria y testamentaria para los miembros de las sectas consideradas como más peligrosas.

Similares medidas fueron adoptadas contra los paganos. Así, se consideró que los que ejecutaban actos de paganismo cometían un sacrilegio y eran reos del *crimen* de lesa majestad. Sus templos fueron asaltados con la finalidad de derribarlos o convertirlos en Iglesias. Las ofrendas religiosas y la veneración de las estatuas de sus dioses, así como la totalidad de los ritos de superstición pagana, fueron prohibidos bajo la amenaza de graves penas. Incluso dentro de las medidas represivas contra los paganos, en el año 393, se procedió a la supresión de los Juegos Olímpicos.

Aunque Teodosio, por una parte, reconoció formalmente la preeminencia del Papa, e incrementó los privilegios del clero en diversas materias —administrativa, jurisdiccional, etc.—, por otra, también se esforzó por salvaguardar los intereses imperiales, obligando a la propia Iglesia a participar en las liturgias extraordinarias, limitando su derecho de asilo y estableciendo la prohibición de esconder a los deudores del Imperio, por ejemplo.

Bajo el mandato de este emperador se celebró el segundo Concilio Ecuménico en Constantinopla (año 381). En él intervinieron ciento cincuenta Obispos del Oriente griego, que corroboraron la decisión imperial del año 380, y también se aseguró —no sin voces disidentes, como la de San Ambrosio— la independencia de la Iglesia imperial griega frente a las aspiraciones al Primado del Obispo de Roma.

V. Entre los diversos problemas que se plantearon a partir del año 395, en el que, como es sabido, con la muerte de Teodosio se produjo la división material del Imperio en dos partes —Oriental y Occidental—, uno de los más importantes fue el religioso.

Mientras que en la parte oriental del Imperio la relación entre la Iglesia y la realidad política se fue consolidando tanto institucional como ideológicamente cada vez más, en Occidente la Iglesia se fue distanciando progresivamente del en aquella parte decadente poder imperial, convirtiéndose en una potencia autónoma que, en su proceso de centralización, encontró en Roma su cabeza independiente, a cuya primacía espiritual de su Obispo se fue añadiendo, lentamente y con el transcurso del tiempo, la primacía temporal de la jurisdicción, adquiriendo la Sede apostólica, ya en época de Dámaso y de su sucesor Siricio (años 384-399), una «autoridad real» que tendió a rivalizar con la autoridad imperial.

Durante esta época escribió San Agustín (años 354-430), que, aún sin establecer una doctrina sobre las relaciones entre la Iglesia y el Imperio, ejerció una influencia notable sobre toda la doctrina posterior.

Partiendo de la distinción de poderes, para San Agustín —en el que la noción de Imperio aparece unida a los principios cristianos—, existen dos sociedades distintas y separadas que reciben su potestad y legitimación de Dios.

En su opinión, mientras que al Imperio le correspondía el gobierno de los asuntos temporales, a la Iglesia incumbían los asuntos espirituales, desempeñando un papel fundamental en la salvación de los hombres. Fin primor-

dial éste que debía de predominar sobre cualquier otro y a cuya consecución habría de contribuir el propio Imperio, desarrollando para ello, a través de sus leyes positivas, la ley natural.

San León Magno (años 440-461), se pronunció de una forma más directa respecto a la cuestión que nos ocupa, teniendo una destacada intervención en relación con el sometimiento de la Iglesia en Oriente al poder imperial.

En su carta al emperador León I reafirmó el Primado Pontificio, tanto respecto a la jerarquía eclesiástica como a la cristiandad occidental, trazando las líneas básicas que, a su entender, delimitaban la relación entre el poder temporal y el espiritual, y atribuyó al poder secular el desempeño de una importante función religiosa, a la que debería dedicar sus esfuerzos: asegurar la paz de la iglesia, ayudándola y protegiendo la fe.

A finales del siglo V, Gelasio I (años 492-496) redactó una Carta, dirigida en tono suplicatorio y de respeto al emperador Atanasio I, en la que establecía unos principios, ya expresados por sus antecesores, que se convertirían en doctrina común de la Iglesia hasta el siglo IX.

En el texto de esta Carta del año 494, considerada de capital importancia en el tema de las relaciones entre la Iglesia y el Imperio, se puede leer:

«Emperador Augusto, dos son en verdad los poderes por los que principalmente se gobierna el mundo: la autoridad sagrada de los Pontífices y el poder real. Pero la autoridad de los sacerdotes es mucho más pesada por cuanto ellos tendrán que dar cuenta ante el Tribunal divino de los mismos reyes de los hombres. En efecto, has de saber, hijo clementísimo, que aunque tengas el primer lugar en dignidad sobre el género humano, debes bajar tu cabeza con devoción ante los que tienen a su cargo las cosas divinas y buscar en ellos los medios de tu salvación. Y cuando recibes los Sacramentos celestes, es tu deber obedecer a la Autoridad eclesiástica en todo lo referente a su recepción y reverente administración, y no debes intentar imponerte en estas cosas, pues debes someterte a su juicio en vez de imponer tu propia voluntad. Pues si en los asuntos referentes al orden público, las Autoridades religiosas, sabiendo que la autoridad se les ha dado por disposición divina, obedecen tus leyes para evitar que en las cuestiones puramente humanas haya opiniones contradictorias, ¿con cuánto afecto no tendrás que obedecer tú a los que han recibido la misión de dispensar los Misterios divinos...? Del mismo modo que no es correcto el obrar de los Papas si callan cuando deben hablar respecto de la honra de Dios, así también hay grave riesgo para los que se obstinan en desobedecer (Dios no lo quiera) cuando están obligados a obedecer. Si todos los fieles deben obedecer de corazón a todos los sacerdotes, los cuales administran las cosas sagradas, con mayor razón deben obedecer al que preside sobre esta Sede, al que la misma Suprema Divinidad ha querido que tuviera la primacía sobre todos los sacerdotes y que goce del afecto respetuoso de la Iglesia entera...».

Los indicados principios contenidos en la Carta eran los siguientes: existencia de dos poderes distintos —el temporal, correspondiente a los empera-

dores, y el espiritual de los Pontífices—; origen divino de estos dos poderes; mayor importancia del poder espiritual, a consecuencia de su responsabilidad superior, al tener que dar cuenta de lo realizado por los propios emperadores ante el Tribunal divino; independencia de los dos poderes en cuestión de competencia, e interdependencia y sumisión en cuanto a las facultades propias de cada uno con respecto del otro; supremacía, por disposición divina, del Papa sobre todos los sacerdotes.

Avanzando en el tiempo, el emperador Justiniano (años 527-565) logró implantar en el Imperio y en un importante sector de la Iglesia, especialmente en la parte oriental del Imperio, un exagerado concepto de plenitud del poder imperial.

En este emperador, que llegó a concebirse como representante de Dios sobre la tierra, se puede apreciar claramente una acusada actitud cesaropapista. Así, frente a su antecesor Zenón (años 474-491), ejerció como señor absoluto de la Iglesia: convocó el V Concilio Ecuménico, celebrado en el año 533 en Constantinopla; proveyó soberanamente las Sedes Episcopales; decidió de modo autocrático sobre cuestiones de fe, ritos, orden eclesiástico; e incluso llegó a componer cantos litúrgicos y Tratados teológicos.

Su intención se concretó, como es sabido, en llevar a cabo la *renovatio imperii*, entre otros ámbitos, en el religioso, intentando recuperar la unidad eclesiástica en la ortodoxia.

De ello nos da cuenta Procopio cuando en *De Aedificis* 1.8 señala en relación a este emperador: «Viendo que la fe de su tiempo se perdía en múltiples errores y direcciones, destruyó todos los caminos que conducían a tales errores y consiguió que el Imperio volviese a los firmes fundamentos de una fe única».

El propio emperador, en su Edicto relativo a la fe, dictado para el pueblo de Constantinopla en el año 554, que aparece recogido en la Novela 132, se pronunciaba en los siguientes términos:

«Creemos que la primera y más importante gracia de toda la humanidad es la profesión de la fe cristiana, verdadera y fuera de toda censura, cuyo fin último es su universalidad y que los más santos sacerdotes de todo el orbe pueden unirse bajo el signo de la unidad y con una sola voz predicar y confesar la fe cristiana ortodoxa, y que toda argumentación presentada por los herejes pueda anularse. Esta política nuestra se refleja en los Edictos y declaraciones redactadas por Nos en diferentes ocasiones. Pero cuando los herejes, sin temor hacia Dios y sin tomar en consideración los castigos que para esta clase de hombres tiene establecidos la Ley, persisten en una labor diabólica engañando a las personas más cándidas y continúan celebrando solemnemente reuniones contrarias a la Católica y Apostólica Iglesia de Dios en las que ejecutan bautizos ilegales, hemos considerado nuestra sagrada obligación reprender mediante este decreto a tales transgresores para que por la presente desistan de su locura herética, y además que por medio de supercherías no causen la muerte de las almas de los demás, sino que se reúnan

alrededor de la Santa Iglesia de Dios en la cual se respetan los verdaderos dogmas y se consideran como anatema todas las herejías y sus defensores. Ponemos, por tanto, en conocimiento de todos que, a partir de este decreto, todo aquél que convocara reuniones ilegales o tomare parte en las mismas verá cómo la Iglesia pasa a ser propietaria de la casa en que hubiera tenido lugar la ofensa, ya que no estamos dispuestos a seguir tolerando estos hechos. Y damos órdenes para que sean aplicados con el mayor rigor los castigos que señalan nuestras leyes contra los que convocan o asisten a estas reuniones ilegales».

Con la finalidad de lograr su objetivo, Justiniano inició su mandato con una violenta persecución de los herejes.

Aun cuando promovió una política de moderación, interrumpida por cortos períodos de nuevas persecuciones, dictó una serie de importantes medidas jurídicas contra los paganos, que aparecen recogidas en el *Corpus Iuris Civilis*, denegándoles, por ejemplo, su capacidad testamentaria, o el acceso al desempeño de cargos públicos. Asimismo, procedió a transformar los templos de aquéllos en Iglesias cristianas, y clausuró la Universidad pagana de Atenas en el año 529.

Como es de suponer, únicamente subsistieron los cultos paganos en las regiones más apartadas del Imperio.

Finalmente, en la parte Occidental del Imperio, bajo el pontificado de Gregorio (año 590-604), se produjo el traspaso definitivo de las funciones políticas de Roma a su Obispo, reuniendo a partir de entonces en su persona el dominio de amplios territorios, tanto en calidad de terrateniente, como de autoridad política, encargándose directamente, entre otros aspectos, por ejemplo, del suministro de cereales o del pago de la soldada a las tropas imperiales.

San Gregorio Magno desarrolló la teoría de la denominada «función ministerial del poder político», en la que la política aparece subordinada a la moral, abriéndose, de esta forma, una vía a la posibilidad de intervención pontificia en los asuntos temporales.

No obstante, este Pontífice adoptó una actitud distinta ante el poder secular, según se tratase del emperador oriental o de los reyes bárbaros.

Así, mientras que respecto a los últimos afirmaba tajantemente la supremacía del poder pontificio, al considerar el poder temporal como brazo secular de la Iglesia, sin embargo, mostraba un gran respeto y veneración por el emperador, de quien señalaba sentirse súbdito y ensalzaba su autoridad, al considerarle como la representación de Dios sobre la tierra, reconociéndole además la posibilidad de intervenir en los asuntos religiosos por formar parte de la administración general. Según San Gregorio, la función primordial del poder imperial se concretaba en la protección de la fe y la defensa de la Iglesia, señalando al respecto: «*el poder imperial ha sido entregado por el Cielo para que sean ayudadas todas las personas buenas y los cielos estén más abiertos, en definitiva, para que el reino terrestre esté al servicio del Reino celestial*».

LOS ALBORES DEL PARLAMENTARISMO: LAS CORTES ESPAÑOLAS DE LEÓN DE 1188 COMO CLAVE DE LA GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN PARLAMENTARIA

Sonia García Vázquez

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidade da Coruña

(España)

sonia.garcia.vazquez@udc.es

Nota preliminar

En primera instancia, quisiera agradecer a los Coordinadores de este libro, los Doctores Manuel Cabanas Veiga, Christian Yair Aldrete Acuña y Víctor Alejandro Wong Meraz, su invitación para participar en el homenaje al Profesor Doctor Javier Ruipérez Alamillo, aunque por fortuna, su impulso intelectual, especialmente en el ámbito de la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional, está muy lejos de haber concluido y su legado se actualiza constantemente.

Quien suscribe estas líneas ha tenido la oportunidad y el privilegio de disfrutar de las enseñanzas del Profesor Javier Ruipérez Alamillo durante muchos años. Sirva mi pequeña contribución para dejar constancia no sólo de mi reconocimiento y afecto por el homenajeado, cuyo magisterio e influencia se extiende entre profesores, investigadores y estudiantes de ambos lados del Atlántico, sino también de mi gratitud.

Por la naturaleza y teleología del presente volumen, si queremos hablar de democracia y parlamentarismo, quizás deberíamos haber optado por analizar la disputa entre Hans Kelsen, defensor del parlamentarismo como mecanismo de construcción formal de la voluntad normativa del Estado a través de la que se puede plasmar la idea de la democracia, frente al jurista de Plettenberg, Carl Schmitt, que critica la democracia parlamentaria apelando a una supuesta autenticidad democrática bajo la que sólo se esconde la dictadura; o desde una perspectiva radicalmente distinta, acercarnos a la

figura y aportaciones del gran orador de la Segunda República española, y uno de los más significados de nuestra historia parlamentaria, que no es otro que el ex-Presidente Manuel Azaña, acérrimo defensor de la trascendencia política del Parlamento, entendido como punto de convergencia del debate, acuerdo y compromiso dentro del pensamiento republicano; pero tomaremos una dirección diferente, inesperada y pretendidamente original, con la mente puesta en aquella recomendación del Profesor Pedro de Vega en relación a que es preciso dialogar con los muertos para solucionar los problemas y desafíos que cualquier época plantea en la vida política. Recogiendo su testigo, el Profesor Ruipérez Alamillo, firme defensor del Estado de Derecho y los valores del constitucionalismo, siempre nos ha mostrado la relevancia de estudiar los clásicos y conocer el pasado con la finalidad de poder comprender el presente y prepararnos para el futuro.

«Yo, Don Alfonso, Rey de León y de Galicia, celebrando una Curia en la ciudad de León con el Arzobispo de Santiago de Compostela, obispos y magnates de mi Reino, y con los ciudadanos electos de cada una de las ciudades, establecí y confirmé mediante juramento a todos los de mi Reino, tanto clérigos como laicos, que guardaría las buenas costumbres que tienen establecidas mis predecesores. Prometí, asimismo, no hacer la guerra, ni la paz, ni pacto alguno, salvo con el acuerdo de la Asamblea de los obispos, nobles y hombres buenos por cuyo consejo debo regirme»

«También prometieron todos los obispos y todos los nobles caballeros y los ciudadanos confirmaron, bajo juramento, ser fieles en mi Consejo a fin de mantener la justicia y conservar la paz en todo el Reino»

**Extracto de la copia del texto de los Decreta de León de 1188
(Ms. 82-1-13. Biblioteca Capitular y Colombina del Arzobispado de Sevilla)**

I. Introducción: crisis del parlamentarismo, representación y nomenclatura institucional

En la actualidad vivimos un momento convulso en el que el desgaste institucional y la desafección de los ciudadanos hacia los asuntos públicos, agravada en buena medida por la crisis económica, se unen al debilitamiento de los partidos tradicionales y a la efervescencia en el nacimiento de nuevos partidos y movimientos ciudadanos. Todo ello, genera la acuciante necesidad de repensar algunos aspectos de nuestros modelos políticos.

A nadie se le oculta que la crisis de los actuales sistemas parlamentarios, hecho incontestable en casi todos los países democráticamente avanzados, es objeto de intensos debates jurídicos y políticos, que ponen el foco sobre parlamentos convertidos en cámaras de confrontación distanciadas de la sociedad y de sus preocupaciones reales; escenario de ejercicios de narcisismo personal, donde se economiza el debate, el librepensamiento frente

a la férrea disciplina de partido y se afea cualquier esfuerzo por alcanzar consensos, mientras se mantiene una actitud bronca, de perfil bajo y, en más ocasiones de las que sería deseable, complaciente respecto del papel que verdaderamente les corresponde.

Siguiendo la concepción que subyace a este modelo, la democracia política consistiría, más que en la representación de los diversos intereses sociales y en su discusión parlamentaria, en la selección, vía electoral, de una mayoría de gobierno que se convertiría *de facto* en la encarnación de la máxima expresión de la voluntad popular¹.

Por todo ello, es preciso fortalecer los pilares basilares de la cultura política y recordar el inmenso valor de la representación democrática², porque los Parlamentos no pueden dejar jamás de integrar los valores de la libertad, la igualdad y la controversia civilizada, frente a la vieja dialéctica del odio, trazada entre amigos y enemigos, y característica de las dictaduras³.

La consideración de que la representación y el parlamentarismo se encuentran en crisis es una idea habitual y lo que late detrás de ella no es tanto un trance determinado, sino una sucesión de problemas que se han concatenado a lo largo del tiempo⁴. No obstante, la superación de dos graves crisis del parlamentarismo a partir de la Primera Guerra Mundial es un signo inequívoco del valor del Parlamento, insustituible como institución de representación de la soberanía, expresión de los intereses generales y garantía de libertad⁵.

-
- 1 En este sentido, véase ALONSO GARCÍA, M. N., *Fundamentos jurídicos sobre el origen del parlamentarismo. Las Cortes de León de 1188 y su legado constitucional*, Eolas, 2019 y GREPPI, A., *Teatrocracia. Apología de la representación*, Trotta, Madrid, 2016.
 - 2 Sobre este particular, resultan de obligada consulta las aportaciones doctrinales de ABELLÁN GARCÍA, A., «Notas sobre la evolución histórica del Parlamento y la representación política», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 92, 1996; DE VEGA, P., «Significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 44, 1985; PORTERO MOLINA, J.A., «Sobre la representación política», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, 1991 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización: reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional, democrático y social*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
 - 3 Véase, entre otros, PECES-BARBA, G., «Parlamento, libertad civil y democracia», en FUENTES, E. y MARTÍN, J. L., (Dir.), *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos. Castilla y León*. S. XII-XXI, Dykinson, 2003, pp. 477-478 y la contribución de ASTARLOA, I., *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, lustel, Madrid, 2017.
 - 4 Como sostiene Fernández-Miranda, la crisis de representación, del mandato representativo y la crisis del parlamentarismo son, en realidad, ideas recurrentes, tan antiguas como la misma formulación clásica de la teoría liberal de la representación o la consolidación del gobierno parlamentario. FERNÁNDEZ-MIRANDA, A., *Sistema electoral, partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2003, pp. 37-38.
 - 5 GARCÍA MORILLO, J., «El Parlamento ante las nuevas realidades», *Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 4, Cortes Valencianas, Valencia, 1997, p. 141 y ss.

En suma, la aproximación histórica a los orígenes de la democracia representativa y la idea de esencialidad del Parlamento, como centro neurálgico de todo nuestro sistema institucional, serán el eje central de esta contribución⁶.

Llegados a este punto, debemos realizar algunas aclaraciones terminológicas, pues la comprensión del fenómeno parlamentario como un proceso gradual es coincidente con el carácter evolutivo de la naturaleza de las asambleas medievales y su nomenclatura institucional. Si bien esto es así, la inveterada propensión a contaminar el análisis con planteamientos ideológicos modernos ha originado que se traslade a la Edad Media terminología como «constitucionalismo», «democracia»⁷ o «representación», observando las Cortes como instituciones de oposición al rey y de perfil tuitivo respecto a los derechos de los ciudadanos, cuando sin atisbo de duda, también fueron, pilares indiscutibles que ofrecían al monarca, como veremos, los medios para desarrollar de modo satisfactorio su actuación de gobierno.

6 Sobre parlamentarismo, desequilibrio institucional e impacto de la integración europea en las instituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, puede consultarse GARCÍA VÁZQUEZ, S., «La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: Desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los Estados miembros», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 29, 2018, donde destacamos que dentro del escenario comunitario de integración se ha creado un sistema institucional presuntamente multinivel, en el que el órgano de legitimación democrática por excelencia se encuentra desposeído de sus funciones naturales y relegado a un papel secundario que no se corresponde con su trascendencia real. En esta misma línea, los Parlamentos nacionales no participan directamente en los procedimientos legislativos de la Unión, sino que intervienen por mediación de su Gobierno, sobre el que apenas pueden influir; si bien, la virtualidad práctica del ascendiente que cada uno de ellos en los diferentes Estados miembros dependerá, en última instancia, de sus prerrogativas constitucionales. De este modo, el desapoderamiento de los Parlamentos nacionales se ha producido, es verdad, sobre la base de una autorización que estos han prestado en los Tratados comunitarios constitutivos y modificativos. Un despropósito que ha llevado a establecer una organización que no engarza con las exigencias clásicas de las estructuras democráticas, y la ampliación de las competencias comunitarias sólo ha contribuido a acentuar el problema, porque conviene aclarar que en el momento de su creación, las competencias de las Comunidades parecían tan limitadas que este aspecto resultaba irrelevante; pero la situación ha dado un giro copernicano y se han ampliado las atribuciones comunitarias a los campos más diversos.

Pone el foco Weiler en esta «mutación constitucional» que consumada por decisión unánime del Consejo, al ampliar las competencias comunitarias a materias que no estaban inicialmente previstas y, por tanto, que no han sido autorizadas directamente por los Parlamentos nacionales, permite de forma sibilina una expansión que podría convertirse en peligrosa por potencialmente ilimitada. Vid. WEILER, J. H., «The reformation of European constitutionalism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, n.º 1, marzo 1997, pp. 97-128.

7 A pesar de que desde finales del Siglo XII (Cortes españolas de 1188) o comienzos del S. XIII (Carta Magna inglesa de 1215) el poder del monarca está sometido a cierto nivel de control, lo cierto es que estas Curias o Asambleas no son, en absoluto, democráticas en el sentido actual de la palabra; si bien no debemos perder de vista que durante este período se crean instituciones que canalizan y permiten un cierto nivel de participación, nada despreciable para la época, en el marco de ejercicio del poder.

No es cuestión pacífica entre la doctrina la denominación de estas reuniones y así aparecen distintas tipologías: *palatium regis*, *aula regia*, *officium palatinum*, *senatus regis*, *concilium*, *curia*, *curia regis*, curia plena, asamblea de grandes y prelados, junta de magnates y Cortes⁸. Idéntica imprecisión se observa cuando se hace referencia a la documentación que emana de estas reuniones regias: cánones, capitula, decreta, artículos, actas o constituciones, faltando una clara definición de la tipología documental⁹. Sin embargo, lo que sí resulta obvio es que el tránsito institucional entre «Curia» y «Cortes» está plagado de complejidades y contaminado por la asunción de un léxico contemporáneo. Así, mientras que para algún sector doctrinal no puede hablarse, hasta el Siglo XIII¹⁰, de «Cortes», entendidas como asamblea política de rango superior con facultad legislativa y cuyos miembros, a los que se unen los representantes de las ciudades que eligen procuradores o defensores, están autorizados para formular propuestas, demandas o peticiones al monarca; para otro conjunto de académicos, se considerarán «Cortes» todas las asambleas políticas medievales en las que intervengan de modo activo los ciudadanos, sin especial valoración de sus competencias¹¹. De lo que no cabe duda alguna es de que las Cortes fueron una institución trascendental en la historia de los reinos hispánicos y han de ponerse en paralelo con otras asambleas representativas europeas surgidas en la Edad Media que recibieron, también, nombres muy dispares: *Landstände*, *Parlaments*, *Etats*, etc.

Si bien como pone de manifiesto Cerda Costabal, en el transcurso del Siglo XII, los términos Curia y Curia regis comprendían un órgano del gobierno monárquico en desarrollo, que estaba abocado a las tareas de administración y justicia, lo cierto es que en la segunda mitad del Siglo XII, las expresiones Curia y Curia plena ya designan la reunión de una asamblea con carácter político y no sólo administrativo, judicial o de índole eclesiástica. La composición y los asuntos tratados en las mismas avalan, sobradamente, su carácter e importancia política¹². No obstante, y aunque todo

8 Véase SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C., «El Aula Regia y las asambleas políticas de los godos», *Estudios visigóticos*, Roma, 1971, pp. 149-252.

9 FERNÁNDEZ CATÓN, J. M., «Supuestos metodológicos para una edición crítica de las fuentes sobre las Cortes de los Reinos de León y Castilla», *op. cit.*, p. 103.

10 Cfr. MARTÍN, J. L., «Las Cortes medievales», *opus cit.*, p. 31-35.

11 ESTEPA DÍEZ, C., «Los inicios de las Cortes en el reinado de Alfonso IX (1188-1230)», en FUENTES E. y MARTÍN, J.L., (Dirs.), *De las Cortes históricas a los parlamentos democráticos. Castilla y León*, Dykinson, 2003, p. 69. Aprovechando la mención explícita en los Decreta de 1188 de la expresión *ex cum electis civibus ex singulis civitatibus*, el autor advierte de que la presencia de procuradores no es lo mismo que la mera asistencia de determinadas personas procedentes de los medios urbanos.

12 Un documento de la reina Urraca fechado en 1121 revela la reunión de una Curia judicial (*placitum*) que proporciona uno de los ejemplos más tempranos de esta tipología de asambleas en los reinos hispánicos. A esta evidencia, puede unirse la denominación que figura en el documento de una donación hecha por Alfonso VII al monasterio gallego de Osera

es impreciso, si el término Cortes sólo se utilizase para designar asambleas parlamentarias, no se podría explicar por qué hay documentos en los que se identifican como tal a las asambleas de Burgos en 1169 y Carrión de los Condes en 1188, o las reuniones convocadas por Alfonso de Aragón en Huesca (1162, 1180 y 1188) y en Zaragoza (1164), en las que no cabe duda alguna de que se debatieron asuntos de máxima trascendencia para el reino¹³.

II. La presencia ciudadana en las asambleas reales: ¿es la institución parlamentaria un legado de Inglaterra al mundo?

Comenzaremos recordando que aunque algunos académicos anglosajones, como John Keane¹⁴ han ubicado el nacimiento de los Parlamentos representativos en España, lo cierto es que son incontables las veces que hemos leído o escuchado, cual viejo mantra sagrado, que el origen de la institución parlamentaria es un legado de Inglaterra al mundo, cuando en realidad la más temprana manifestación de la presencia ciudadana en las asambleas inglesas no tuvo lugar en Inglaterra hasta la primera convocatoria del Parlamento inglés en 1264, haciéndose efectiva el 20 de enero de 1265¹⁵.

Resulta factible que Juan I de Inglaterra, llamado coloquialmente Juan Sin Tierra, hijo de Enrique II Plantagenet, durante la realización del camino de Santiago por la ruta de Roncesvalles, pudiese tener conocimiento de la celebración de la Curia Regia de León y este extremo dejara su impronta cuando, una vez finalizada su contienda con el papado y sofocado el levantamiento

en 1157 de los derechos de pesca que el abad disputaba al prior de Pombeiro. Sugestiva aportación de CERDA, J. M., «Curia y Cortes. Terminología institucional y gestación parlamentaria en los reinos hispánicos», *Revista de Humanidades*, n.º 41, 2020, pp. 179-199. El autor trae a colación la explicación del Prof. García Gallo sobre la diferencia etimológica entre «Curia» y «Corte», y advierte que Curia sería una palabra latina que designa la asamblea que acompaña al rey y administra justicia, mientras que Corte significaría, en un principio, tanto el séquito o comitiva del rey y de sus oficiales, como el lugar en que reside con ellos.

- 13 Lo cierto es que la reunión de Carrión de los Condes aparece también como «Curia famosa» en la *Chronica Latina Regum Castellae* y como «plenaria» en la historia *De rebus Hispaniae*, mientras que la celebrada el mismo año en Huesca es identificada como «Curia solemne» en un diploma de Alfonso II.
- 14 Resulta de especial interés revisar la segunda parte del libro KEANE, J., *The Life and Death of Democracy*, Reino Unido, 2009.
- 15 Vid. MADDICOTT, J., *The origins of the English Parliament*, Oxford, 2010 y MILLER, E. y FRYDE, E., *Historical Studies of the English Parliament*, vol. I. Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

galés de 1211, sucedió en el trono a su hermano Ricardo, Corazón de León, fallecido sin descendencia y se enfrentó a la disputa con los barones que se reunieron en Runnymede, en junio de 1215 para rubricar la celeberrima Carta Magna inglesa.

Es un lugar común, entre los que no han analizado la materia que nos ocupa, por un lado, el absoluto desconocimiento del contenido de los Decreta de las Cortes de León, y, por otro, el establecimiento de comparaciones entre los Decreta españoles de 1188 y la Carta Magna inglesa de 1215. Sin embargo, son textos que no tienen parangón y el contraste es evidente, puesto que la Carta Magna se redacta sin asistencia ni participación de los ciudadanos y bajo la presión de los barones que esgrimen una radical oposición al rey; si bien termina por convertirse en una de las cartas de libertades y privilegios para clérigos y nobles más famosas del mundo¹⁶.

De Ayala¹⁷ señala que quizás sea ir demasiado lejos atribuir a la «Carta Magna leonesa»¹⁸ de 1188 la finalidad de limitar el poder del rey e introducir un estricto sistema de corresponsabilidad parlamentaria, pero sin duda, la Carta Magna de Inglaterra de 1215, no es un texto revolucionario que garantice la libertad frente al autoritarismo real, sino simplemente una relación de regalías concedidas a los nobles y aderezadas con ínfimas concesiones a la burguesía. En el ejemplo español, por el contrario, no se observa lo mismo, puesto que la nobleza no impone nada al rey y las medidas restrictivas del poder real tienden a la pacificación y a la integración social, dado que Alfonso IX jura, con total autonomía, obediencia a todas las leyes, costumbres, fueros y libertades del reino, aceptando la premisa de que la declaración de guerra y la firma de paz deberán hacerse con intervención de los tres estamentos. Desde luego, no existe ninguna concesión similar a los ciudadanos ingleses en la Carta Magna de 1215.

En definitiva, como hemos podido constatar, la Curia española de León antecedió en casi ochenta años al primer Parlamento inglés al que la *common people* fue convocada (1256); en casi cincuenta años a la primera Dieta alemana (convención de los príncipes de las viejas tribus germánicas que formaban el Reino Franco) que contó con la asistencia burguesa, pero aún sin representación alguna de las ciudades (1232); en ciento catorce años a la primera reunión de los Estados Generales franceses que incluyó a la bur-

16 Incorpora alguna novedad interesante porque, por ejemplo, se limita el poder real de imponer tasas sin el consentimiento del Consejo Común de la Curia Feudal, o se encomienda el control de cumplimiento de los compromisos del monarca a una comisión colegiada que carece de fuerza legal. Para ampliar información, MARTÍN, J. L., *Las Cortes medievales*, en FUENTES, E. y MARTÍN, J. L., (Dir.), *op. cit.*, p. 39.

17 DE AYALA MARTÍNEZ, C., «Las Cortes de León de 1188», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987, p. 99.

18 ARIAS, I., «La Carta Magna Leonesa», *Cuadernos de Historia de España*, IX-X, 1948.

guesía y convocó a los ciudadanos (1302)¹⁹, y trescientos años antes de que burguesía y campesinado participaran en el Riksdag sueco (1435)²⁰.

Por lo que respecta al Althing de Islandia²¹, efectivamente se ha constatado la existencia de asambleas vikingas desde el año 930 en las que se reunían los clanes fundamentalmente, al menos en sus inicios, para acordar matrimonios o resolver conflictos, que posteriormente se erigen como representación de los municipios con atribuciones judiciales y legales, acogiendo cada año en Tringvellir a gente muy importante de la isla con la teleología de tratar asuntos políticos, económicos y culturales del país.

Por su parte, en Portugal, con independencia de que los eclesiásticos ya se habían reunido en concilios previos como los de Braga (1148) y Coimbra (1163), la primera Curia plena tendrá lugar en 1211 y asistirán los obispos, consejeros del rey, ricos hombres y vasallos del monarca, marcando este extremo una diferencia notoria con el caso leonés o castellano, ya que en este supuesto, el peso principal de los componentes de la Curia correspondía a la Iglesia. Los concejos escogían a sus procuradores, generalmente «hombres buenos» y les otorgaban su poder por escrito²², mientras que través de la cancillería, se iban preparando las resoluciones que se propondrían al rey en la Curia²³.

Como recuerda Maddicott²⁴, los historiadores portugueses consideran muy importantes las Cortes de Coimbra de 1385, porque en ellas se legitima un cambio de dinastía y se elige como rey al maestre de Avis, frente a la heredera casada con el monarca castellano, creándose un Consejo Real de características muy semejantes al español.

19 En Francia la primera de estas asambleas aparece documentada en 1182 en Agenais, pero lo cierto es que sólo concurren a ella los convocados: barones, prelados y cónsules.

20 A este respecto, y en general, debe consultarse la reseñable aportación de LA MONEDA DÍAZ, F., *Orígenes de la participación del pueblo en las Cortes de Europa: las Cortes de León de 1188*, Aranzadi, 2022, p. 178 y ss.

21 Los *goden* o *godís*, en calidad de guías de las comunidades, eran una suerte de caudillos tribales en la Escandinavia precristiana, y si bien su posición no era la de un jefe territorial, lo cierto es que gozaban de un alto nivel de influencia. A pesar de lo anterior, para garantizar una intervención imparcial y ejercer cierto grado de control, cada uno de ellos tenía dos consejeros que tomaban asiento delante y detrás. KRISTJÁNSSON, J., «Islandia. Una saga entre el hielo y el fuego», *Revista Unesco: El Correo, una ventana abierta al mundo*, febrero, 1974, pp. 9-12.

22 LA MONEDA DÍAZ, F., op. cit., p. 183.

23 SÚAREZ FERNÁNDEZ, L., «Organización política, administrativa y feudovasallática de León y Castilla durante los Siglos XI y XII», en MENÉNDEZ PIDAL, R., *Historia de España*, Tomo X, Madrid, 1998, p. 392 y ss.

24 Sobre este particular, *vid.* MADDICOTT, J., *The origins of the English Parliament*, Oxford, 2010, p. 48.

En España, existen precedentes de celebración de reuniones y curias regias, pero de la mayoría no se conservan actas y, en el mejor de los casos, disponemos de resúmenes de su contenido anotados en los fondos de la Orden de Santiago u otras. Aunque algunos autores juzgan verosímil la presencia de procuradores de villas y ciudades en alguna de estas reuniones, lo cierto es que en ninguna de ellas está documentada la presencia de representantes de los concejos y ciudades.

Entre todos esos antecedentes podemos traer a colación el Concilio de León de 1017, donde se aprobaron una serie de decretos de carácter general que se englobaron en un texto conocido como Fuero de León, un conjunto normativo muy novedoso en Europa tras la redacción del *Liber Iudicorum*, compuesto por casi cincuenta preceptos de los cuales los veinte primeros se dirigen a todo el reino y los restantes son disposiciones de ámbito local. A esta referencia podemos añadir, entre otros, el concilio de Coyanza de 1055, de temática eclesiástica; así como los concilios y reuniones de Burgos (1081), Husillos en (1088), Villalpando (1089)²⁵; León (1090), Palencia (1101), Carrión (1103), León (1107), Borja (1134), Huesca (1162), Barcelona (1163)²⁶, Zamora (1167), Burgos (1169), Toro (1172), Salamanca (1178), Benavente (1181), Medina de Rioseco (1182), San Esteban de Gormaz (1187) y Carrión (1188).

Aunque existan algunas discrepancias sobre la presencia regular y políticamente consciente de los ciudadanos en las asambleas regias, podemos asegurar que ésta no es anterior a la Curia extraordinaria convocada en 1188 por Alfonso IX. Este extremo no significa que nunca antes hubiesen participado burgueses en las asambleas convocadas por el rey, porque no se descarta su concurrencia al Concilium de 1135 que sirvió como marco de coronación del emperador Alfonso VII, y también sabemos que representantes de algunas ciudades aragonesas asistieron a las «Asambleas de Paz y Tregua» reunidas por Alfonso II en la segunda mitad del Siglo XII; e incluso se admite como demostrado el juramento que prestaron los concejos castellanos a los pactos esponsalicios en la Curia plena de San Esteban de Gormaz de 1187, pactos que garantizaban el futuro matrimonio de la infanta Berenguela, hija

25 En relación a la interesante Curia de Villalpando, que tuvo lugar el 24 de septiembre de 1089, podemos recordar que el Rey Alfonso VI dictó en ella una sentencia sobre un pleito promovido por el obispo de León, que enfrentaba a su sede con la infanta Urraca, hermana del monarca, tomando una decisión en presencia de sus hermanas, tras escuchar a los grandes del reino; el pleito de los Infanzones de Langreo o la Curia de Benavente, debe consultarse MARTÍNEZ SOPENA, P., «Sicut iam fuerat iudicatum inter antecessores meos et suos». *Reyes, señores y dominios (1089-1228)*, en FUENTES, E., y MARTÍN, J.L., (Dirs), *De las Cortes históricas a los Parlamentos democráticos. Castilla y León. S.XII-S.XXI*, Dykinson, 2003.

26 BISSEAU, T., «The Origins of the Courts of Catalonia». *Parliaments, States and Representation*, vol. 16, n.º 1, 1996.

de Alfonso VIII. Tampoco hay que olvidar las suposiciones de la posible asistencia de burgueses a la Curia de Tuy, convocada en 1170 por Fernando II de León²⁷.

Para concluir, lo cierto es que a estas alturas no se albergan dudas sobre la asistencia de ciudadanos a la celebración en León en 1188 de una Curia Regia convocada por Alfonso IX, porque es el propio Rey el que, en documento dirigido al Arzobispo de Compostela sobre el cillero de San Martín de Bamba, expresamente menciona esta celebración, matizando que tuvo lugar en el Claustro de San Isidoro²⁸. En relación a las fechas de dicho acontecimiento se han barajado opciones diversas (junio o julio de 1188) porque, en primer lugar, para celebrar la Curia en el Claustro con la participación de todos los asistentes a los que se refieren los Decreta debe partirse de una climatología aceptable, y en segundo lugar, porque se conoce el itinerario que recorrió Alfonso IX durante los meses de junio y julio. Así pues, los historiadores consideran que mediados de junio es la fecha más probable, aunque no ha resultado posible establecerla con exactitud²⁹.

III. El contexto histórico-político y socio-económico del reinado de Alfonso IX: un escenario propicio para el nacimiento del parlamentarismo

En la Declaración aprobada por Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su reunión de Gwangju³⁰, se presenta a León como la cuna del parlamentarismo: «El corpus documental de los Decreta de León de 1188 contiene la referencia al sistema parlamentario europeo más antiguo que se conozca hasta el presente. Los documentos reflejan un modelo de gobierno y administración original en el marco de las instituciones españolas medievales, en las que la plebe participa por primera

27 Véase DE AYALA MARTÍNEZ, C., «Las Cortes del León de 1188», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987, p. 81-83.

28 Cita en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *Alfonso IX*, 2 vols., CSIC, Madrid, 1944, p. 737.

29 Sobre este particular, PÉREZ PRENDES, J.M., «Cortes de Castilla y León» (1188-1988), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 10, Madrid, 1986 y FERNÁNDEZ CATÓN, J.M., «La Curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución», en VVAA, *El Reino de León en la Alta Edad Media*, Tomo IV. La monarquía. Archivo histórico diocesano. Taravilla ed., León, 1993, pp. 485 y 493.

30 La reunión tuvo lugar en Corea del Sur el 18 de junio de 2013, y puede encontrarse información al respecto en CHAMOCHO CANTUDO, M. A., «Los primeros ensayos de representación parlamentaria en la Europa medieval» en GONZÁLEZ Díez, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018.

vez tomando decisiones de alto nivel, junto al rey, la iglesia y la nobleza, a través de representantes elegidos por pueblo y ciudades».

Nos encontramos ante un debate inconcluso, pero la mayoría de los especialistas están de acuerdo en considerar la Curia Regia, plena y extraordinaria de León como el precedente institucional más remoto del parlamentarismo europeo³¹ y un factor clave de limitación jurídica del poder del rey, aunque su carácter, competencias y funcionamiento distasen mucho del régimen parlamentario de un moderno Estado de Derecho³². Son representantes de esta línea argumental, entre muchos otros, Marongiu³³, Procter, O'Callaghan³⁴, Sánchez Albornoz o García Valdeavellano.

Recuerda el Prof. Aragón Reyes que la representación de los ciudadanos en las Cortes leonesas recoge las tradiciones clásicas de la representación de la polis, las asambleas romanas y la tradición germánica, y supone un acontecimiento histórico de indudable notoriedad que goza de una enorme importancia en el desarrollo de la institución parlamentaria, pero su mayor excelencia no radica solamente en la presencia del estamento ciudadano en la Curia, sino en el impulso a una transformación que hizo posible la incorporación de nuevos sectores sociales a las decisiones políticas del reino, la aparición de un grupo social que detenta el poder de los nacientes consejos (que constituyen el fundamento social para que se produzcan transformaciones institucionales), el desarrollo de la fuerza socioeconómica emergente, especialmente de municipios de villa y tierra, así como su aportación fiscal a la hacienda regia y, con todo ello, la evolución de la monarquía feudal³⁵.

Comprender las razones por las que la historia del parlamentarismo occidental comienza en León y se institucionaliza en esta ciudad la presencia de los ciudadanos en las curias de los monarcas, nos conduce necesariamente a realizar un encuadre del contexto histórico-político y socio-económico. Como bien sabemos, no se trataba de que esas Cortes asumiesen desde un principio la potestad legislativa, sino de que el soberano pudiese apoyarse en su reino, encarnado por los tres estamentos, con el propósito de promulgar normas y tomar decisiones relevantes para la vida del mismo, lo que, en última instancia, se traduciría en un destello de libertad en el ámbito político.

31 DE AYALA MARTÍNEZ, C., «Las Cortes de León de 1188», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987, p. 80.

32 Resulta de interés, en este punto, revisar la contribución de ALONSO GARCÍA, M. N., «Los Decreta de León en 1188 como piedra fundacional del Estado de Derecho y la legalidad», *Revista de Cultura Jurídica Ius Fugit*, n.º 22, 2019.

33 MARONGIU, A., *Medieval Parliaments. A Comparative Study*, Eyre, Londres, 1968.

34 O'CALLAGHAN, J., *Las Cortes de Castilla y León 1188-1350*, Salamanca, 1985.

35 Vid. ARAGÓN REYES, M., «Parlamentarismo y antiparlamentarismo en Europa», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Simancas Ed., Volumen I, 1990, p. 103.

Es preciso situarse cronológicamente en la segunda mitad del Siglo XII, cuando el despegue urbano es un hecho y los sectores burgueses, contrapeso en la balanza de influencias políticas frente a la nobleza y miembros del alto clero, al abrigo de sus pujantes actividades comerciales, demandan ya una participación política acorde con su protagonismo social y económico. Ese anhelo democratizador se conjuga con el interés de la realeza en allegar nuevos recursos que ahora sólo los burgueses pueden proporcionarle, y siendo las ciudades las que contribuyen al engrandecimiento del Reino, lo justo sería que los ciudadanos puedan intervenir en las decisiones que orientan la vida política del mismo. Pero el contexto político e ideológico exige también una transformación de las instituciones consultivas en instrumentos adecuados a los planes de integración política de la realeza, promoviendo la articulación de un organismo que pueda ser reflejo de la tripartición funcional de la sociedad³⁶.

Por otro lado, el balance económico del reinado de Fernando II no resultó positivo como consecuencia de sus enfrentamientos con portugueses, castellanos y almohades³⁷, que obligaron a mantener un estado de guerra extraordinariamente costoso. En la mente de Alfonso IX estaba el deseo de fortalecerse para enervar su temor de que todos se uniesen en su contra. ¿Qué virtualidad práctica tendría la superioridad jurídica en un mundo dominado por la violencia?³⁸

Antaño se habían producido donaciones de tierras y rentas, efectuadas en beneficio de monasterios e iglesias y entre las órdenes militares del reino, y la nobleza también se benefició en exceso de las dádivas reales, siendo muy significativas las concesiones a los partidarios de la última mujer del rey, Urraca López, comprometida con los intereses familiares del linaje castellano al que pertenecía: los Haro. En definitiva, un considerable menoscabo de las arcas del trono, a cambio de la compra de lealtades³⁹.

Desde una perspectiva social, la situación en el Reino no era buena, especialmente para las personas más pobres, víctimas constantes de hurtos y robos por parte de sus iguales, con la excusa de vengar enemistades; también eran convidados de piedra frente a la invasión de sus bienes por parte de la nobleza, con el pretexto de que se trataba de siervos; o frente a la injusta exigencia de tributos indebidos; etc...Es obvio que los ánimos del pueblo

36 DE AYALA, C., «Las Cortes de León en 1188», op. cit., p. 83.

37 Puede consultarse ÁLVAREZ PALENZUELA, V., «De la ruptura del imperio leonés a la unidad recobrada», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987, p. 40 y ss.

38 SUÁREZ, L., 1188: «León, entre la esperanza y la angustia», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987, pp. 10-16.

39 Véanse las interesantes aportaciones de DE AYALA MARTÍNEZ, C., «Las Cortes del León de 1188», en VVAA, *opus cit.*, p. 85 y 87.

estaban muy exaltados frente a la sucesión de numerosos abusos, y por todo ello, no parecía muy apropiado cerrarles las puertas del claustro leonés⁴⁰.

De este modo, y como hemos puesto de manifiesto, la carencia de reservas a nivel económico, las condiciones políticas adversas, los problemas personales y de carácter sucesorio, la necesidad del monarca de contar con una base de apoyo social más amplia y una pléyade de circunstancias entre las que se encuentra el despertar de las ciudades⁴¹ se confabulan con el papel articulador del Camino de Santiago, dando lugar no sólo a un escenario propicio para la germinación del parlamentarismo⁴², sino también a la propia evolución de la monarquía feudal hacia esquemas más modernos y menos encorsetados.

En este sentido, Sánchez-Albornoz, señala que desde finales del Siglo XII los antiguos reinos de León y Castilla ya disfrutaban de un original sistema de vida que podía calificarse de democrático, refiriéndose a la existencia de una «democracia medieval castellana»⁴³, y poniendo de manifiesto que las Cortes de León y Castilla «lograron asegurar el predominio de la democracia en la organización del Estado, facilitando así la conversión de la monarquía castellano-leonesa en una monarquía parlamentaria de perfiles democráticos»⁴⁴. Por su parte, apuntalando esta teoría, Piskorski sostiene que las cortes castellanas se caracterizaban por su agudamente marcado carácter democrático como consecuencia de la particular situación que dentro de ellas ocupaban los representantes de la burguesía⁴⁵.

En definitiva, las Cortes de León de 1188 sirven para estudiar los inicios de las Cortes medievales, pero desconocemos si podemos denominar este hecho como «democrático», puesto que los conceptos que hoy manejamos son radicalmente diferentes a los que existían entonces. En cualquier caso, como no puede existir democracia sin participación del pueblo, esta Curia nos permite analizar lo que representaron las asambleas representativas en el mundo medieval.

40 Vid. ARVIZU, F., La representación en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018, pp. 109-110.

41 Precisamente, comportamientos díscolos como las rebeliones antiseñoriales se enmarcan en ese incipiente despertar urbano.

42 Véase, por todos, SEIJAS VILLADANGOS, M.E., «The Decreta of Leon (Spain) of 1188 as the Birthplace of Parliamentarism: An Historical Review from a Time of Crisis», UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper, n.º 8, 2015.

43 SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C., «Sensibilidad política del pueblo castellano en la Edad Media», *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, n.º 5, 1948.

44 VALDEÓN BARUQUE, J., *Las Cortes medievales castellano-leonesas en la hitoriografía reciente*, Ed. Albir, Barcelona, 1977.

45 Sobre este extremo, vid. PISKORSKI, W., *Las Cortes de Castilla en el período de tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna 1188-1520*, Barcelona, El Albir, 1977.

Como hemos tenido oportunidad de mencionar, mientras el reinado de Fernando II (1157-1188) se caracteriza, en sus últimos años, por los desórdenes públicos y la prodigalidad; el prolongado reinado de Alfonso IX, que se extiende desde 1188 hasta un 24 de septiembre de 1230, cuando se data su fallecimiento en tierras de Galicia⁴⁶, se significa por un altísimo nivel de presión sobre la figura del monarca.

Durante más de cuarenta años, el Rey de León y Galicia, un monarca enérgico e innovador⁴⁷ pero abrumado por los constantes desafíos, desplegará un conjunto de decisiones que tienen su punto de convergencia en el reconocimiento de la voluntad real como fuente de legislación, en un marco de ejercicio del poder fiscalizado por los miembros de su reino, donde las normas terminarán siendo producto de la deliberación entre todos los estamentos que lo componen.

En 1183, una vez disuelto el matrimonio de sus progenitores, Alfonso fue encomendado para su formación al Conde de Urgel y educado bajo la tutoría del linaje gallego de los Traba. Se produce otro giro inesperado cuando irrumpe en escena Urraca López, hija de Lope Díaz de Haro y conocida amante de su padre con quien tuvo dos hijos: García que falleció en 1184 y Sancho, protagonista involuntario de una suerte de golpe de Estado para sustituir a Alfonso como legítimo heredero al trono. A consecuencia de estos movimientos, a finales de 1187, los consejeros del infante Alfonso deciden que debe partir a Portugal, el reino de su madre, para buscar apoyos, fortalecer su posición y estar preparado en el supuesto de que el trono fuese disputado. Lo cierto es que ni alcanza tierras portuguesas porque el 22 de enero de 1188 recibe la noticia del fallecimiento de su padre Fernando II⁴⁸.

Alfonso IX procede a reclamar su herencia, en una situación engañosamente estable, porque si bien contaba con el apoyo leal del Arzobispo de Santiago de Compostela y de la mayoría de los nobles, y el reino que heredaba tenía una identidad definida y mantenía la paz en sus fronteras⁴⁹, sus

46 En relación a la figura del Rey Alfonso IX es de máximo interés consultar, por todos, BARTON, S., «Alfonso IX y la nobleza del reino de León», en VVAA, *Alfonso IX y su época. Pro utilitate Regni mei*, Ministerio de Cultura, 2008 y RECUERO ASTRAY, M., Alfonso IX, Rey de León y de Galicia (1188-1230), en *Alfonso IX y su época*, Ministerio de Cultura, 2008.

47 El obispo de Tuy realizó un retrato del Rey que ha constituido un testimonio interesante para su conocimiento. Según él, había heredado, en su apariencia física, algunos rasgos de los Borgoña: era rubio y fuerte y causaba sensación montando a caballo con suma destreza. Hombre curioso, de firmes valores morales y dotado de clemencia frente a difamaciones o calumnias. Como reflejo de su inquietud intelectual, por ejemplo, en 1218, decide aventurarse a la creación de un *Studium Generale*, lo que se considera la génesis de la futura Universidad de Salamanca.

48 Puede consultarse la aportación doctrinal de FUENTES GANZO, E., *Las Cortes de Benavente. Benavente: 1164-1230*, Benavente, 1996.

49 Vid. SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. y SUÁREZ BILBAO, F., «Historia política del reino de León (1157-1230)», en VVAA, *El reino de León en la Alta Edad Media, Tomo IV. La monarquía. Archivo Histórico Diocesano*, Taravilla Ed., León, 1993, pp. 283-285.

problemas en forma de presencias familiares disruptivas no dejarían de sucederse y resultaban perturbadores. Su primo Alfonso VIII y la reina viuda le vigilaban muy de cerca y desde distintos flancos.

A pesar de su juventud, tuvo la fortuna de estar siempre bien asesorado y fue un buen estratega al buscar estabilidad y respaldo para su reino frente a Alfonso VIII. En medio de estas atribulaciones consiguió aislar a Castilla a través de su aproximación a la dinastía real portuguesa, unión que se materializó en el matrimonio celebrado en 1191 en Guimaraes con la infanta Teresa, hija de Sancho I de Portugal⁵⁰, y pocos meses después se unió a su política de alianzas el rey de Aragón, Alfonso II, quien se comprometió en Huesca el 12 mayo de 1191, a prestarles apoyo en caso de verse amenazados y a no llegar a ningún pacto con el monarca castellano sin la previa aprobación de Sancho I y Alfonso IX. Jaque mate, pero el gozo no duraría demasiado.

Existía un peligro un peligro externo mal calibrado y de inmensa consideración: la amenaza almohade sobre la frontera de los reinos hispanos, donde las disputas parecían pesar más que la defensa colaborativa frente a un enemigo común. El ejército almohade se dirigió a Calatrava en 1195 y Alfonso VIII, imbuido por un exceso de confianza, partió en solitario con sus tropas a la batalla. Esa desatinada e impulsiva decisión genera un desastre en Alarcos que desestabilizó la frontera de Castilla durante años. Posteriormente, y contra todo pronóstico, se produce un giro copernicano de los acontecimientos, porque con la finalidad de garantizar la paz y aislar a León, el rey castellano negocia una alianza con los almohades y suma también un aliado en Portugal, alejado ya de la influencia de Alfonso IX, una vez roto el matrimonio con Teresa. Vuelta a empezar.

IV. Las Cortes de León de 1188: naturaleza, composición y objetivos de la Curia extraordinaria

El año 1197, fruto de la obcecación de la reina de Castilla, trajo por fin la paz y la estabilidad. Su hija Berenguela contrajo nupcias con Alfonso IX y de esa unión nacieron varios descendientes: Leonor, Constanza, Fernando, Alfonso y Berenguela, disolviéndose formalmente el matrimonio años más tarde con la firma del Acuerdo de Cabrerros (26 de marzo de 1206), tratado por el que se contempla el derecho a percibir rentas vitalicias a Berenguela y se reconoce como heredero al trono a Fernando, en detrimento del pri-

50 Esta unión de conveniencia sirvió para finalizar las tensiones entre ambos reinos como consecuencia de la contienda sobre los territorios de Limia y Toroño, ahora convertidos en arras de la reina. TORRES SEVILLA, M., «El Reino de León en tiempos de Alfonso IX», en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018, p. 39 y ss.

mer vástago de Alfonso IX con su primera esposa. Esto marca un punto de inflexión en su reinado, pero esa fragilidad no le impide seguir impulsando la economía y continuar con su ambicioso proyecto de repoblación interior⁵¹.

Una vez aclarado escuetamente el contexto, debemos interrogarnos sobre la composición efectiva de esta Curia de carácter extraordinario, que es precisamente lo que convierte a esta reunión en una referencia ineludible para encuadrar el nacimiento de las Cortes. Pues bien, en ella estaban representados todos los estamentos y dentro de cada uno de ellos se establece una distribución por grupos, y aunque las numeraciones no son detalladas se constata una clara intención de destacar la existencia de tres grupos diferenciados. Entre los asistentes del ámbito eclesiástico⁵² estaba el Arzobispo compostelano y los demás obispos gallegos y leoneses, si bien son referidos de una manera amplia, así que puede inferirse que asistieron también otros representantes del clero de menor rango.

Por lo que respecta a los laicos, en primera instancia hay que aludir a la nobleza que, en la cúspide del poder político, continúa formando parte del círculo de confianza del rey y desempeñándose en tareas de defensa, gobierno y expansión territorial. Los nobles estarán representados en las Cortes de 1188 por los condes, en calidad de máximo rango nobiliario, pero añadiendo también un amplio abanico de personas que no se reducían exclusivamente a la alta nobleza, puesto que en los Decreta se afirma que acudieron también magnates y barones y que juraron *omnes milites*, es decir, miembros de la baja nobleza del reino, que precisamente fueron los que solían desempeñar los cargos de justicia⁵³ (alcaldes, merinos, etc...)

Por otro lado, no es un dato desconocido que en el reinado de Fernando II, las órdenes militares adquirieron un altísimo grado de protagonismo y mucho poder, y sin duda, las más relevantes eran la Orden del Temple, la de Santiago y la del Hospital. En este sentido, no es de extrañar que también estuviesen convenientemente representadas en la Curia.

Finalmente, y en un reino con un altísimo porcentaje de población campesina, donde los antiguos vínculos de servidumbre comenzaban a desdibujarse y muchos ciudadanos se incorporaban ya al ejercicio del comercio, la artesanía o funciones de carácter económico, quedaban por representar los ciudadanos. Las referencias a los mismos a lo largo del corpus legal salido de

51 Véase la excelente radiografía histórica de TORRES SEVILLA, M., «El Reino de León en tiempos de Alfonso IX», en *op. cit.*, pp. 45-46.

52 A este respecto, se pueden ampliar datos a través de la aportación de ARRANZ GUZMÁN, A., *Las Cortes Medievales castellano-leonesas: participación eclesiástica y mentalidad religiosa*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1988.

53 VALLEJO, J., en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media. Actas de la Primera Etapa del Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1988, pp. 426 y 605.

esas Cortes adoptan diversas terminologías en el latín de la época⁵⁴, pero es indudable que la presencia de «buenos hombres» o «ciudadanos elegidos», supone no sólo un hito, sino un claro punto de inflexión a nivel histórico que se materializa con la ampliación social de la Curia Regia, fenómeno clave que la dota de especial singularidad⁵⁵.

En este sentido, aunque en la etapa inicial no existe una clara regulación de esta representatividad, es un hecho confirmado que acuden procuradores, personas que gozan de una cierta popularidad por parte de los consejos⁵⁶, y que son convocados para expresar su voluntad en asuntos de gobernanación general, asumiendo así la tarea de deliberar y negociar con el otro eje de poder político encarnado por el monarca.

Una vez aclarados los anteriores extremos, debemos esbozar las causas por las cuales los ciudadanos terminaron por incorporarse a unas asambleas cerradas, excluyentes y reservadas, tradicionalmente, a nobles y eclesiásticos. Pues bien, si realizamos un análisis transversal, puede inferirse que su celebración descansó sobre varios objetivos de muy diversa índole. El principal motivo de esa extensa presencia y composición de la Curia de León no era otro que dar legitimidad y poder al Rey frente a las amenazas internas de los seguidores de Urraca López de Haro y también a los embates externos concentrados en las fronteras castellana y portuguesa.

El segundo de los objetivos era tremendamente ambicioso y radicaba en garantizar la estabilidad mediante la promulgación de un ordenamiento jurídico que sirviese para mantener la justicia y asegurar la paz, deteriorada en todo el reino.

En tercer lugar, resultaba preciso establecer planteamientos políticamente integradores y poner de manifiesto un deseo de cohesión social que no sólo permitiese participar a todos los presentes en la acción gubernativa.

54 En los textos aparecen términos como *cives*, término sumamente ambiguo, y en otras ocasiones se alude a *ceteris nobilibus*, entre otras muchas denominaciones. La mayor parte de los señalados bajo todas estas fórmulas eran un grupo constituido por los *boni homines* burgueses, cuyo protagonismo en el reino se iba haciendo cada vez mayor. RAMÍREZ SANTIBÁÑEZ, J., *Aventando cenizas. Estudio comparativo entre el ordenamiento de León de 1188 y la Gran Carta Inglesa de 1215*, San Juan de Puerto Rico, Fernández & Co, 1922, p. 71. Original digitalizado. Universidad de Illinois.

55 Para el historiador H. Lord, la presencia de ciudadanos en una única sesión no sería suficiente para poder categorizarla como asamblea política, sino que sería preciso constatar que las formas de representación fuesen fijas y estables, que no se trata de una reunión aislada y que las personas que comparecen lo hagan, en última instancia, para ejercer cierto grado de crítica política.

56 Señala Procter que no es sencillo considerar a los «ciudadanos elegidos» como auténticos representantes en el sentido moderno de portadores de un mandato por parte de la comunidad a la que representan. PROCTER, E., «The towns of León and Castile as suitors before the king's court in the thirteenth century», *English Historical Review*, LXXIV, 1959, p. 19.

mental, sino expresar un compromiso de gobernar con su aquiescencia⁵⁷, liberándose, así, de los condicionamientos del entramado aristocrático-rural dominante⁵⁸. Cuenta el historiador australiano John Keane que esa participación popular no surgió sólo como fruto de un impulso de generosidad por parte de Alfonso IX⁵⁹, sino porque necesitaba a todos los estamentos para silenciar las críticas con las que algunas facciones cristianas estaban valorando su objetivo de reconquistar las tierras ocupadas por los musulmanes.

Por último, pero no por ello menos relevante, entre las motivaciones del monarca no debemos perder de vista la necesidad de anular algunas exenciones, donaciones y concesiones de Fernando II para coser un patrimonio real tremendamente mermado⁶⁰. No olvidemos los problemas financieros de la monarquía, y tampoco que se imponían sobre los ciudadanos múltiples impuestos que ni nobles ni eclesiásticos estaban en disposición de costear.

Pero, ¿cuál es la verdadera naturaleza de las Cortes? ¿Fue un órgano consultivo o una asamblea con facultad para legislar y someter a control la actividad del monarca? Pues en jerga actual, podemos afirmar que facultades desempeñadas por los órganos del poder legislativo, del poder ejecutivo y del poder judicial confluían en aquellas curias compuestas que, en palabras de La Moneda, terminarían por ser el supremo tribunal de justicia y, al tiempo, el principal órgano de la Administración⁶¹.

En la obra de Martínez Marina se plantea que las cortes medievales constituirían una asamblea representativa dotada de amplias atribuciones, siendo la principal la potestad legislativa, que compartían con el monarca⁶². Esta comprensión de su naturaleza le conduce a trazar un vínculo directo entre las Cortes medievales y las decimonónicas, siendo a su juicio las primeras un precedente de las segundas⁶³. Por el contrario, Alfonso García-Gallo atribuye

57 RAMÍREZ SANTIBÁÑEZ, J., *op cit.*, p. 70.

58 SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., «Notas para el estudio del "petitum"», en VVAA, *Viejos y nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*, II, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, pp. 929-967.

59 KEANE, J., *The life and death of democracy*, Pocket books, Londres, 2010.

60 En las Cortes de León de 1188, se revocaron muchas donaciones realizadas por Fernando II. La Orden de Santiago y la Orden del Hospital vieron confirmadas sus posesiones, pero la Orden del Temple perdió muchos bienes que ya no volvió a recuperar.

61 LA MONEDA DÍAZ, F., *op. cit.*, p. 13.

62 MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes o grandes juntas nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Imprenta de Fermín Villalpando, 1813.

63 RUBIO MARTÍNEZ, A., «La historiología de las Cortes leonesas de 1188. Estado de la cuestión», en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018, p. 62.

a las Cortes unas facultades mucho más limitadas que, en ningún caso pasarían de jurar al rey o a su heredero, conceder o negar los servicios económicos solicitados por el monarca y prestar *consilium*, pero sin ningún poder efectivo sobre su voluntad⁶⁴. En esta misma línea, se manifiesta Sartori que asevera que la propia concepción de la representación en el discurso medieval presupone un pueblo organizado jerárquicamente sin demasiada influencia en el ejercicio del poder⁶⁵.

V. La participación de los ciudadanos como garantía de libertad: los Decreta y la Constitución de León de 1188

En esta incursión histórica no podemos dejar preterida la alusión al Fuero de León de 1017, que supone uno de los principales avances hacia la libertad jurídica en Europa. Sin entrar en controversia en torno a los orígenes y desarrollo del Fuero, lo que resulta evidente es que el Reino de León, que había avanzado hacia la constitución de una conciencia de comunidad que reclamaba ser regida de acuerdo con ciertos usos recogidos por escrito⁶⁶, se caracterizó por un alto grado de desarrollo jurídico⁶⁷.

Como consecuencia de los ataques externos de Almanzor y su hijo, así como de las tensiones internas a las que debe poner fin Alfonso V, León se encuentra a principios del S. XI en una situación ciertamente complicada y caótica. No obstante, durante más de dos siglos el predominio jurídico leonés se mantuvo a pesar de las circunstancias adversas y tanto Ramiro II, como Alfonso V, Fernando I y Alfonso VI presiden Curias solemnes⁶⁸. En este contexto y ante la necesidad de restablecer el orden y establecer unas bases organizativas que hicieran posible continuar la expansión territorial del Reino, el 28 de julio de 1017 tuvo lugar en la iglesia de Santa María de la Regla (León) un *Concilium regis*, compuesto por eclesiásticos y magnates, que dio origen al Fuero de León, un conjunto de Decretos promulgados por el rey

64 Véase GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español, I*, Madrid, 1959.

65 SARTORI, G., «En defensa de la representación política», *Claves de la Razón Práctica*, n.º 91, pp. 2-6.

66 SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. y SUÁREZ BILBAO, F., «Historia política del reino de León (1157-1230)», *op. cit.*, 1993.

67 TORRES SANZ, D., «Las Cortes bajomedievales castellano-leonesas y la administración de justicia», en FUENTES GANZO, E. y MARTÍN, J. (Dirs.), *De las Cortes Históricas a los Parlamentos democráticos. Castilla y León. S.XII-S.XXI*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 171-198.

68 Sobre esta cuestión, véase PÉREZ PRENDES, J. M., *La potestad legislativa del Reino de León I: Cortes, concilios y fueros*, León, 1988, p. 497 y ss.

Alfonso V, cuyos preceptos versan sobre el buen orden en la administración de justicia y el retorno a la paz⁶⁹, desterrando la explotación y alcanzando soluciones justas.

Posteriormente, el ordenamiento jurídico que surge de la Curia leonesa de 1188 procedió a dotar a los ciudadanos de derechos y libertades que no tenían parangón en los reinos cristianos occidentales, introduciendo notables innovaciones de naturaleza procesal como el deber de persecución del delincuente, la obligación de respetar y acatar las decisiones judiciales, la regulación de la incomparecencia, el establecimiento de modalidades de citación o, entre otras, la prohibición de prenda extrajudicial⁷⁰. Ni que decir tiene que todos los temas que se abordan en esas primeras Cortes quedan plasmados por escrito en los Decreta, que mejoran sustancialmente los antecedentes del Fuero de León.

En estos textos jurídicos se determina, por ejemplo, la obligación de respetar los procedimientos judiciales (*«Que nadie impugne a los justicias ni les arrebate las prendas cuando no quisiera cumplir con la justicia. Si lo hace debe restituir el doble del daño, de la demanda y de las costas, además de pagar a los justicias 60 sueldos. Si alguno de los justicias sufriese un daño por ejercer su tarea o alguno lo matase, sea éste tenido por traidor y alevoso»*), y al mismo tiempo la obligación de los funcionarios de justicia de desarrollar su cometido (*«Si alguno de los justicias denegase justicia al querellante o la demorarse maliciosamente y no le reconociera su derecho dentro del tercer día, que presente testigos y se obligará al justicia a pagar al querellante el doble de su demanda y las costas»*).

Por otro lado, en un marco de graves desórdenes públicos, también se explicita por escrito la prohibición de aplicar la justicia privada, con alguna sonada excepción, al tiempo que se recogen garantías procesales frente a la jurisdicción regia como la citación formal al demandado por carta y con sellos oficiales (*«Por la delación que se haga de alguien o por mal que se diga de él nunca se causará mal o daño a su persona o bienes, hasta citarlo por carta para que responda ante la justicia en mi Curia y en la manera que mi Curia mande»*); los castigos por incomparecencia para unos (*«Si alguno fuera citado por el sello los justicias y se negara a presentarse, comprobado esto por hombres buenos, pagará a los justicias 60 sueldos»*), o bien (*«Si alguno fuese acusado de robo o hecho ilícito y el acusador le citase ante hombres buenos, a fin de que se presente a responder ante la justicia, y éste se negase por un plazo de 9 días, debe ser considerado malhechor y si fuese noble perderá el rango y el que lo prendiere hará justicia con él sin responsabilidad alguna»*);

69 RAMÍREZ SANTIBÁÑEZ, J., *op. cit.*, p. 58.

70 *Vid.* RUBIO MARTÍNEZ, A., *La historiología de las Cortes leonesas de 1188. Estado de la cuestión*, en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *op. cit.*, p. 55. LA MONEDA DÍAZ, F., *op. cit.*, p. 104 y ARVIZU, F., «Más sobre los Decretos de las Cortes de León de 1188», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 63-64, Madrid, 1994.

o las condenas por incumplimiento de las funciones judiciales para otros; el derecho de audiencia destinado a aportar las pruebas que considerasen pertinentes; la condena del denunciante si no conseguía probar la acusación contra el denunciado («*Si alguien no pudiese probar una delación hecha en la Curia debe sufrir la pena que debiera padecer el delatado*»).

Desde otra perspectiva, es preciso destacar que el monarca asume el compromiso de observar los consejos de su Curia («*No habrá guerra ni paz ni pacto sino con el consejo de los obispos, los nobles y los hombres buenos*») y las buenas costumbres establecidas en el Reino por sus predecesores, al tiempo que se prohíbe a los ciudadanos protagonizar asonadas o reuniones tumultuosas o violentas. Asimismo, se reconoce el respeto a la propiedad privada y a la inviolabilidad de los bienes, puesto que ni el Rey ni ningún súbdito del Reino, es decir, ni particulares ni poderes públicos, podrían violar el domicilio o dañar heredades o propiedades, muebles bienes o inmuebles de nadie («*Ni el rey ni otro de su reino destruirá la casa o invadirá las viñas y árboles de otros. Si alguien recibe agravio que presente la queja, presénteme la denuncia con el testimonio del obispo y de los hombres buenos y yo haré justicia*») o («*Nadie debe ocupar violentamente bien mueble o inmueble que estuviera en posesión de otro*»), y se condenan los embargos y pignoraciones de bienes, salvo por jueces y funcionarios de justicia; y se estipula que las prendas no pueden afectar a tierras, ganado o útiles de trabajo («*Será castigado quien prenda bueyes o vacas destinados a la labranza o lo que el aldeano tuviese consigo en el campo. Será castigado y excomulgado*»)

Por otro lado, aunque parezca llamativo, se exige de responsabilidad a los dueños de casas que causen muerte a los asaltantes de las mismas, reforzando así el muro de seguridad del patrimonio personal frente actuaciones privadas, pero también frente al rey o sus oficiales («*Si alguien hiciese daño en la casa o en sus bienes pagará el doble de su valor, y si el dueño y la dueña defendieran su casa y matasen a alguien no serán castigados como homicidas*»)

Finalmente, se plantea una última controversia que no queremos obviar. Trae causa de la falta de inclusión de una fecha de modo explícito en el texto de los Decreta de las Cortes de León de 1188⁷¹, que llega hasta nuestros días a través de un manuscrito posterior⁷². Es incontrovertible que dicho texto

71 Uno de los primeros autores que cita el texto de los Decreta de León es el canónigo bibliotecario de la Catedral de Sevilla, Diego Alejandro Gálvez, que entre 1763 y 1765 se dedicó a transcribir algunos textos jurídicos, entre ellos los Decreta leoneses de 1188, que había hallado en el manuscrito de Ambrosio de Morales de la segunda mitad del Siglo XVI. La copia elaborada por Gálvez se conserva en la Biblioteca Capitular de Sevilla y tiene un gran interés porque de ella se derivan réplicas posteriores como la conservada en la British Library. RUBIO MARTÍNEZ, A., La historiología de las Cortes leonesas de 1188. Estado de la cuestión, *op. cit.*, p. 57.

72 El manuscrito de la Biblioteca Nacional perteneció a Diego de Cobarrubias y contiene el

plantea problemas de diferente índole, y entre ellos el originado por su referencia a una Curia en la que se menciona explícitamente a los presentes que acompañan al Rey⁷³, si bien no se establece ubicación cronológica.

Dada la confusión, mientras determinados historiadores como Muñoz y Romero, Martínez Marina, Sánchez Albornoz, O'Callaghan, o Procter, entre otros, no mostraron duda alguna en relación con los Decreta de 1188⁷⁴, algunos sectores doctrinales se interrogaron sobre si los Decreta serían, verdaderamente, una refundición o elaboración, posterior a la Curia de 1188, de varios textos jurídicos. Siguiendo esta estela, autores como Estepa o Arvizu han estudiado con profundidad, y en sus diversas facetas, tanto la celebración de las Cortes de 1188 como los Decreta emanados de las mismas, y han terminado por relacionarlos con otros documentos y textos atribuidos a Alfonso IX, y singularmente tanto con la llamada constitución sobre ladrones, malhechores e hijos de concubina, atribuida al mes de julio de 1188; como con la constitución aprobada en la Curia de 1194, un texto valioso cuya copia se encuentra conservada en el Archivo de la Catedral de Ourense.

Nos mostramos conformes con las explicaciones de Fernández Catón que añade también al conjunto previamente aludido, la sentencia sobre incartaciones, y la normativa sobre el *petitum* y moneda forera, asegurando que, a su juicio, no existe fusión alguna de textos, sino que hay una clara unidad de redacción en la Curia de 1188, constituyendo, de este modo, los Decreta de Alfonso IX, además del primer código real de reconocimiento de libertades públicas y privadas, un texto unitario surgido de la reunión de la Curia que se celebró en junio en León, justamente antes del acto de Carrión, y la otra, en los primeros días de julio, donde pudieron ser ya promulgados los textos emanados y aprobados en la Curia, y entre ellos los Decreta y la Constitución, que, por consiguiente, se redacta, aprueba y promulga en la misma Curia que los Decreta.

No obstante, es preciso realizar una distinción de cierto calado porque mientras que los Decreta son un texto foral y jurídico estable, con vocación de permanencia y extensión a todo el reino⁷⁵; la Constitución, por el con-

Fuero juzgo; el Fuero de León; el Concilio de Coyanza, la confirmación de Urraca de los Fueros de León y Carrión; los Decreta de Alfonso IX y el Fuero de Sahagún de Alfonso VII; y unos códigos forales del Siglo XII. Por su parte, la copia de Morales (Sevilla) data del Siglo XVI, mientras que la copia británica es del Siglo XVIII.

73 Véase MUÑOZ y ROMERO, T., *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid, 1847, pp. 102-106.

74 PRIETO PRIETO, A., «La autenticidad de los Decreta de la Curia leonesa de 1188», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Simancas ed., Volumen I, 1990.

75 Pocos años antes, en el acuerdo suscrito por las Órdenes de Santiago, el Hospital y del Temple, en el concilio de Salamanca de 1178, se declara que el rey establecía su legislación permanente por medio de Decretos.

trario, no es un texto jurídico de esas características, sino una norma muy concreta orientada a dar solución a situaciones determinadas, pero sin intencionalidad alguna ni de permanencia ni de integrarse en la normativa general del Reino⁷⁶.

Desde otra perspectiva, recuerda atinadamente Ramírez Santibáñez, que los Decreta poseen un carácter único del que se puede desprender un elemento formal, dada la presencia de ciudadanos en la Curia, y otro de naturaleza material, puesto que «se puede identificar aquí los precedentes del constitucionalismo actual», añadiendo que, «desde esta perspectiva, y por su semejanza con las prácticas modernas de representación parlamentaria, podría considerarse que los Decreta de 1188 poseen un patrimonio constitucional»⁷⁷, que supone el tránsito de una época de preeminencia del derecho de los reyes hacia una fase innovadora en la que emerge en el binomio el derecho de los administrados.

A estas alturas, el lector de este opúsculo ya tiene claro que durante todo el reinado de Alfonso IX se otorgó una excepcional trascendencia a la aprobación normativa, y por ello resulta preciso distinguir aquí los Decreta de León de 1188, la Constitución de León de 1188, y la Constitución de León y Santiago de Compostela de 1194⁷⁸, cuyo texto latino se encuentra en un pergamino conservado en el archivo de la Catedral de Orense.

En realidad, como ya hemos argumentado, en León tienen lugar dos reuniones en 1188: una en la que se procede a redactar los Decreta y otra en la que se redactan las constituciones. En la Constitución de julio de 1188, el rey promulga normas generales sobre malhechores, ladrones e hijos de concubinas, que están redactas a partir de las decisiones tomadas en la reunión de la Curia regia, mientras que en 1194, se adopta en las mismas Cortes, la

76 Prestigiosos expertos en la materia, como Estepa o Arvizu, ponen de manifiesto que resulta factible que no todo el texto de los Decreta sea de 1188 y que algunas partes de los mismos no pueden explicarse sin la importante Constitución regia de 1194. Véase, por ejemplo, DE ARVIZU, F., «Las Cortes de León de 1188 y sus Decretos. Ensayo de crítica institucional», en *El Reino de León en la Alta Edad Media I. Cortes, concilios y fueros*, pp. 11-141, o los comentarios en FERNÁNDEZ CATÓN, J.M., «La Curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución», en VVAA, *El Reino de León en la Alta Edad Media*, Tomo IV. La monarquía. Archivo histórico diocesano, Taravilla Ed., León, 1993, pp. 448 y 500-506.

77 De obligada consulta, RAMÍREZ SANTIBÁÑEZ, J., *op. cit.*, 1922. Al tiempo, es conveniente revisar el pensamiento de SIEYÈS que nos remite, entre otros, a las tesis de Montesquieu, Rousseau y John Locke. *Vid.* SIEYÈS, E. J., *¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza, Madrid, 2019,

78 Como sabemos, existe un mandato de Alfonso IX al obispo de Orense, en calidad de señor jurisdiccional, en el que procede a enviarle, a efectos de su conocimiento y cumplimiento, las constituciones de las curias regias de León de 1188 y de Santiago de Compostela y Coruña de 1194. Para un estudio más pormenorizado, véase FERNÁNDEZ CATÓN, J. M., *El llamado Tumbo Colorado y otros códices de la Iglesia Compostelana: ensayo de reconstrucción*, León, 1990.

nueva constitución a lo largo de varias sesiones celebradas probablemente en el mes de septiembre en León, y en el mes de octubre en Santiago de Compostela y A Coruña⁷⁹.

Es cuestión pacífica que fuesen varias sesiones y se llegaran a ocupar esas tres sedes, quizás por razones de oportunidad o por otros motivos, pero las tres ciudades se mencionan en distintos textos. En esta norma se recogen disposiciones dirigidas singularmente a los gallegos, dada la rebeldía que mostraba Galicia frente al Rey, además de las genéricas para todo el Reino que vuelven a abordar de aspectos tan diversos como la prenda extrajudicial o la ocupación violenta de bienes ajenos.

VI. Bibliografía

ABELLÁN GARCÍA, A., «Notas sobre la evolución histórica del Parlamento y la representación política», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 92, 1996.

ALONSO GARCÍA, M. N.:

— «Los Decreta de León en 1188 como piedra fundacional del Estado de Derecho y la legalidad», *Revista de Cultura Jurídica Ius Fugit*, n.º 22, 2019.

— *Fundamentos jurídicos sobre el origen del parlamentarismo. Las Cortes de León de 1188 y su legado constitucional*, Eolas, 2019.

Álvarez Palenzuela, V., De la ruptura del imperio leonés a la unidad recobrada, en *VVAA, León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987.

ARAGÓN REYES, M., «Parlamentarismo y antiparlamentarismo en Europa», en *VVAA, Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988, Cortes de Castilla y León*, Simancas Ed., Volumen I, 1990.

ARIAS, I., «La Carta Magna Leonesa», *Cuadernos de Historia de España*, IX-X, 1948.

ARRANZ GUZMÁN, A., *Las Cortes Medievales castellano-leonesas: participación eclesiástica y mentalidad religiosa*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1988.

ARTOLA GALLEGO, M., *Los orígenes de la España Contemporánea*, Madrid, 2000.

ARVIZU, F., «Más sobre los Decretos de las Cortes de León de 1188», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 63-64, Madrid, 1994.

79 LA MONEDA DÍAZ, F., *op. cit.*, pp. 78 y 80.

- ARVIZU, F.**, «La representación», en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018.
- ASTARLOA, I.**, *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Iustel, Madrid, 2017.
- AZAÑA, M.** *Obras Completas*. Tomo I y II, Ed. Santos Juliá, CEPC, Madrid, 2007.
- CLAVERO, B.**, *Cortes tradicionales e invención de la Historia de España. Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Actas del Congreso sobre Historia de las Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1990.
- BARTON, S.**, «Alfonso IX y la nobleza del reino de León», en VVAA, *Alfonso IX y su época. Pro utilitate Regni mei*, Ministerio de Cultura, 2008.
- BISSON, T.**, «The Origins of the Courts of Catalonia». *Parliaments, States and Representation*, vol. 16, n.º 1, 1996.
- CERDÁ, J.M.**, «La presencia de caballeros y ciudadanos en la Curia regia y el origen de las asambleas parlamentarias en Inglaterra y los Reinos hispánicos», *Revista Kinesis*, 2004.
- CHAMOCHO CANTUDO, M. A.**, «Los primeros ensayos de representación parlamentaria en la Europa medieval» en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018
- DE ARVIZU, F.**, «Las Cortes de León de 1188 y sus Decretos. Ensayo de crítica institucional», en VVAA, *El Reino de León en la Alta Edad Media I. Cortes, concilios y fueros*, Centro de Estudios e Investigación San Isidoro, 1988.
- DE AYALA MARTÍNEZ, C.**, «Las Cortes de León de 1188», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987.
- DE VEGA, P.**, «Significado constitucional de la representación política», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 44, 1985.
- ESTEPA DÍEZ, C.:**
- «Curia y Cortes en el Reino de León», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Simancas Ed., 1988.
 - «La Curia de León en 1188 y los orígenes de las Cortes», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Simancas Ed., Valladolid, Volumen I, 1990.
 - «Los inicios de las Cortes en el reinado de Alfonso IX» (1188-1230), en E. Fuentes y J. L. Martín (Dirs.), *De las Cortes históricas a los parlamentos democráticos. Castilla y León*, Dykinson, 2003.

-FERNÁNDEZ CATÓN, J. M.:

— *El llamado Tumbo Colorado y otros códices de la Iglesia Compostelana: ensayo de reconstrucción*, León, 1990.

— «Supuestos metodológicos para una edición crítica de las fuentes sobre las Cortes de los Reinos de León y Castilla», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Simancas ed., Volumen I, 1990.

— «La Curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución», en VVAA, *El Reino de León en la Alta Edad Media*, Tomo IV. La monarquía. Archivo histórico diocesano. Taravilla ed., León, 1993.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «La entrada de los representantes de la burguesía en la Curia Regia leonesa», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956.

FERNÁNDEZ-MIRANDA, A., *Sistema electoral, partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2003.

FUENTES GANZO, E., *Las Cortes de Benavente. Benavente: 1164-1230*, Benavente, 1996.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., *Orígenes de la burguesía en la España medieval*, Austral, Madrid, 1969.

GARCÍA GALLO, A.:

— «La historiografía sobre las Cortes de Castilla y León», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Simancas ed., Volumen I, 1990.

— *Manual de Historia del Derecho Español*, I, Madrid, 1959.

GARCÍA MORILLO, J., «El Parlamento ante las nuevas realidades», *Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 4, Cortes Valencianas, Valencia, 1997.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., «La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: Desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los Estados miembros», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 29, enero-junio, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y **GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.** (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *Alfonso IX*, II, CSIC, Madrid, 1944.

GREPPI, A., *Teatrocracia. Apología de la representación*, Trotta, Madrid, 2016.

- KEANE, J.**, *The life and death of democracy*, Pocket books, Londres, 2010.
- KELSEN, H.**, *De la esencia y valor de la democracia*, KR ed., Oviedo, 2006.
- KRISTJÁNSSON, J.**, «Islandia. Una saga entre el hielo y el fuego», *Revista Unesco: El Correo, una ventana abierta al mundo*, febrero, 1974.
- LA MONEDA DÍAZ, F.**, *Orígenes de la participación del pueblo en las Cortes de Europa: las Cortes de León de 1188*, Aranzadi, 2022.
- LATHAM, R. E.**, *Revised Medieval Latin Word-List*, Oxford: Oxford University Press, 1980.
- MADDICOTT, J.**, *The origins of the English Parliament*, Oxford, 2010.
- MARONGIU, A.**, *Medieval Parliaments. A Comparative Study*, Eyre, Londres, 1968.
- MARTÍN, J. L.**, «Las Cortes medievales», en FUENTES, E. y MARTÍN, J. L., (Dir.), *De las Cortes históricas a los Parlamentos democráticos*, Castilla y León, Dykinson, 2003.
- MARTÍNEZ LLORENTE, F.**, «Los Decreta de la curia extraordinaria de 1188: contenido y estudio institucional de la Carta Magna leonesa», en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.), *Las Cortes de León: Cuna del Parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ MARINA, F.**, *Teoría de las Cortes o grandes juntas nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Imprenta de Fermín Villalpando, 1813.
- MARTÍNEZ SOPENA, P.**, «Sicut iam Fuerat Iudicatum inter antecessores meos et suos». *Reyes, señores y dominios (1089-1228)*, en FUENTES, E. y MARTÍN, J. L. (Dir.), *De las Cortes históricas a los parlamentos democráticos*, Castilla y León. Dykinson, 2003.
- MILLER, E. y FRYDE, E.**, *Historical Studies of the English Parliament*, vol. I. Cambridge, Cambridge University Press, 1970.
- MUÑOZ y ROMERO, T.**, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla*, León, Corona de Aragón y Navarra, Madrid, 1847.
- O'CALLAGHAN, J.**, *Las Cortes de Castilla y León 1188-1350*, Salamanca, 1985.
- PALLARES, M.^a C. y PORTELA, E.**, *La Reina Urraca*, Ed. Nerea, San Sebastián, 2006.
- PECES-BARBA, G.**, «Parlamento, libertad civil y democracia», en FUENTES, E. y MARTÍN, J. L., (Dir.), *De las Cortes históricas a los parlamentos democráticos*, Castilla y León, Dykinson, 2003.

PÉREZ PRENDES, J. M.:

– *La potestad legislativa del Reino de León I: Cortes, concilios y fueros*, León, 1988.

– «Cortes de Castilla y León» (1188-1988), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 10, Madrid, 1986.

PISKORSKI, W., *Las Cortes de Castilla en el período de tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna 1188-1520*, Barcelona, El Albir, 1977.

POLLARD, A., *The evolution of parliament*, Longmans Green and Co., Londres, 1920.

PORTERO MOLINA, J.A., «Sobre la representación política», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, 1991.

POST, G., «Roman Law and early representation in Spain and Italy», 1150-1250, en BISSON, T., *Medieval representative institutions. Their origins and nature*, Ed. Hindsdale, 1973.

PRIETO PRIETO, A., «La autenticidad de los Decreta de la Curia leonesa de 1188», en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988, Cortes de Castilla y León*, Simancas ed., Volumen I, 1990.

PROCTER, E., *Curia y Cortes en Castilla y León. 1072-1295*, Cátedra, Serie Menor, 1988.

RAMÍREZ SANTIBÁÑEZ, J., *Aventando cenizas. Estudio comparativo entre el ordenamiento de León de 1188 y la Gran Carta Inglesa de 1215*, San Juan de Puerto Rico, F. & Co, 1922.

RECUERO ASTRAY, M., «Alfonso IX, Rey de León y de Galicia (1188-1230)», en *Alfonso IX y su época*, Ministerio de Cultura, 2008.

RUBIO MARTÍNEZ, A., La historiología de las Cortes leonesas de 1188. Estado de la cuestión, en GONZÁLEZ DÍEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización: reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado constitucional, democrático y social*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

SÁNCHEZ ALBORNOZ, C.:

– «Notas para el estudio del «*petitum*», en VVAA, *Viejos y nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*, II, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

- «Sensibilidad política del pueblo castellano en la Edad Media», *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, n.º 5, 1948.
- «El Aula Regia y las asambleas políticas de los godos», *Estudios visigóticos*, Roma, 1971.
- SARTORI, G.**, «En defensa de la representación política», *Claves de la Razón Práctica*, n.º 91, 1999.
- SEIJAS VILLADANGOS, M. E.**, «The Decreta of Leon (Spain) of 1188 as the Birthplace of Parliamentarism: An Historical Review from a Time of Crisis», *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, n.º 8, 2015.
- SIEYÈS, E. J.**, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza, Madrid, 2019.
- SUÁREZ, L.**, «1188: León, entre la esperanza y la angustia», en VVAA, *León en torno a las Cortes de 1188*, Marcial Pons, Madrid, 1987.
- SÚAREZ FERNÁNDEZ, L.**, «Organización política, administrativa y feudovasalática de León y Castilla durante los Siglos XI y XII», en MENÉNDEZ PIDAL, R., *Historia de España*, Tomo X, Madrid, 1998.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, L.** y **SUÁREZ BILBAO, F.**, «Historia política del reino de León (1157-1230)», en VVAA, *El reino de León en la Alta Edad Media, Tomo IV. La monarquía. Archivo Histórico Diocesano*, Taravilla Ed., León, 1993.
- TORRES SANZ, D.**, «Las Cortes bajomedievales castellano-leonesas y la Administración de justicia», en FUENTES GANZO, E. y MARTÍN, J. (Dirs.), *De las Cortes Históricas a los Parlamentos democráticos. Castilla y León. S.XII-S.XXI*, Dykinson, Madrid, 2003.
- TORRES SEVILLA, M.**, «El Reino de León en tiempos de Alfonso IX», en GONZÁLEZ DíEZ, E. (Dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*, CEPC, Madrid, 2018.
- VALDEÓN BARUQUE, J.**, *Las Cortes medievales castellano-leonesas en la historiografía reciente*, Ed. Albir, Barcelona, 1977.
- VALLEJO, J.**, en VVAA, *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media. Actas de la Primera Etapa del Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1988.
- WEILER, J. H.**, «The reformation of European constitutionalism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, n.º 1, marzo 1997.

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, FUENTE ORIGINARIA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS ACTUALES EN MÉXICO

Griselda Anguiano Espinosa

Doctora en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad

De A Coruña

(UNAM)

(México)

griselda.anguiano@udc.es

I. Introducción

El dieciséis de septiembre de 1810 comenzó un movimiento armado encaminado a terminar con el dominio español en la Nueva España: la independencia de México —*La noche del Grito de Dolores*—, gestado en diversas reuniones secretas y clandestinas en el Centro de la Nueva España, Guanajuato y Querétaro¹.

Dicho movimiento independentista tiene como contexto el periodo de la Ilustración y los diversos movimientos revolucionarios liberales de Europa y América a finales del siglo XVIII².

El proceso de Independencia se desarrolló en cuatro etapas: i) La conspiración de Querétaro (1810-1812); ii) El movimiento insurgente (1812-1815); iii) La llegada del nuevo virrey de la Nueva España (1815-1820), y iv) La consumación de la independencia (1821)³. La Primera Etapa es fundamental en la historia de las Constituciones de México, dado que figura como la pri-

1 El hartazgo de los habitantes criollos de la Nueva España por los privilegios y beneficios de los que gozaba la Corona Española originó un descontento general que propició el movimiento independentista, cuyo objeto fue convocar a los más desfavorecidos para organizarse y luchar contra del reinado de España.

2 La Revolución Francesa de 1789 y la Independencia de los Estados Unidos de América de 1775.

3 SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La independencia de México, 1810-1821*, 1.ª ed., Libros Arco, México, 2011, pp. 25-89.

mera Constitución de México, encabeza sus Leyes Supremas, por su contenido constituye la fuente originaria de los derechos y garantías actuales en México⁴.

II. La Constitución de Cádiz

La Primer Etapa se distinguió por la promulgación de la Constitución Política de la Monarquía Española —Constitución de Cádiz— el diecinueve de marzo de 1812, en Cádiz, España, por Fernando Séptimo, Rey de las Españas, y publicada en la Nueva España el treinta de septiembre del mismo año⁵.

La Constitución de Cádiz, por su finalidad⁶ y su carácter liberal⁷, reguló sistemáticamente la organización de los poderes del Estado y los derechos, deberes y obligaciones de los ciudadanos españoles⁸. Se integra por diez títulos⁹, contenía diversas ideas fundamentales que actualmente se encuentran vigentes en el Derecho Positivo¹⁰, entre otros, diversos derechos, principios y garantías aplicables en los diversos procedimientos en ejercicio del poder público, especialmente en aquellos derivados de la potestad de punitiva del Estado, dada su finalidad de imponer un acto privativo al gobernado por la comisión del ilícito¹¹.

4 Citando a Schmitt, señala que al introducir las notas de demostrabilidad y estabilidad se produce un importante avance en la definitiva consolidación del Derecho constitucional, en: RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 75, enero-marzo de 1992, p. 233.

5 Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, *versión facsímil*, México, Biblioteca del Congreso de la Unión, p. 32. Disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/cpme.pdf>

6 ANGUIANO ESPINOSA, G., *El principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador en México*, 1.ª ed., Bosch, México, 2021, p. 53.

7 Por el contexto histórico en que se desarrolla su elaboración, contenido, promulgación y publicación.

8 Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, *op. cit.*, p. 3.

9 La nación —Título I—; el territorio, la religión, el Gobierno, la ciudadanía española —Título II—; las Cortes —Título III—; el Rey y la corona española —Título IV—; los tribunales y la administración de justicia —Título V—, el gobierno interior —Título VI—; las contribuciones —Título VII—; la fuerza militar —Título VIII—; la instrucción pública —Título XI—; y la observancia de la Constitución y su modificación —Título X—.

10 Entre otras, la soberanía —derecho para autodeterminarse—, la división de poderes, el proceso de creación y promulgación de leyes, la administración de justicia, el gobierno local —provincias—, el ayuntamiento, las contribuciones, la fuerza militar, el derecho a la educación, la observancia de la Constitución.

11 En los procedimientos de orden criminal —de Derecho Público— en el título relacionado con el ejercicio de la administración de justicia.

Dicho conjunto de prerrogativas actualmente permanece vigente en el constitucionalismo mexicano¹², ha evolucionado conforme a la realidad del sujeto, la sociedad, el Estado y el Derecho, y de estos conjuntamente, derivado de la importancia¹³ que implica su reconocimiento y vigencia en cualquier sistema jurídico¹⁴, dado que garantizan la seguridad jurídica de la persona.

III. El ejercicio del *ius puniendi* del estado en la Constitución de Cádiz

Antes como ahora, la división de poderes como idea política fundamental se manifiesta en el otorgamiento de diversas facultades al poder público para ejecutar la función pública y satisfacer las necesidades colectivas.

Para cumplir con esa finalidad, en la Constitución de Cádiz, el poder público se distribuyó en tres funciones: los tribunales, las cortes, el rey, cada órgano tenía a cargo diversas actividades de distinta naturaleza¹⁵, mismas que, en conjunto, contribuyeron a la realización de los fines de las Españas¹⁶. En la actualidad, dichos órganos se subsumen en los tres poderes:¹⁷ judicial¹⁸,

12 Dado que, el Dr. Javier Ruipérez Alamillo ha señalado que al ser menester que la reforma puede actuar, y actúa, como instrumento de garantía de la Constitución, se estima que las constantes reformas a la CPEUM han permitido garantizar el reconocimiento de diversos principios, derechos y garantías del sujeto, su aplicación en el procedimiento respectivo implica garantizar el texto constitucional; en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Revista Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, p. 91.

13 Invocando las diversas teorías garantistas de protección de los derechos humanos, los tratados internacionales en esa materia, así como, los recientes principios *pro-homine*, de progresividad y eficacia normativos.

14 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *op. cit.*, pp. 121-122.

15 Sobre el poder público, desde entonces a la fecha, reside en los tres poderes tradicionales, considerando que, la constitución es un instrumento de gobierno encaminada a la organización política; en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Consideraciones generales sobre soberanía y federalismo en la constitución española de 1978», *Revista galega de ministración pública*, n.º 21, enero-abril de 1999, p. 216.

16 Conforme al art. 11 de la Constitución de Cádiz, que estableció cómo se comprendían las Españas.

17 En sustitución: Los tribunales al poder judicial, las cortes al poder legislativo y el rey al poder ejecutivo.

18 Los tribunales se encargaban de administrar la justicia de orden civil y criminal —título V de la Constitución).

legislativo¹⁹ y ejecutivo²⁰. En conjunto, colaboraban para mantener el orden público y la paz social, ante el incumplimiento de las normas establecidas, con el uso del poder de sanción, el Estado²¹, imponía la sanción respectiva.

Dicha función quedó sujeta a la Constitución de Cádiz a fin de regular la actuación de la autoridad en la imposición de la pena y garantizar las garantías del debido proceso, de audiencia y defensa adecuada — artículos²² 286 a 308 de la Constitución de Cádiz —, constituyen el legado de la independencia de México.

Desde entonces, surgió la importancia del reconocimiento de los derechos y garantías de la persona en los procedimientos de carácter público y privado, así como, la necesidad de regular la actuación de la autoridad en el ejercicio de la administración de justicia.

IV. Los principios de la potestad sancionadora

La Constitución de Cádiz reconoció formalmente el ejercicio de la potestad sancionadora del rey y los tribunales. La imposición de la pena por la comisión del ilícito se encargó a los tribunales tratándose de causas civiles y criminales, y del rey por la comisión del ilícito previsto en ordenamientos de naturaleza diferente a aquellos del orden criminal.

Desde la Constitución de 1812²³, el *ius puniendi* del Estado está sujeto al imperio de ley — la Constitución de 1812 y las leyes ordinarias —, cuyos ordenamientos reconocieron un conjunto de reglas, principios, derechos y garantías para regular la imposición de la pena o la sanción.

Por la necesidad de controlar la actuación de los tribunales y del rey en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado para evitar el ejercicio arbitrario del poder público y la falta de garantías en los procedimientos sancionadores; de ello surgió la importancia de imponer parámetros de regularidad a la actuación del Estado y favorecer la seguridad jurídica de la persona mediante el

19 Las cortes tenían a su cargo la elaboración de la ley y los ordenamientos aplicables a la función desempeñada — título III de la Constitución de Cádiz).

20 El rey era encargado de la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado conforme a la Constitución de Cádiz y las leyes vigentes, mediante un conjunto de autoridades u órganos en determinada materia.

21 Los títulos IV y V de la Constitución de Cádiz facultaron al Rey y los Tribunales para castigar a los individuos por la infracción de la ley, dicha función actualmente es conocida como el *ius puniendi* del Estado, cuya figura se entiende como la función de sancionar la comisión del ilícito e imponer la sanción respectiva.

22 En los subsecuente art. (s).

23 Hasta nuestros días.

pleno ejercicio de los derechos de audiencia y defensa adecuada, por ello, continúan vigentes en las constituciones modernas.

Por su contexto, fueron suscritos importantes documentos históricos encaminados a reconocer los derechos inherentes a la persona humana²⁴ y de aquellos aplicables a los procedimientos en ejercicio de la función sancionatoria del Estado.

V. Principios rectores

Las reglas, principios, derechos y garantías previstas en la Constitución de Cádiz, principalmente se instituyeron para ser aplicables en los procedimientos de orden civil y criminal, por su naturaleza y finalidad.

La potestad sancionadora del Estado se reguló por diversos principios rectores previstos en la Constitución de Cádiz, a fin de limitar el ejercicio punitivo y evitar la vulneración de los derechos subjetivos y procedimentales de la persona.

Dichos principios deben distinguirse como sustantivos y procedimentales²⁵. Los primeros, por su naturaleza jurídica, al igual que hoy, regulaban la actuación de la autoridad competente en ejercicio del poder sancionador del Estado; los segundos, surgieron como un conjunto de garantías subjetivas y procedimentales del sujeto oponible en el procedimiento para garantizar el debido proceso.

Desde entonces, como hasta ahora, los principios sustantivos de la potestad sancionadora del Estado son: a) legalidad; b) tipicidad; c) reserva de ley; d) irretroactividad de la ley; e) culpabilidad o responsabilidad; f) proporcionalidad de la pena; y g) la prohibición del doble juzgamiento por el mismo hecho —*non bis in idem*—; por su contenido, los legisladores modernos han procurado su vigencia en los ordenamientos recientes.

Los principios rectores del *ius puniendi* estatal estaban regulados en la Constitución de Cádiz en los arts. 243 (*non bis in idem*), 242, 244, 247, 286, 293 (legalidad); 246 (reserva de ley), 296, 300 (culpabilidad), 294, 303, 304, 305 (proporcionalidad) y 287 (tipicidad), mismos que actualmente se regulan en los arts. 14, 16, 19, 21, 22 y 23 de la CPEUM²⁶.

Desde 1812 a la fecha, dichos principios son catalogados como principios, derechos y garantías de seguridad jurídica y de debido proceso, tienen la

24 ANGUIANO ESPINOSA, G., *op. cit.*, pp. 47-48.

25 CORDERO QUINZACARA, E., «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 42, julio 2014, p. 409.

26 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.

función de regular y limitar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado y garantizar la protección de los administrados en los procedimientos sancionadores.

5.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad fue regulado en los arts. 242, 244, 247, 286 y 293 de la Constitución de Cádiz —arts. 14, segundo párrafo y 16, primer párrafo de la CPEUM—, desde entonces hacía referencia a las formalidades esenciales del procedimiento y el mandamiento escrito en cuyo contenido la autoridad competente funde y motive la causa legal de la actuación.

Históricamente, el principio de legalidad regula el sometimiento de la actuación del Estado a la ley; actualmente es un pilar fundamental del Sistema Jurídico Mexicano; constituye un límite al *ius puniendi* estatal y privilegia la vigencia del Derecho Positivo.

5.2. Principio de tipicidad

El principio de tipicidad tiene como contexto el periodo de la Ilustración, surgió en 1764 con Cesar Beccaria en la obra *«Del delito y de la pena»* y Johann Paul Anselm Feuerbach, en el *«Tratado de Derecho Penal»*, posteriormente fue reconocido formalmente en el art. 8 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, que estableció que: *«nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada»*.

Es la garantía de la exacta aplicación de la ley, tiene como antecedente los principios latinos: i) *«nullum crimen sine lege»*; y ii) *«nulla poena sine lege»*²⁷, en sentido amplio, se traducen como *«ningún delito, ninguna pena sin ley previa»*; en sentido estricto, *«la conducta ilícita produce la pena»*; exige la predeterminación del ilícito y la sanción.

5.3. Principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley exige que determinadas materias sean reguladas por una norma con rango de ley de forma completa y absoluta, excluyendo al reglamento²⁸. Tal principio fue previsto en el 246 de la Constitución de Cádiz, actualmente es regulado en el art. 14, tercer párrafo de la CPEUM.

27 Tesis 1.ª /J. 46/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, p. 217. Registro número: 197255.

28 Al respecto, la SCJN explica que la reserva de ley *«... se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la Ley la regulación de una determinada materia,*

La reserva de ley faculta al legislador ordinario para regular en materias específicas, lo cual excluye la posibilidad de que lo reservado al legislador sea regulado por una disposición distinta de rango diferente o emitida por un órgano diferente, lo cual constituye un límite a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo²⁹.

5.4. Principio de irretroactividad

El principio de irretroactividad³⁰ se regula en el art. 14 primer párrafo de la CPEUM establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, en la Constitución de Cádiz, por su naturaleza jurídica, fue inmerso en el principio de legalidad.

El principio de irretroactividad prohíbe aplicar una ley en perjuicio del destinatario de la norma, no obstante, cuando se favorezca al titular de un derecho subjetivo, la ley será retroactiva y aplicable.

5.5. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad³¹ es el juicio de reproche atribuido al sujeto responsable por la comisión dolosa o culposa de la conducta ilícita descrita en la ley.

por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento...»; en Tesis 58, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo I. Constitucional 2. Relaciones entre Poderes Primera Parte - SCJN Primera Sección - Relaciones entre Poderes y Órganos Federales, p. 472. Registro número: 1001299.

29 La CPEUM establece expresamente la reserva a la ley en materia sancionadora al Congreso de la Unión mediante el procedimiento legislativo ordinaria; lo cual se replica en el ámbito de competencia respectivo, en base al federalismo en materia legislativa.

30 La irretroactividad es: «... *el principio de derecho según el cual las disposiciones contenidas en las normas jurídicas no deben ser aplicadas a los hechos que se realizaron antes de la entrada en vigor de dichas normas...*», opera «... *cuando una disposición vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia, retro obrando con relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior...*»; en «Irrretroactividad» en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I-O, 6.^a ed., Porrúa, México, 1993, p. 1824, en el mismo sentido la Tesis —, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Tomo CXIII, p. 473. Registro número: 318914.

31 El PJF explica que: «... *el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley...*»; en Tesis I.6o.P.36 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, p. 1205. Registro número: 186966.

Dicho principio estaba previsto en los arts. 296 y 300 de la Constitución de Cádiz, y actualmente se encuentra regulado en los arts. 14, 16 y 19 de la CPEUM y art. 7 del CPF;³² es la asociación entre la responsabilidad del sujeto, la pena prevista en la ley y el grado de participación del sujeto en el ilícito, lo cual determina la pena a imponer.

5.6. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad estaba previsto en los arts. 303, 304 y 305 de la Constitución de Cádiz, actualmente se encuentra regulado en el art. 22 de la CPEUM, así como, en diversos instrumentos internacionales.

Dicho principio establece que la pena debe ser impuesta proporcionalmente³³ al ilícito, la responsabilidad del sujeto y el grado de afectación al bien jurídico tutelado. Desde 1812, la finalidad del principio de proporcionalidad es regular la determinación de la imposición de la pena conforme al delito, la participación del sujeto y el bien jurídico tutelado; lo cual, permite que la determinación del *quantum* de la sanción a imponer sea congruente y adecuada con el grado de afectación del bien jurídico vulnerado, sin que implique un exceso o discordancia con la pena impuesta.

5.7. Principio de *non bis in idem*

El significado literal del aforismo latino *non bis in idem* es «no dos veces lo mismo»³⁴; era regulado en el art. 243 de la Constitución de Cádiz en la figura del proceso fenecido, corresponde al juicio con sentencia es firme y causó ejecutoria; la declaración de ejecutoriedad prohíbe iniciar un nuevo procedimiento respecto de aquello anteriormente juzgado, con carácter de cosa juzgada³⁵, actualmente, se regula en el art. 23 de la CPEUM.

Desde 1812, los principios de la potestad sancionadora del Estado fueron consagrados en la Ley Suprema con la finalidad de regular diversos aspectos relacionados con la imposición de la sanción, limitar la actuación de la auto-

32 Código Penal Federal.

33 Fuentes Bardají explica que el principio de proporcionalidad exige un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir, una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva; en DE FUENTES BARDAJÍ, J., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 1.ª ed., Aranzadi, Navarra, España, 2005, p. 245.

34 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4.ª ed., Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 175.

35 ANGUIANO ESPINOSA, G., *op. cit.*, p. 53.

ridad en el procedimiento, evitar la arbitrariedad, garantizar los derechos, garantías, reglas y principios reconocidos en la Constitución y procurar la seguridad jurídica y el debido proceso.

VI. Los principios procedimentales

Desde la Constitución de 1812, al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado ha precedido la garantía del debido proceso y sus formalidades, como exigencia indispensable para imponer la pena, el procedimiento sancionador se regula con base en dicha garantía, lo cuales se distinguen entre: principios sustantivos y procedimentales.

Desde 1812, el procedimiento sancionador quedó sujeto a los principios de la Constitución y la ley ordinaria, a fin de tutelar los derechos del sujeto y garantizar el debido proceso, la audiencia y defensa adecuada, lo cual, en adelante, fue un referente en los aspectos sustantivos y procedimentales del procedimiento sancionador del Estado. Desde la Constitución de Cádiz, la garantía del debido proceso es aplicable en el procedimiento sancionador dada su naturaleza punitiva y finalidad —la imposición de la sanción—.

El Sistema Jurídico Mexicano ha pugnado constantemente para que la Constitución vigente y las leyes favorezcan el principio de legalidad, debido proceso, audiencia y defensa adecuada, y la seguridad jurídica en el procedimiento sancionador, con la finalidad de privilegiar los derechos del imputado reconocidos desde la Constitución de 1812, con base en la retroactividad de la ley en favor del particular.

Hasta ahora, los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de 1812 gozan del carácter de *derechos constitucionalizados* del sujeto en el procedimiento, por su naturaleza jurídica, continúan vigentes en el Sistema Jurídico Mexicano, su aplicación y efectos se extienden a diversas materias y situaciones jurídicas concretas para maximizar la seguridad jurídica del sujeto ante el Estado previo al acto privativo o restrictivo de su esfera jurídica.

VII. Conclusiones

La Constitución de Cádiz es un documento fundamental en la historia de las Constituciones de México, encabeza sus Leyes Supremas, introdujo diversas figuras e instituciones jurídicas que actualmente se encuentran vigentes en el Derecho Positivo Mexicano, entre otras, el *ius puniendi* del Estado y los principios, derechos y garantías del debido proceso, la defensa adecuada y la seguridad jurídica.

Desde 1812, los procesos encaminados a afectar la esfera jurídica del gobernado son una función del poder público relacionada con el derecho a

sancionar el ilícito, tiene aparejado un conjunto de valores, principios, derechos, garantías y bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la ley.

La sujeción del poder punitivo del Estado a la Constitución se relaciona con la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica a la cual se otorgó un conjunto de formalidades esenciales para favorecer la defensa adecuada de la persona frente al Estado previo al acto privativo, esto es, la pena o la sanción. Su aplicación en la práctica jurídica comprende un conjunto de derechos y garantías de carácter subjetivo y procedimental, garantizan el debido proceso, la seguridad jurídica, la audiencia y la defensa adecuada oponibles frente al Estado.

Por ello, en las Constituciones de México, como en otras constituciones modernas³⁶, como una idea política fundamental, se instituyen en las garantías del debido proceso, la defensa adecuada y la seguridad jurídica, la audiencia, entre otros principios, el legislador ha procurado regular la actuación de la autoridad ante los particulares para evitar el exceso u omisión en el desarrollo de la función pública.

Desde la Constitución de Cádiz, el Sistema Jurídico Mexicano ha procurado la protección de los derechos y garantías del sujeto en el procedimiento, así como, la imposición de diversos límites al *ius puniendi* mediante los principios rectores, con ello, favorecer al particular y evitar su indefensión ante el Estado, principalmente garantizar los derechos subjetivos y procedimentales de la persona en el procedimiento sancionador.

Por lo anterior, el legislador ha procurado la continuidad de tales prerrogativas y principios en las Constituciones de México;³⁷ la optimización de los derechos y garantías del sujeto en el procedimiento ha permitido la evolución práctica y doctrinaria de su contenido, favorecer su exigencia, justiciabilidad y reconocimiento en diversos tratados internacionales, aun con el transcurso del tiempo.

Dicha continuidad permite construir progresivamente, el nuevo paradigma jurídico en materia de derechos y garantías del sujeto en el procedimiento sancionador, lo cual ha servido para regular aspectos de carácter sustantivo y procesal. Su reiteración y vigencia en el Derecho Positivo Mexicano favorece su aplicación en los procedimientos actuales, todo ello, constituye el legado de la Constitución de Cádiz, cuyo documento es la fuente originaria de los derechos y garantías actuales en México.

36 Dígase: España, Perú, Uruguay, Argentina, Costa Rica, Venezuela, Honduras, México, Ecuador, Panamá, Chile, Bolivia, El Salvador, Brasil, República Dominicana.

37 Dado el carácter de dichas prerrogativas, desde entonces tomó importancia la obligación de hacer efectivos los diversos principios constitucionales; en: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, «VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México D.F., 12-15 de febrero de 2002)», *Revista de estudios políticos*, n.º 116, abril-junio 2002, p. 310.

VIII. Bibliografía

1. Bibliografía consultada

ANGUANO ESPINOSA, G., *El principio non bis in idem en el Procedimiento Administrativo Sancionador en México*, 1.^a ed., Bosch, México, 2021.

CABANELLAS DE TORRES, G., *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4.^a ed., Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992.

DE FUENTES BARDAJÍ, J., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 1.^a ed., Aranzadi, Navarra, España, 2005.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La Independencia de México, 1810-1821*, 1.^a ed., Libros Arco, México, 2011.

— *Diccionario Jurídico Mexicano*, 6.^a ed., Tomo I-O, Porrúa, México, 1993.

2. Sitio de internet consultado

Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, *versión facsímil*, México, Biblioteca del Congreso de la Unión, p. 32. Disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/cpme.pdf>

3. Revistas electrónicas

CORDERO QUINZACARA, E., «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno», *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 42, julio 2014.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:

— «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 75, enero-marzo de 1992.

— «Consideraciones generales sobre soberanía y federalismo en la constitución española de 1978», *Revista galega de ministración pública*, n.º 21, enero-abril de 1999.

— «VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México D.F., 12-15 de febrero de 2002)», *Revista de estudios políticos*, n.º 116, abril-junio 2002.

— «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Revista Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012.

4. Tesis y jurisprudencia consultada

Tesis 1.ª /J. 46/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, p. 217. Registro número: 197255.

Tesis I.6o.P.36 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, p. 1205. Registro número: 186966.

Tesis —, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, Tomo CXIII, p. 473. Registro número: 318914.

Tesis 58, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo I. Constitucional 2. Relaciones entre Poderes Primera Parte - SCJN Primera Sección - Relaciones entre Poderes y Órganos Federales, p. 472. Registro número: 1001299.

EL MOMENTO CONSTITUCIONAL DE WEIMAR: LA FRAGILIDAD DE LA DEMOCRACIA¹

Javier Tajadura Tejada

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad del País Vasco UPV-EHU.

javier.tajadura@ehu.eus

I. Introducción

Con gran alegría he recibido la amable invitación de los directores de esta obra para participar en el Libro-Homenaje al profesor Javier Ruipérez, muy querido colega y amigo desde hace más de veinticinco años. Durante estas más de dos décadas de relación académica y personal con el homenajeado, hemos participado en obras conjuntas y hemos conversado sobre muchos temas y problemas del Derecho Constitucional. Inevitablemente, una gran parte de estos enriquecedores intercambios de impresiones y de ideas nos conducían y nos conducen al gran laboratorio constitucional que fue Weimar hace un siglo. Aprendí —y sigo aprendiendo— mucho de Javier en relación a los grandes protagonistas y a las relevantes querellas o controversias intelectuales de la época y en particular de las posiciones de Herman Heller uno de los cuatro gigantes de Weimar junto con Kelsen, Schmitt y Smend. Me ha parecido por ello oportuno dedicar mi contribución a este Libro-Homenaje a su persona, obra y ejemplar trayectoria universitaria, a exponer los elementos esenciales que definen ese «momento constitucional». El momento en que el valor de la democracia desciende del limbo de las ideas y de los buenos propósitos para comenzar a desplegar sus efectos en la realidad y en la Historia. Y ello porque nuestro homenajeado ha sido y es un jurista comprometido con esos valores de libertad y democracia que son la seña de identidad del constitucionalismo alumbrado en Weimar.

La Asamblea constituyente de Weimar (1919) alumbró un nuevo tipo histórico de Constitución —la constitución democrática— que vino a sustituir a la constitución liberal imperante durante el siglo XIX. Junto al desarrollo y consolidación del principio democrático (poder constituyente del pueblo/sufragio universal) que fue el presupuesto para el surgimiento de la Constitución

¹ Este trabajo se enmarca en las tareas del Grupo de Investigación de la UPV-EHU de Historia Intelectual de la política moderna (IT 1663-22) financiado por el Gobierno Vasco

normativa y de sus garantías (rigidez y control de constitucionalidad de la ley) el momento constitucional de Weimar se caracterizó también por el auge del pensamiento antiparlamentario y del irracionalismo. Antiparlamentarismo e irracionalismo que —entre otras causas— contribuyeron a la destrucción de la Constitución democrática. El estudio del momento constitucional de Weimar nos pone de manifiesto (6) la fragilidad de la democracia y nos permite extraer lecciones para un presente en que el irracionalismo y el populismo han alcanzado nuevamente un protagonismo destacado.

II. El surgimiento de la Constitución democrática en Weimar

La República de Weimar alumbró un nuevo tipo histórico de constitución, la constitución democrática, según la sugerente tipología de Maurizio Fioravanti y puede ser considerada, por ello, el texto fundacional del constitucionalismo democrático y social del siglo XX. «Llegamos así —resume el mismo autor— al final del desarrollo del Estado de derecho como forma de Estado y también de su constitución, la constitución liberal. Tal límite está en el siglo XX, en el siglo en el que la nueva sociedad democrática irrumpe en las instituciones y en el corazón mismo de la experiencia constitucional europea»².

El constituyente de Weimar pretendió superar las insuficiencias del constitucionalismo liberal, y fue el primero en incorporar, por un lado, el principio democrático con todas sus consecuencias (sufragio universal), y por otro, fórmulas de intervención estatal en la economía y en la sociedad (derechos sociales). A pesar de su trágico derrumbamiento, Weimar encarna, por ello, «el prototipo de constitución adecuada para encauzar las aspiraciones de la conciencia democrática del siglo XX»³. En el caso de España, fue el Texto de 1931 el que desempeñó ese papel.

El reconocimiento del sufragio universal, directo, libre e igual, esto es, la realización efectiva del principio democrático, hizo necesario también plantearse, desde una nueva perspectiva, y por vez primera en la historia del constitucionalismo europeo, la problemática del valor normativo de la constitución.

A diferencia de lo ocurrido al otro lado del océano, en Europa durante todo el siglo XIX, el doctrinarismo liberal y su teoría de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes supusieron la negación de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Cuando no se distingue entre poder constituyente y poder constituido, la idea de supremacía constitucional carece por completo de sentido. En ese contexto, las constituciones del siglo XIX no es que no fueran

2 FIORAVANTI, M., «Estado y Constitución» en FIORAVANTI, M., *El Estado moderno en Europa*, Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

3 GARCÍA LÓPEZ, E., «Nota Editorial» en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 13.

normas jurídicas; lo que ocurría es que eran normas equiparadas a la ley y que podían ser modificadas como leyes ordinarias. Frente a la rigidez del constitucionalismo norteamericano, la flexibilidad fue la nota característica de los textos constitucionales de los Estados europeos a lo largo del siglo XIX.

No solo el doctrinarismo liberal hizo inviable el surgimiento en Europa de la rigidez constitucional. El dogma de la soberanía parlamentaria era también incompatible con la idea de supremacía constitucional. El Parlamento —como depositario de la soberanía según una concepción arraigada en Francia durante la Revolución y que fue abandonada solo tras la Segunda Guerra Mundial— podía llevar a cabo las reformas constitucionales que considerara oportunas siguiendo para ello el procedimiento legislativo ordinario. Esto suponía no distinguir en el plano formal entre Constitución y ley. La Constitución era una norma jurídica, pero del mismo rango que las leyes. Las leyes podían modificar la constitución. La idea de que una ley pudiera ser inconstitucional resultaba inconcebible. El principio político democrático se identificaba con la soberanía del parlamento. No era imaginable un poder superior al Parlamento y, en consecuencia, este era el señor de la constitución. Fácilmente se concluye que las constituciones de este tipo no gozaban de supremacía jurídica alguna. En la medida en que se afirmaba la soberanía del Parlamento se negaba la soberanía de la constitución. Y la soberanía del parlamento conducía inexorablemente a la supremacía de su producto normativo por excelencia: la ley.

No es este el lugar para desarrollar las consecuencias que se derivan de esta concepción. Baste con señalar que la imposibilidad de configurar la constitución como norma suprema hizo inviable también la efectividad de los dos principios políticos definitorios de la constitución racional-normativa: el principio liberal y el democrático. Por un lado, el principio democrático resultó subvertido y el poder constituyente del pueblo reemplazado por el poder soberano del parlamento. Por otro, el principio político liberal tampoco pudo desplegar sus efectos. La pretensión de convertir la ley en garantía de la libertad supuso olvidar el hecho incuestionable de que la ley parlamentaria también podía lesionar a aquella. En ese contexto, el dogma de la soberanía parlamentaria, unido a una diferente concepción del poder judicial cuya legitimidad residía precisamente en su sumisión a la ley, hicieron inviable en Europa, durante todo el siglo XIX, la atribución a los jueces de la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Todo cambió con el reconocimiento del sufragio universal. En última instancia, podemos decir que el reconocimiento del sufragio universal hizo necesario plantearse desde una nueva perspectiva toda la problemática del valor normativo de la constitución. El proceso de democratización del Estado condujo —como el propio Bryce⁴ sagazmente previó— a la generalización de la rigidez constitucional como nota distintiva de los nuevos textos constitucionales del siglo XX.

4 BRYCE, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, CEC, Madrid, 1988, p. 114.

Fue el sufragio universal el que condujo a los Parlamentos a los partidos socialistas (en el caso alemán, el SPD ya estaba presente en el parlamento del Segundo Reich, pero se trataba de una Asamblea dotada de muy escasos poderes) y entre ellos y los partidos liberal-conservadores aparecieron alternativas radicales para la reforma del Estado. La democracia era entonces un compromiso entre fuerzas políticas y sociales antagónicas, cada una de las cuales temía que la victoria electoral de la otra le proporcionara una mayoría parlamentaria suficiente para cambiar la normativa fundamental del Estado. Fue esa circunstancia la que determinó que las nuevas constituciones se hicieran rígidas. La nueva sociedad democrática tiene que pactar los contenidos de la ley y hacerlo con instrumentos nuevos: los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de intereses. Con ello se pondrá fin a la grandiosa imagen surgida de la Revolución de 1789 de la ley como expresión de la voluntad popular, dotada de las características de la generalidad y la abstracción. Por otro lado, la nueva sociedad democrática se expresa políticamente como voluntad constituyente «renovando el gran mito de la revolución y cerrando así también en este aspecto la época liberal que se había fundado precisamente en el presupuesto de que ese mito se había agotado para siempre»⁵. En definitiva, el destronamiento de la ley, y la consideración de la constitución como norma jurídica suprema están vinculados al reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad.

La Asamblea Nacional de Weimar, fue la primera asamblea constituyente en Europa que alumbró el nuevo tipo histórico de la constitución democrática en tanto que distinto del precedente, de la constitución liberal. Este tipo de constitución no se limita a diseñar la forma de gobierno y garantizar los derechos —según la celeberrima formulación del artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789— sino que aspira a mucho más. La constitución recoge los principios políticos fundamentales que definen y singularizan a las repúblicas democráticas del siglo XX. De esta forma se crean las condiciones para que las constituciones puedan situarse, desde un punto de vista material, por encima de la ley del Parlamento de una forma que no fue posible durante la época liberal. «La constitución contiene ahora esos principios que nadie puede violar, ni siquiera el legislador, porque violar esos principios significaría atacar la misma identidad de esa comunidad política concreta»⁶. Entre esos principios ocupan un lugar central los derechos fundamentales considerados como tales por los textos constitucionales y cuya inviolabilidad debe ser tutelada frente a cualquier posible ataque, incluido el proveniente del legislador.

La constitución de Weimar —como el resto de constituciones europeas del siglo XX— no es solo democrática por su fundamento —haber sido elaborada y aprobada por una Asamblea Constituyente— sino sobre todo por

5 FIORAVANTI, M., «Estado y Constitución», *op. cit.*, p. 37.

6 *Ibidem.*, p. 38.

su resultado final, esto es, por el reforzamiento de la mediación pacífica de los conflictos políticos y los antagonismos sociales, la tutela del pluralismo social y el rechazo de interpretaciones unilaterales del destino de la comunidad política. En este sentido, la supremacía de la constitución no deriva «tanto de la presunta superioridad del sujeto autor de la constitución, el pueblo o la nación, como de la necesidad, fuertemente sentida en las sociedades pluralistas contemporáneas, de individualizar un límite seguro a las pretensiones de la mayoría»⁷. La supremacía de la constitución deriva en definitiva de su capacidad para lograr la integración de la sociedad. Y por ello hay que insistir en que una Constitución para ser normativa tiene que ser legítima. La legitimidad del Texto de Weimar fue lamentablemente muy precaria y ello explica su trágico fracaso.

En este contexto, para garantizar la supremacía normativa de la constitución, —y en definitiva el pacto o compromiso político y social que ésta refleja— las antaño constituciones flexibles se convirtieron en constituciones rígidas. Solo entonces fue posible concebir las constituciones como normas supremas.

Las Constituciones «del compromiso» son «instrumentum pacis»⁸ entre las dos fuerzas políticas que en ese momento se consideraban antagónicas: la burguesía y la clase trabajadora. Ello explica que contengan numerosas normas destinadas a mejorar las condiciones de vida de esta última (los derechos sociales). Y por eso mismo, por su naturaleza «pactista», las constituciones del compromiso son también Constituciones sin soberano (Kircheimer).

En Weimar se alumbró la primera constitución que refleja este nuevo paradigma⁹. Esa primera experiencia democrática se vio abocada al fracaso. Fracaso cuyas causas no se encuentran en el Texto Constitucional sino en la falta de cultura política democrática. La Constitución de Weimar pudo haber encauzado los problemas de su época de no haber concurrido toda una serie de circunstancias que contribuyeron a su destrucción (crisis económica, auge de irracionalismos, extremismo político, polarización social, etc.).

III. El reconocimiento en 1919 del sufragio universal masculino y femenino

La aprobación de la ley electoral reguladora de los comicios para la elección de la Asamblea Nacional se configuró como una de las principales tareas del gobierno provisional revolucionario que se formó tras la abdicación del Kaiser y la proclamación de la República el 9 de noviembre de 1918.

7 *Ibidem*, p. 40.

8 ZAGREBLESKY, G., *La Ley y su justicia*, Trotta, Madrid, 2014, p. 296.

9 CASQUETE, J., Y TAJADURA, J., *La Constitución de Weimar. Historia, política y derecho*, CEPC, Madrid, 2020.

El 30 de noviembre vio la luz la ley electoral del Reich acompañada de la norma que regulaba el desarrollo del proceso electoral para elegir a la Asamblea Constituyente. El decreto coincidió con la resolución del Congreso General de los Consejos de Obreros y Soldados de Alemania, que reconocía que solo podrían continuar ostentando la representación de Alemania hasta que se reuniera la Asamblea Nacional. Se puede decir por ello que, realmente, nunca existió una auténtica alternativa entre el sistema de consejos o la Asamblea Nacional, porque la inmensa mayoría de los miembros de los consejos de trabajadores y soldados —y esto hay que subrayarlo— eran partidarios del sistema parlamentario.

La incorporación de la mujer al sufragio (retomaremos enseguida este aspecto) y la reducción de la edad de voto de los 25 a los 20 años fueron las principales novedades introducidas por la ley electoral. Ello supuso el ensanchamiento del cuerpo electoral en un 167 por ciento, hasta conformar un cuerpo electoral de 36.766.00 personas. De ellas hicieron uso de su derecho al voto 30.524.848 electores, esto es, el 83 por ciento del censo (algo por debajo de las elecciones al Reich de 1912, que contaron con una participación del 84,9 por ciento). Las mujeres —que representaban el 54 por ciento del censo— acudieron a votar en proporción similar a los hombres.

El número de diputados se determinó de forma que a cada 150,000 habitantes —según el censo de 1 de diciembre de 1910— correspondiese un diputado. El Reich quedó dividido en 36 distritos electorales. En cada uno de ellos se elegiría a un número proporcional de entre 6 a 17 diputados, hasta un total de 421 representantes. Se recurrió a un sistema de listas cerradas, y el reparto de escaños se efectuó por el sistema d'Hondt.

Las elecciones a la Asamblea Nacional supusieron el reconocimiento del sufragio femenino por primera vez en la historia de Alemania. El derecho al voto igual, secreto y directo para hombres y mujeres mayores de 20 años fue recogido en la Ley Electoral del Reich del 30 de noviembre de 1918, e inmediatamente después reafirmado por la Constitución de Weimar en varios de sus artículos (109, 119 y 128) que apuntalaban la igualdad de derechos y deberes entre mujeres y hombres. De todo el espectro político, la ley contó únicamente con el apoyo desde un principio de los partidos socialistas, es decir, el MSPD y el USPD. De mejor (la izquierda) o peor grado (los conservadores), todos los partidos con representación durante el periodo republicano se apresuraron a incorporar en sus programas la «cuestión femenina», y contaron con mujeres en sus filas, así como en el máximo órgano representativo de la nación, el Reichstag, aunque ninguna en el Reichsrat o cámara de representación territorial, ni tampoco en puestos ministeriales. A lo largo de la República de Weimar todos interiorizaron de forma más o menos expresa en sus programas la igualdad de la mujer e incorporaron consecuentemente algunas mujeres en puestos electorales seguros, pero nunca encabezando candidaturas. Todos menos los nazis, quienes respetaron la división ancestral de roles y concibieron la política y la defensa como ámbitos estrictamente masculinos, en tanto que reservaron la esfera privada (hogar y familia) a las mujeres.

Del total de 423 escaños a repartir en la Asamblea Constituyente, 41 fueron para mujeres (el 9,6%), repartidos del modo siguiente entre los diferentes partidos: 22 del MSPD (un 13,3% del total de la facción); seis de los católicos Zentrum y BVP (6,3%); seis del DDP (8%); tres del USPD (13,6%); otras tres para DNVP (7%), y; una mujer en las filas del DVP (4,5%). De los 24 países que a la altura de 1919 habían introducido el sufragio femenino (entre ellos Australia —pero sólo para mujeres blancas—, Nueva Zelanda, Polonia, Canadá, Dinamarca, Finlandia y Austria) la primera Asamblea Nacional alemana fue la que contó con una mayor representación femenina.

IV. El establecimiento de las garantías constitucionales

El reconocimiento del sufragio universal y la asunción del principio político democrático trajeron consigo la «rigidez constitucional» y llevaron a plantearse en términos radicalmente diferentes a los empleados por el constitucionalismo liberal del siglo XIX la problemática del valor normativo de la constitución. En la concepción de su creador, Preuss, no cabía duda de que el nuevo principio inspirador del orden político era «la soberanía de la constitución»¹⁰. Ello requería concebirla como una norma suprema, y esa supremacía precisaba de dos garantías: un procedimiento agravado de reforma y un sistema de control de constitucionalidad de las leyes.

El constituyente de Weimar afrontó estos temas con mayor o menor fortuna, pero es evidente que ambas cuestiones ocuparon su atención.

4.1. La reforma constitucional

Por lo que se refiere a la reforma constitucional, el artículo 76 de la Constitución de Weimar establecía un procedimiento especial de reforma y más agravado que el legislativo ordinario. Con todo, no queda clara la diferencia entre constitución y ley puesto que la constitución se modifica por ley, aunque necesitada en ese caso de unas mayorías cualificadas. Esta exigencia de mayorías cualificadas supone un avance considerable, pero deja abiertos dos interrogantes de extraordinaria trascendencia práctica: la admisión de las reformas tácitas y la ausencia de límites materiales explícitos al poder de reforma.

El artículo 76 dedicado a las leyes que modifiquen la constitución establece:

La Constitución podrá ser modificada por vía legislativa; sin embargo, únicamente serán válidos los acuerdos del Reichstag que supongan una modificación

10 SOSA WAGNER, F., *Maestros alemanes del derecho Público*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 212.

de la Constitución, cuando se encuentren presentes dos terceras partes del número legal de miembros, y voten a su favor al menos dos tercios de los presentes. Así mismo, los acuerdos del Consejo del Reich (*Reichsrat*) encaminados a reformar la Constitución, precisarán de una mayoría favorable de dos terceras partes de los votos emitidos. Si por iniciativa popular (*Volksbegehren*) se pretende introducir alguna modificación en la Constitución por vía de referéndum (*Volksentscheid*), se requerirá el asentimiento de la mayoría de los electores activos

Cuando el Reichstag ha acordado una reforma de la Constitución y el Consejo del Reich (*Reichsrat*) veta el acuerdo, el Presidente del Reich no podrá promulgar la ley si el Reichsrat, en el plazo de dos semanas, reclama la celebración de un referéndum (*Volksentscheid*).

Por lo que se refiere estrictamente al procedimiento, y a diferencia de lo previsto en la Constitución de 1871, que no exigía mayorías determinadas para ser modificada, el artículo 76 establecía una doble exigencia. Por un lado, la presencia en el Reichstag de al menos dos terceras partes de los diputados; por otro, el voto favorable de al menos dos terceras partes de los diputados previstos. Con esta doble previsión podría darse el caso de que una minoría (el 44, 4 por ciento de los diputados) aprobase una modificación constitucional.

El artículo consagraba la paridad entre el Reichstag y el Reichsrat. A diferencia de lo previsto para la legislación ordinaria, si el Reichsrat vetaba la ley de reforma, el veto solo podía ser superado mediante la celebración de un referéndum. Finalmente, también podía llevarse a cabo una modificación constitucional por iniciativa popular mediante el referéndum correspondiente.

Con todo, los verdaderos problemas que planteaba este artículo eran los referidas a la admisión de las reformas tácitas y a la ausencia de una expresa previsión de límites materiales a la reforma.

La constitución no prohibió las denominadas reformas tácitas, esto es, aquellas que, sin modificar formalmente su texto, alteran positivamente su contenido. Y esa falta de prohibición expresa determinó que, a lo largo de la vida de la república, las reformas expresas fueran muy escasas, y el número de reformas tácitas muy elevado. Esta práctica fue denunciada por la doctrina y contribuyó a erosionar la supremacía de la constitución. «Sucede además — escribe Bühler — con tales modificaciones tácitas que jamás ponen en claro que disposiciones de la ley correspondiente han procedido a cambiar la constitución, a lo que habría que añadir que de esta manera, en vez de verdaderas modificaciones de la constitución, a menudo se acuerdan con harta facilidad verdaderas transgresiones constitucionales para un caso concreto, acciones de transgresión que no habrían sido toleradas por los redactores originales de la Constitución»¹¹.

11 BÜHLER, O., «Comentario sistemático» en *La constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 241.

La constitución tampoco incluyó cláusulas de intangibilidad, esto es, límites materiales expresos a una posible ley de modificación de la constitución. Con ello dejó sin resolver la cuestión de si era posible o no —jurídicamente— implantar otra forma de Estado por la vía del artículo 76. Es decir, si se podía apelar o no al procedimiento de reforma bien para restaurar el régimen imperial, bien para establecer una dictadura de consejos. Para algunos como Bühler —uno de los más lúcidos comentaristas del texto constitucional— el silencio constitucional no podía ser interpretado en el sentido de que el poder de reforma previsto en el artículo 76 careciese de límites materiales: «Esto no sería una reforma sino un quebrantamiento de la Constitución; este propósito requeriría del Presidente y del Gobierno del Reich (así como del Reichstag y del Reichsrat) una serie de acciones que entrarían en flagrante contradicción con el espíritu de la Constitución y, por lo tanto serían ilícitas desde la perspectiva del Derecho constitucional»¹².

No todos compartían esta opinión. La doctrina jurídica de la época estaba dividida. Se dio la paradoja de que los autores más liberales admitieron la posibilidad de llevar a cabo una revolución o golpe de estado por medios legales, mientras que los juristas más conservadores —y menos favorables al régimen de Weimar— reconocieron la existencia de límites materiales infranqueables para el legislador. Así, Anschütz sostuvo que «la Constitución no está sobre el legislativo, por lo que el poder de modificar que el artículo 76 atribuye a las mayorías cualificadas del Reichstag, del Reichsrat y del pueblo tiene un contenido ilimitado». Y, Schmitt, por el contrario, defendió que la constitución como conjunto de decisiones políticas fundamentales —y diferenciadas de las leyes constitucionales— contenía un núcleo intangible e inmune frente al poder de revisión¹³.

Sea de ello lo que fuere, la exigencia de unas mayorías cualificadas para llevar a cabo una reforma legal de la constitución plantea el problema de qué ocurre cuando una ley —sin alcanzar las mayorías exigidas— lleva a cabo una modificación de la constitución. La única forma de hacer frente a esta situación es establecer algún procedimiento de control de constitucionalidad de la ley.

4.2. El control de constitucionalidad de las leyes

Como subrayó el insigne comparatista Mirkin-Guetzévitch, el control de la constitucionalidad de las leyes fue uno de los elementos que caracterizó el constitucionalismo de entreguerras: «esta institución del control constitucional es uno de los fenómenos de la racionalización del Poder. La supremacía del Poder constituyente, que los pueblos modernos han heredado de la Revolución francesa, tiene su expresión concreta en el control de la constitucionalidad de

12 *Idem.*

13 Sosa Wagner, F., *Maestros alemanes del derecho Público, op. cit.*, p. 334.

las leyes. Únicamente este control puede dar garantías reales de la legalidad superior de la Constitución y también de las libertades individuales»¹⁴.

De forma similar a lo que ocurriera en los Estados Unidos un siglo atrás, también en Europa el control de constitucionalidad de las leyes vino de la mano del federalismo. Suiza (desde 1874) y Austria (1920), ambos sistemas federales, admitieron la anulación de las leyes de los Cantones y los Länder —y en Austria también de la Federación— cuando resultaran contrarias a la distribución de competencias realizada por la constitución. El control correspondía a un solo Tribunal, y no a los jueces ordinarios porque éstos seguían sometidos al principio de legalidad, y los únicos órganos legitimados para recurrir las leyes eran los gobiernos de la Federación o de los Länder o cantones.

Pero junto a las experiencias citadas, otros países —de naturaleza no federal— introdujeron también en sus constituciones el control difuso de constitucionalidad de las leyes, es decir, atribuido a todos los jueces y tribunales. Así, la Constitución de Irlanda (artículo 16), la de Rumanía (artículo 103) y la de Grecia (artículo 5).

Aunque, a diferencia de Austria o Checoslovaquia, la Constitución de Weimar careciese de un sistema coherente de Justicia constitucional, durante los catorce años de vida de la república «el control jurisdiccional de normas es vivido como problema teórico y práctico, de tal modo que posiblemente haya más reflexión sobre el mismo que en otros ordenamientos donde el modelo aparece desde el primer momento plenamente dispuesto»¹⁵ El texto de Weimar —tras importantes discusiones en la constituyente¹⁶— no incluyó ninguna institución *ad hoc* para enjuiciar la constitucionalidad de los actos normativos.

El constituyente de Weimar tenía tres opciones: guardar silencio sobre el control de constitucionalidad (como lo había hecho la Constitución de 1871); admitir expresamente el control difuso (formula que adoptaría la Constitución de Baviera); o prohibirlo explícitamente (como lo hacía la Constitución de Prusia de 1850). Como ha subrayado Cruz Villalón, a la hora de optar por una de estas soluciones «se manifestaban dos sentimientos encontrados y casi equilibrados»: de un lado, la conciencia de que la falta de garantía de la norma constitucional respecto a la ley inconstitucional suponía una laguna importante para un Estado de Derecho; de otro lado, la repugnancia a someter al primer legislador democrático nacional alemán al control de los tribunales¹⁷.

14 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 2011, p. 66.

15 CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1987, p. 223.

16 VERMEIL, E., *La Constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande*, Publications de la Faculté de Lettres, Estrasburgo, 1928, p. 221.

17 CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, pp. 80-81.

La prohibición no encontró partidarios destacados, pero tampoco los tuvo la admisión expresa. Ello se debió a la consideración de que el control difuso acabaría imponiéndose por sí solo, como lógica consecuencia del principio de supremacía constitucional. De ahí que Preuss fuera consciente de que el silencio de la constitución suponía la admisión del control difuso.

En todo caso, el 6 de junio de 1919 un diputado del DDP presentó una enmienda prohibiendo el control difuso y estableciendo un control concentrado con efectos generales a iniciativa de la oposición parlamentaria en el Reichstag. La enmienda al entonces artículo 114 —finalmente artículo 108— que disponía la creación de un Tribunal de Estado del Reich pretendía la adición del siguiente párrafo: «La constitucionalidad de las leyes y reglamentos del Reich queda sustraída al control judicial. A petición de cien miembros del Parlamento del Reich, el Tribunal de Estado del Reich controla la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos, así como de la adecuación de las disposiciones administrativas generales a los principios de la constitución. La sentencia del Tribunal de Estado es vinculante».

La discusión del 6 de junio puso de manifiesto la profunda división existente entre los partidos y dentro de ellos sobre la cuestión. En el DDP y en el SPD coexistían posiciones contrapuestas. Con todo, la principal oposición a esta enmienda no iba dirigida al establecimiento del control concentrado, sino a la prohibición del control difuso. Preuss sostuvo que apoyaría la enmienda si se suprimía este último aspecto.

Las afirmaciones de Preuss son de gran importancia, por cuanto, como advierte Cruz Villalón, revelaban el «estado de ánimo» del constituyente: «El control judicial existe siempre que no se halla expresamente excluido [...] Creo que cuando no se dice nada se entiende por sí solo que hay control judicial [...] No me puedo imaginar una actuación judicial plena cuando el tribunal debe verse obligado a aplicar una ley que según su firme convicción es inconstitucional»¹⁸.

El socialdemócrata Hugo Sinzheimer intervino para tratar de salvar la enmienda eliminando el obstáculo que suponía la exclusión del control difuso. Esta enmienda estuvo a punto de triunfar, pero, finalmente, no prosperó. El resultado de la votación fue un empate de votos: once contra once. De esta forma el texto de Weimar guardó silencio sobre el control judicial de la constitucionalidad de las normas. Un silencio que correspondería a los propios Tribunales de Justicia interpretar.

Como resultado de todos esos debates, finalmente, la constitución estableció un diseño del Poder Judicial en el que coexistían un Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) y un Tribunal de Estado del Reich (*Staatsgerichtshof*):

- El Tribunal Supremo del Reich, con competencias de alcance general, no tenía atribuida ninguna función de control de constitucionalidad de las leyes.

18 *Ibidem*, p. 83.

- El Tribunal de Estado del Reich —al que hemos visto resolviendo el conflicto de Prusia contra el Reich—, según lo dispuesto en el artículo 19, era competente para resolver los conflictos de atribución y el control de los actos y las relaciones entre el Reich y los Länder¹⁹.

El sentido último de este Tribunal se encontraba en la naturaleza federal del Estado, y no en la lógica de la supremacía constitucional. Esta configuración del Tribunal de Estado (nunca denominado Tribunal Constitucional) explica que «el primer problema de la justicia constitucional de Weimar estriba en el hecho de haberse mantenido ‘apresada’ en una concepción conflictual de sí misma [...] De ahí que siempre le faltase el ‘alma’ de toda jurisdicción constitucional: la garantía jurisdiccional de la supremacía de la norma constitucional. Esta última siempre sería vista como una abstracta y abstrusa justicia de normas sobre normas, en definitiva, como una fantasía austriaca»²⁰. De esta forma, la misión del Tribunal era velar por el reparto del poder entre el Reich y los Länder, es decir, porque uno y otros circunscribieran su actuación al marco que les era propio y sin invadir el ámbito ajeno. El Tribunal de Estado no había sido configurado, por tanto, como un defensor de la supremacía formal de la constitución respecto a las leyes, sino como una jurisdicción de conflictos constitucionales. Y es necesario reconocer, con Cruz Villalón, que esa jurisdicción funcionó notablemente bien, sobre todo, si consideramos las dificultades del contexto político y social en el que tuvo que desarrollarse²¹.

En todo ello se evidenciaba, advierte Giorgio Lombardi, la profunda contradicción en que incurría el texto de Weimar que radicaba en el hecho de haber limitado las competencias del Tribunal de Estado a materias relacionadas con la distribución territorial del poder (...) y simultáneamente silenciar cualquier referencia a la posible violación ordinaria de la Constitución por el legislador. Dos lógicas que, de haberse puesto de manifiesto, podrían haber llegado a ser conciliadas, aunque no sin dificultades, pero que, a la postre, no habían quedado definidas en el texto constitucional en la medida en que de un lado se había establecido una competencia constitucional, y de otro existía una laguna: un silencio normativo sobre el control judicial de esta segunda competencia²².

19 Artículo 19: «De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un Land donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios de carácter no privado entre distintos Länder, o entre el Reich y un Land, decidirá a instancia de una de las partes, el Tribunal de Estado, siempre que el litigio no corresponda a la competencia de otro Tribunal del Reich. El Presidente del Reich es el encargado de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Estado».

20 CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, op. cit., p. 170.

21 *Ibidem*, p. 169.

22 LOMBARDI, G., «Estudio preliminar» a Schmitt y Kelsen, *La polémica sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. XIX-XXX.

En ese contexto, el problema alcanzó en Weimar una evidente dimensión práctica cuando el Tribunal Supremo resolvió la mencionada laguna comenzando a desautorizar normas legales aprobadas por el Parlamento por considerarlas inconstitucionales, atribuyéndose así —de la misma forma que un siglo antes hiciera su homólogo norteamericano— una función que el texto de Weimar no le atribuía expresamente.

En su sentencia del 4 de noviembre de 1925, el Tribunal Supremo del Reich afirmó con meridiana claridad que todo tribunal poseía no sólo la facultad, sino también la obligación, de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad si se suscitaban dudas a propósito. «No conteniendo la Constitución del Reich —afirmaba la citada sentencia— ningún precepto por el que se sustraiga a los tribunales la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes del Reich y se confíe a otro organismo determinado, debe reconocerse el derecho y el deber del juez de examinar la constitucionalidad de dichas leyes». Esta sentencia es el *Marbury vs. Madison* de Weimar. La sentencia no puede ser desligada del contexto en que se produce. El 11 de enero de 1924 la Asociación de Jueces del Tribunal del Reich había realizado una declaración en relación con el Proyecto de Ley de Revaluación del Marco, en cuya virtud habrían de quedar excluidas de dicha revaluación las hipotecas y otras situaciones crediticias. Los jueces entienden que de llegar a convertirse en ley el proyecto gubernamental resultaría contraria a las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad. El ministro de Justicia recriminó la posición de los jueces, pero ello no impidió que el proyecto fuera suavizado, promulgándose la Ley de Revaluación el 16 de julio de 1925. En octubre de ese mismo año, en su informe anual el presidente del Tribunal del Reich señaló como el resultado más importante de la actividad jurisdiccional anual la reivindicación por el Pleno del derecho a controlar la constitucionalidad de las leyes. En ese contexto y con esos antecedentes, la sentencia fue el pronunciamiento solemne del Tribunal del Reich sobre el control judicial.

En esta sentencia del 4 de noviembre, el Tribunal no sólo procedió a revisar una ley concreta —la ley federal de julio de 1925 que revalorizaba las deudas anteriores a la gran inflación en un 25 por ciento y que planteaba el problema de la igualdad material con las situaciones generadas al amparo de una sentencia anterior del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1923 que actualizaba el valor de una hipoteca anterior a la guerra—, sino que se atribuyó con carácter general la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes federales (Kennedy, 2012: 232-238). A partir de entonces quedó claro que, al menos para los tribunales de justicia, el control judicial de las normas era una realidad en el ordenamiento constitucional alemán. Por ello Heinrich Triepel pudo exhortar a sus colegas —en la conferencia de profesores alemanes de derecho público celebrada en Münster en 1926— a no entrar en la discusión sobre el control judicial, dado que «la Sentencia de noviembre del Tribunal del Reich ha zanjado esta cuestión». En la práctica, los tribunales no llega-

ron a declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Reich por más que las sometieran a su control. Los pocos casos que se dieron apenas tuvieron repercusión. En todo caso, lo verdaderamente importante no era tanto que los jueces y tribunales hicieran uso efectivo de esa facultad, sino el hecho de que estuvieran dispuestos a hacerlo²³.

Como advierte Kennedy, lo que el Tribunal del Reich se había planteado es ¿qué significa la constitución y quién decide en los casos de conflicto como los que se produjeron en el invierno de 1923-1924? Estos razonamientos conducirían al Tribunal posteriormente, en su sentencia de 15 de octubre de 1927, a atribuirse el título de «defensor de la constitución». De esta forma, una controversia que inicialmente afectaba al derecho civil (derecho de contratos) sirvió para plantear el alcance del poder judicial y finalmente desembocó en «un conflicto que era más de tipo político que jurídico: ¿quién debía defender la constitución?» (Kennedy, 2012: 238).

La doctrina del Tribunal del Reich, según la cual todos los tribunales estaban legitimados para controlar la constitucionalidad de las leyes federales, recibió ciertamente una aceptación muy amplia, pero también hubo quien puso de manifiesto el embrollo suscitado por esta pluralidad de órganos jurisdiccionales actuantes como «garantes de la constitución». Para clarificar la situación, algunos autores plantearon proyectos para la creación de un verdadero Tribunal Constitucional que ejerciera el control de constitucionalidad, de modo concentrado, tal y como defendía Kelsen y estaba vigente en Austria. Entre estos proyectos cabe destacar el elaborado por Triepel en 1924 y el redactado por Anschütz en 1926 aunque no llegaron a concretarse. Desde esta óptica, el Gobierno Federal llegó a elaborar y presentar ante el Reichstag un «Proyecto de ley sobre el examen de la constitucionalidad de los preceptos de derecho del Reich» que procuraba cerrar legalmente las posibilidades de consolidar un modelo difuso de control de constitucionalidad y optaba por un modelo de jurisdicción concentrado, atribuyendo la competencia del control de constitucionalidad al Tribunal de Estado, aunque reconociendo las posibilidades del control difuso para casos concretos. El proyecto no llegó a ser aprobado.

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo la cuestión del control judicial de las leyes fue la cuestión doctrinal por excelencia durante la República de Weimar. Desde el primer momento la doctrina se dividió entre partidarios y detractores del control judicial de las leyes del Reich. Tras la sentencia de noviembre de 1925, la cuestión ya no fue tanto control judicial, sí o no, cuanto control difuso o control concentrado.

En todo caso, si tuviéramos que señalar cuál fue la aportación más relevante de la doctrina jurídica de Weimar en relación al tema, esta consistiría

23 CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, op. cit., p. 88.

en haber puesto de manifiesto la relación dialéctica existente entre constitución y jurisdicción constitucional. En Weimar, escribe Cruz Villalón, uno de los mejores conocedores de esta problemática:

de una parte, se va a advertir cómo el significado de la jurisdicción constitucional sólo puede alcanzarse a partir de la Constitución cuya supremacía le corresponde asegurar. Muy concretamente, es algo muy distinto la jurisdicción constitucional según que se inserte en una Constitución exclusivamente reguladora de los órganos del Estado y de la distribución territorial de competencias, que el que lo haga en una Constitución que consagra además derechos fundamentales y principios constitucionales. De modo semejante, y aunque esto parezca hoy una evidencia, en Weimar surgirá la conciencia de que el significado de la Constitución es cualitativamente distinto según que exista o no jurisdicción constitucional: el ser o no ser de la 'segunda parte' de la Constitución dependía de ello²⁴.

Efectivamente, los derechos fundamentales solo pueden ser concebidos como tales —preexistentes e indisponibles para el legislador— si se atribuye a la Justicia Constitucional su salvaguardia frente al legislador. Y si por algo se caracterizó Weimar fue por la inclusión en la segunda parte de la constitución de una amplísima tabla de derechos. Aunque Preuss fuera reacio a su inclusión, finalmente, el compromiso de Weimar determinó el establecimiento de una extensa declaración en la que junto a los derechos de libertad clásicos se añadieron un elenco notable de derechos de contenido y ámbito social.

V. El auge del antiparlamentarismo

La segunda nota definitoria del momento constitucional de Weimar fue el auge del antiparlamentarismo. Se produjo así la paradoja de que en el mismo momento en que gracias al sufragio universal, el parlamento se democratizó, su propia existencia fue puesta en cuestión. El parlamento fue impugnado porque se entendió que con su democratización no podría ya cumplir su función de expresar la voluntad general. Sus críticos afirmaban que eso solo era posible cuando reflejaba una sociedad homogénea (la sociedad liberal burguesa del siglo XIX).

Para hacer compatible la defensa de la democracia y la impugnación del Parlamento se apeló a un concepto de democracia diferente de la representativa o parlamentaria: la democracia decisionista, plebiscitaria o de la identidad. Hoy cien años después del momento Weimar, asistimos a un resurgimiento de estas tesis que se sintetizan en el oxímoron «democracia iliberal». En muchos países de Europa se vuelve a apelar al pueblo como sujeto enfrentado al Parlamento que es la institución central y nuclear de la única democracia posible, la representativa. Nos enfrentamos así —como ya

24 *Ibidem*, p. 227.

ocurriera en Weimar en los años 20 y 30 de la pasada centuria— a la contraposición entre democracia representativa y democracia de la identidad. La primera encontró en Hans Kelsen su más lucido expositor y defensor. La superioridad de la segunda sobre la primera fue defendida por Carl Schmitt²⁵.

Frente a las críticas a los partidos políticos formuladas por Triepel en 1927 y a la defensa de la democracia de la identidad realizada por Schmitt, Kelsen publicó en 1929 la segunda edición de «Esencia y valor de la democracia» donde sostiene, con tanta rotundidad como rigor, que la democracia constitucional es una democracia de partidos, es decir, que no cabe más democracia que la representativa. En la democracia representativa no se decide, sino que se acuerda. La democracia es transacción, pacto o compromiso y desde esta óptica, el Parlamento es el lugar en el que las diversas fuerzas políticas —en el marco de sociedades conflictivas y pluralistas— pueden y deben alcanzar acuerdos.

En el momento Weimar, el crítico más brillante del parlamentarismo fue Carl Schmitt quien en «El concepto de lo político» y en su «Teoría de la Constitución» (ambas de 1928) expuso con meridiana claridad la existencia de dos modelos antinómicos de democracia: la de identidad que se construye a través de la decisión, y la representativa articulada a través del acuerdo. Ahora bien, según Schmitt, la primera es superior o más pura en tanto que expresa el verdadero ser del pueblo encarnado en la plaza o en el líder. Solamente ella puede alcanzar el verdadero fin de la política: la unidad del Estado frente a un pluralismo que él considera disgregador y disolvente. Innecesario es recordar los servicios prestados por Schmitt a la causa del nacional-socialismo alemán; baste con señalar que la democracia de la identidad (directa o plebiscitaria, o como quiera que se denomine) ignora que la democracia constitucional tiene como punto de partida el pluralismo y que en ella no se decide, sino que se acuerda. En democracia no hay decisión sino acuerdo. La decisión responde a la lógica del poder. El acuerdo a la lógica de la política democrática. Y por supuesto en el contexto de la democracia de la identidad, directa o plebiscitaria, el Parlamento no solo no tiene cabida, sino que es —como el mismo Schmitt reconoció— un trasto inútil.

La democracia parlamentaria permite participar —y en su caso integrar— a las minorías en los acuerdos de la mayoría; y, en todo caso, el principio de alternancia (garantizado por la celebración de elecciones libres periódicas) permite a la minoría de hoy convertirse en mayoría de mañana e impulsar las reformas que considere oportunas.

Es preciso subrayar e insistir en esto porque el «decisionismo» es una de las mayores amenazas a la democracia constitucional en nuestro tiempo. Ese decisionismo está en la base de todas las propuestas tendentes a establecer

25 DE MIGUEL, J., y TAJADURA, J., *Kelsen vs. Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, tercera edición, 2021.

o potenciar los referendos como instrumentos de democracia directa. El referéndum en una democracia constitucional solo puede ser concebido como un acto de control, esto es, como un complemento de la representación, pero nunca como un acto de soberanía. Por otro lado, la convicción de que la democracia plebiscitaria es superior a la representativa ha repercutido negativamente también sobre el funcionamiento de los partidos, erosionando la democracia y fomentando dinámicas cesaristas y caudillistas. Frente a esas tendencias hay que insistir en que la democracia representativa no es un mal menor (frente a una utópica democracia directa) sino que es la mejor por sus efectos sobre el sistema político: facilitar los acuerdos, permitir las transacciones, moderar los discursos.

Ahora bien, por todo lo anterior la democracia parlamentaria tiene como presupuesto una determinada cultura política que debe ser preservada y fomentada: la cultura política democrática del pacto, el acuerdo y la transacción. Una cultura política que en Weimar brilló por su ausencia. Lo que se impuso fue la lógica schmittiana de amigo/enemigo, la extrema polarización, el sectarismo, y la consideración del acuerdo como sinónimo de rendición. En el momento en el que los enemigos del Parlamento (nacionalsocialistas y comunistas) llegaron a tener más diputados que los partidarios de la democracia representativa, la República de Weimar quedó sentenciada.

Para establecer una comparación entre el momento Weimar y nuestros días, baste traer a colación una investigación llevada a cabo en 2016 por Roberto Stefan Foa y Yascha Mounk según la cual la proporción de personas a las que le gustaría tener un «líder fuerte que no tenga que perder el tiempo con parlamentos y elecciones» se ha incrementado desde finales de la década de 1990 diez puntos porcentuales en estados Unidos, veinte puntos en España, y veinticinco puntos en Rusia.

VI. El irracionalismo

La tercera nota que quisiera dejar apuntada del momento Weimar es el irracionalismo, un irracionalismo potenciado entre otros factores por el miedo, por la sensación de amenaza, por la inseguridad.

El momento Weimar y la destrucción de la República solo pueden ser cabalmente comprendidos si se analizan en el marco de una situación de desestructuración y crisis económica y social. Situación que provoca miedo e inseguridad y que activa siempre la predisposición hacia el autoritarismo.

El miedo provocado por la derrota de 1918 y sus consecuencias sociales y económicas unido al pánico que causó en una buena parte de la población, la revolución soviética de 1917 es una de las principales causas que explican el auge de un irracionalismo que fue letal para la República de Weimar como lo es para cualquier democracia constitucional. El protagonismo del irracionalismo en la atmósfera cultural y espiritual de la República ha sido descrito

magistralmente por Peter Gay en «La cultura de Weimar»²⁶. Ese irracionalismo llevó a millones de alemanes a dar credibilidad a teorías cuya falsedad manifiesta era relativamente fácil de comprobar. Baste señalar como un ejemplo muy significativo el mito «de la puñalada por la espalda» que sirvió para ocultar la incompetencia del Alto mando alemán en la dirección de la guerra y en su responsabilidad en la derrota.

La democracia parlamentaria es ante todo un régimen de opinión pública que se construye sobre la base de la búsqueda de la verdad mediante el uso de la razón. En el momento Weimar el irracionalismo hizo imposible alumbrar una opinión pública que sostuviera la democracia. Las sucesivas crisis económicas fueron un caldo de cultivo propicio para ese irracionalismo.

Y por concluir comparando una vez más el momento Weimar con la actualidad, vemos como en nuestras democracias (desde Estados Unidos hasta el Reino Unido pasando por Francia) las teorías conspiratorias, las noticias falsas, y las mentiras más burdas se difunden con rapidez y ganan adeptos. El avance tecnológico —internet y las redes sociales— ha contribuido paradójicamente al avance del irracionalismo. La crisis económica también: «La reacción contra la ineficacia creciente del Estado-nación a la hora de proteger a sus ciudadanos de las amenazas imparables de un mundo lleno de incertidumbres es un factor importante que contribuye a la demanda de gobiernos autocráticos en el siglo XXI»²⁷.

Las redes sociales son hoy la plataforma que los populistas necesitan para intoxicar la vida política y operan como un enemigo peligroso de la democracia liberal y del régimen representativo: «Hasta hace pocas décadas los gobiernos y las grandes empresas mediáticas ejercían un oligopolio sobre los medios de comunicación de masas. La consecuencia de ello era que podían fijar los criterios del discurso político aceptable. En una democracia que funciona, esto podía significar un rechazo a la publicación de contenidos racistas, de teorías de la conspiración o de mentiras puras y duras, y, con ello, una estabilización de la democracia liberal (...) Con el auge de las redes sociales, esa ventaja tecnológica se ha disipado prácticamente por completo (...) los vendedores de odio y los mercaderes de mendacidad lo tienen mucho más fácil para socavar los cimientos de las democracias liberales»²⁸.

Estas redes sociales han adquirido en los últimos tiempos un protagonismo formidable y una indiscutible importancia para ganar todo tipo de elecciones. A ello se suma la pérdida de influencia de los medios de comunicación de referencia. Las redes con su caudal de información falsa y de discursos incendiarios pueden determinar el resultado de unas elecciones. También aquí observamos un peligrosísimo rechazo a la intermediación para

26 GAY, P., *La cultura de Weimar*, Paidós, Barcelona, 2011

27 NAIN, M., *La revancha de los poderosos*, Debate, Barcelona, 2022, p. 139.

28 MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Barcelona, 2018, p. 152.

la generación de la opinión pública. Los periodistas especializados, como todos los expertos en general, son despreciados. Las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016 en las que la injerencia rusa tuvo un papel decisivo o el referéndum sobre el Brexit en el Reino Unido son los dos casos más significativos y de mayor trascendencia en cuanto han contribuido a la fragmentación de Occidente y a la erosión de la democracia.

Por lo que se refiere al Brexit, tanto en la campaña del referéndum de 1974 como en el de 2016, la BBC —ente público audiovisual del Reino Unido caracterizado por su excelencia y neutralidad— desplegó una cobertura informativa completa sobre el tema. Con información veraz. Es decir, ofreció hechos frente el inmenso caudal de datos falsos y mentiras propagados por los partidarios del Brexit. Ahora bien, en 2016, aunque sería injusto decir que la profesionalidad y el buen hacer de la radiotelevisión pública del Reino Unido fueron vanos, lo cierto es que fueron insuficientes para impedir el desastre. Se puso de manifiesto, con toda crudeza, que la democracia representativa es un régimen de opinión pública, y no puede existir ni funcionar en un escenario en el que la desinformación, la mentira o la posverdad, se imponen sobre la información veraz (H. Arendt).

El estudio del momento Weimar nos pone de manifiesto que esto no es algo nuevo. Weimar es un ejemplo claro de como una sociedad que abraza el irracionalismo acaba asumiendo toda una serie de mitos y falsedades que le conducen finalmente al desastre.

VII. Reflexión final

El momento constitucional de Weimar fue un hito histórico luminoso y esperanzador en el que se alumbró la Constitución democrática, se instauró el sufragio universal y la nueva sociedad de masas se integró en el sistema político. Fenómenos como hemos visto íntimamente relacionados. El momento del sufragio universal masculino y femenino. El momento del surgimiento de la constitución normativa. Fue un intento loable de lograr la integración mediante el acuerdo, de establecer una democracia parlamentaria y social. Ahora bien, fue el momento también en que el parlamentarismo fue puesto en cuestión por quienes tanto desde la derecha como desde la izquierda proponían alternativas totalitarias. Y fue un momento en que la crisis económica y social condujo a buena parte de la población a los brazos del irracionalismo. El miedo llevó a millones de personas a buscar seguridad en fórmulas y soluciones autoritarias/totalitarias. La democracia parlamentaria sucumbió como consecuencia del auge del extremismo político, de la polarización extrema, y de la incapacidad de las fuerzas democráticas para alcanzar acuerdos y ofrecer soluciones a los graves problemas de la época. Al final, los enemigos del parlamentarismo vieron cumplidas sus teorías sobre la incapacidad del Parlamento para lograr la integración a través del acuerdo.

Hubo que esperar al final de la Segunda Guerra Mundial para que el momento Weimar diera sus más preciados frutos y la constitución normativa y democrática se impusiera en sucesivas olas o fases por toda Europa. Las democracias constitucionales de Europa son herederas de Weimar y han asumido lo mejor de su legado.

En la tercera década del siglo XXI, las democracias constitucionales atraviesan una grave crisis. El empeoramiento de las condiciones económicas de amplias capas de la población contribuye a generar una sensación de inseguridad y miedo al futuro. En ese contexto, asistimos a un crecimiento de populismos de izquierdas y de derechas que impugnan la democracia parlamentaria y la intermediación tanto en el plano político como comunicativo. Se apela de nuevo a la «democracia iliberal» que no es otra cosa que la tiranía de la mayoría. La era de las redes sociales es propicia para volver apelar a la democracia de la identidad y permite difundir sin ningún tipo de filtro los discursos más extremos. Junto al antiparlamentarismo y el iliberalismo, los populismos tienen un componente de nacionalismo exacerbado que los lleva a oponerse al proceso de integración supranacional de Europa y que, en última instancia, en el caso de Rusia ha traído de nuevo la guerra a Europa. Los bombardeos sobre Ucrania son el último y más trágico eco del momento Weimar, del nacionalismo e irracionalismo que provocó la destrucción de la República.

En el confuso y peligroso contexto político, social e ideológico que vivimos, la principal enseñanza que podemos extraer del momento Weimar es la fragilidad de la democracia constitucional como forma política de organizar la convivencia que allí vio la luz por primera vez en la historia de Europa; y allí fracasó también de forma trágica.

VIII. Bibliografía

BRYCE, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, CEC, Madrid, 1988.

BÜHLER, O., «Comentario sistemático» en *La constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010.

CASQUETE, J., y **TAJADURA, J.**, *La Constitución de Weimar. Historia, política y derecho*, CEPC, Madrid, 2020.

CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1987.

DE MIGUEL, J., y **TAJADURA, J.**, *Kelsen vs. Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, tercera edición, 2021.

- FIORAVANTI, M.**, «Estado y Constitución» en FIORAVANTI, M., *El Estado moderno en Europa*, Trotta, Madrid, 2004.
- GARCÍA LÓPEZ, E.**, «Nota Editorial» en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010.
- GAY, P.**, *La cultura de Weimar*, Paidós, Barcelona, 2011.
- LOMBARDI, G.**, «Estudio preliminar» a Schmitt y Kelsen, *La polémica sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B.**, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 2011.
- MOUNK, Y.**, *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Barcelona, 2018.
- NAIN, M.**, *La revancha de los poderosos*, Debate, Barcelona, 2022.
- SOSA WAGNER, F.**, *Maestros alemanes del derecho Público*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VERMEIL, E.**, *La Constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande*, Publications de la Faculté de Lettres, Estrasburgo, 1928.
- ZAGREBLESKY, G.**, *La Ley y su justicia*, Trotta, Madrid, 2014.

TERCERA PARTE

La Constitución y su defensa

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y SU PERIPECIA, ESPECIALMENTE EN IBEROAMÉRICA

Raúl Canosa Usera

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

(España)

rcanosa@der.ucm.es

I. El concepto de Constitución y sus manifestaciones históricas

Al margen de los precedentes históricos en el mundo antiguo, lo cierto es que el concepto de Constitución es invención liberal y como tal adquiere su consistencia teórica, al hilo de sus manifestaciones históricas. Es, pues, como tantos otros conceptos que aún seguimos empleando, fruto de la imaginación de una burguesía revolucionaria, siendo así que la Constitución formaliza las ideas revolucionarias que alumbró la ilustración. Como todo producto —en este caso político— del racionalismo, su irrupción en la realidad provoca no pocos conflictos con ella porque las ideas, desde el punto de vista del racionalista, han de prevalecer a despecho de la realidad.

Importa subrayar que Inglaterra es por un lado ejemplo primero de liberalismo y al mismo tiempo es el paradigma de constitucionalismo sin Constitución, porque, como es notorio, ni existía ni existe aún en aquel país una Constitución escrita que ordenadamente regule lo esencial de la convivencia política; existen normas políticas materialmente constitucionales, algunas muy antiguas, cuya interpretación ha ido decantando, junto con las costumbres y convenciones y la jurisprudencia de los tribunales, un constitucionalismo evolutivo.

En contraste, en los otros dos constitucionalismos referenciales, el norteamericano y el francés, se tuvo necesariamente que optar por el empleo de la Constitución escrita que en ambos operó como instrumento de un acto revolucionario; en el primero para independizarse de Inglaterra, en el segundo para derrocar al viejo régimen absolutista.

Pero la consolidación definitiva de la Constitución se dio con la federal norteamericana de 1787 que creó el primer Estado federal, organizado conforme al principio de división de poderes, tanto horizontal como vertical, a lo que pronto se añadió, a través de las primeras enmiendas, una declaración de derechos. El aspecto político esencial de esta creación (no en balde suele denominarse originario a este constitucionalismo) es que la Constitución es fruto del acto de un poder constituyente que engloba a todo el pueblo de todos los Estados («*We the People of the United States...*»). Por mucho que la ratificación de la Constitución tuvieran, a la postre, que concretarla las legislaturas estatales en un ejemplo de supervivencia de elementos de Derecho internacional, y no bastase solo la voluntad de la convención constituyente. Se operaba conforme al artículo 13 de los artículos de la Confederación que era, ociosos es recordarlo, un vínculo de naturaleza esencialmente internacional.

Así las cosas, la voluntad popular que se expresaría, una vez en vigor la Constitución federal, no sería la de una voluntad incondicionada sino imitada en las esferas respectivas, federal y estatales, por la Constitución de 1787. No cabía esperar supervivencia ninguna de esta Constitución que formalizaba el pacto federal si las legislaturas —federal o estatales— la incumplían. Era pues indispensable asegurar la supremacía de la Constitución federal tanto frente al Congreso de la Unión como frente a las legislaturas estatales; y ello pasaba por reconocer a la Constitución como suprema ley del país (artículo VI de la Constitución), es decir, como verdadera norma jurídica suprema. Para asegurar su supremacía la propia Constitución contempla el procedimiento para ser enmendada o revisada y pronto, en el célebre caso *Marbury contra Madison* de 1803, la Corte Suprema introducía el *Judicial Review* (la jurisdicción constitucional), siguiendo las enseñanzas de Hamilton, expuestas en el artículo 78 de «*El Federalista*». Como hubo necesidad de asegurar el pacto federal formalizado en la Constitución, fue preciso introducir los dos mecanismos, hoy clásicos, pero entonces verdaderamente revolucionarios, de la rigidez y de la justicia constitucionales. Quedaban configurados así el valor normativo de la Constitución y sus garantías. De resultados de lo anterior, los jueces adquirieron un papel preponderante como jueces de la Constitución —sus intérpretes— y a la cabeza de todos ellos la Corte Suprema. Este papel preeminente y creativo de los jueces casaba bien con la concepción heredada de los jueces ingleses, tan distinta de la desconfianza hacia ellos que siempre caracterizó al constitucionalismo continental europeo.

Resulta curioso que allí donde más nítidamente se formula la teoría del poder constituyente y la distinción entre éste y los poderes constituidos, no se acabaran extrayendo las consecuencias previstas por el propio Sieyès (*Qu'est-ce que le tiers-état?*) y no se introdujeran mecanismos de control de constitucionalidad y la rigidez constitucional, si se recogía resultaba inútil por sí sola para asegurar la eficacia normativa de la obra del poder constituyente. Lo que entendieron los norteamericanos e introdujeron: la combinación de rigidez y control de constitucionalidad no era útil para los revolucionarios franceses que, a despecho de algunos intentos, terminaron conformando

un constitucionalismo sin Constitución, pues ésta no acabó nunca de ejercer como verdadera norma jurídica. En realidad, no había necesidad política de otorgar mayor rango normativo a la voluntad nacional expresada por el constituyente sobre la más actualizada voluntad nacional emitida después por el poder constituido legislativo, de suerte tal que el producto de la primera no pasaba de ser un documento político. Ello, unido a la codificación, significó que la norma verdaderamente central era el Código Civil. La identidad entre la voluntad nacional del momento constituyente y la del legislativo hacía impensable el sometimiento de esta a aquella. A resultas de ello el papel del juez queda reducido al de aplicar las leyes sin posibilidad alguna de someterlas a control para verificar su respeto por la Constitución. Además, pesaba la concepción del juez como la boca muda a través de la cual hablan las palabras de la ley que es clara expresión de la razón.

Los dos constitucionalismos (el norteamericano y el francés.) que compartían muchas ideas y partieron de declaraciones de derechos similares. (Jellinek), se disociaron nítidamente en la concreción de esas ideas y mientras que el americano, al partir del control de constitucionalidad difuso, puso en manos de los jueces, sobre todo de su Corte Suprema, un inmenso poder que ha utilizado desde entonces, el francés y con él el continental europeo se centraba en la posición preferente de la ley y en la desconfianza hacia los jueces que debían interpretarla desde la subsunción.

Una mención especial merece la Constitución española de 1812, la primera tras las norteamericanas y francesas y muy influyente en Europa y en Iberoamérica. A pesar de llamarse Constitución y de estar claramente inspirada en los precedentes extranjeros, Argüelles, en su Discurso preliminar a la Constitución, se esfuerza en hallar precedentes históricos y presentar la obra de Cádiz casi como una nueva recopilación de viejas leyes de los reinos españoles. No hay duda de que se trató de la expresión de un poder constituyente que como primera disposición proclamó la soberanía de la nación española creando así un sujeto político nuevo, tal y como había hecho en su momento la Asamblea nacional francesa. Lo curioso de esta Constitución es que, amén de una rigidez extraordinaria, introducía un mecanismo que parecía abrir la puerta al control de constitucionalidad mediante la facultad de todo español «a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución» (artículo 373). No hubo ocasión, salvo muy tímidamente en el trienio liberal (1820 1823), de que tal recurso se desarrollase. Y por lo que concierne a la rigidez, esta era tanta que, planteada la reforma en 1836, al final, como siempre sucedió luego en España, se optó por la vía revolucionaria que concluyó en la nueva Constitución de 1837.

Hoy sabemos que, en Europa salvo en el Reino Unido, están vigentes constituciones que son tenidas como verdaderas normas jurídicas, salvaguardadas amén de por su rigidez, por mecanismos de control de constitucionalidad. En Europa hay por doquier constitucionalismo con Constitución. El cambio radical se dio tras la Segunda Guerra mundial por el mismo motivo que más de

siglo y medio antes se dio en las antiguas colonias inglesas en Norteamérica: hubo una necesidad política de asegurar la Constitución como norma jurídica. En efecto, en Europa occidental se formalizaron Estados sociales que solo de manera revolucionaria se habían ensayado en el periodo de entreguerras (Alemania en 1919, España en 1931). Ahora se trataba en cierto modo de repetir la experiencia, pero como resultado de un pacto entre fuerzas políticas muy dispares que, sin embargo, acordaban los contenidos de la Constitución. Esta no podía ser ni una Constitución de exclusiva inspiración liberal ni tampoco socialista. La dificultad estribaba en armonizar, por ejemplo, las aspiraciones del Partido Comunista italiano con los de la Democracia Cristiana u otros partidos más a la derecha. Esta faena de acomodación exigía introducir en el texto aspiraciones de unos y otros y en consecuencia estas constituciones son pluralistas cómo era el conjunto de fuerzas políticas que las inspiraron, dotadas de ductilidad (*mítezza* la denomina Zagrebelsky).

Una vez en vigor este tipo de constituciones deben operar como órdenes abiertos donde las diferentes mayorías venideras puedan concretar los preceptos constitucionales, pero sin impedir que mayorías alternativas sucesivas puedan marcar su propia orientación política. Y precisamente la garantía de esta apertura es la propia Constitución y su interpretación, por lo general encomendada en Europa a un Tribunal Constitucional. Interpretar se convierte en tarea indispensable y urgente que llevó consigo la defensa de los derechos fundamentales proclamados en la ley fundamental. El cambio es copernicano e incluye la aceptación de una creativa labor judicial; se afianza en el continente, primero en los años setenta con los países mediterráneos que recobraron la democracia (Grecia, Portugal y España) y luego con los de la Europa oriental.

II. Idoneidad y utilidad del concepto racional normativo de Constitución

2.1. La decisión constituyente

De lo explicado hasta ahora se desprende que la Constitución expresaba una voluntad política imputada a un poder constituyente que formalizaba un hecho revolucionario: la independencia y la creación del Estado federal en los Estados Unidos o el cambio de régimen político en Francia o en España.

Carl Schmitt puso el acento en este hecho indiscutible de que la Constitución expresa una voluntad, pero lo hizo para concluir que la verdadera Constitución era la decisión misma. No cabe duda de que el poder constituyente que crearon las revoluciones liberales y teorizó Sieyès es el presupuesto de toda Constitución escrita, pero no es menos cierto tampoco que la construcción de un orden jurídico se funda en las disposiciones normativas que lo integran y entre ellas la Constitución es la de mayor rango. Una vez conformado el orden jurídico, su

funcionamiento responde a la lógica normativa de relaciones entre las normas. Se ha llegado a emplear la expresión «soberanía de la Constitución» para resaltar el hecho de que, una vez dada la Constitución, el poder constituyente que la creó, el verdadero soberano, desaparece; sólo subsiste, objetivado, el producto de su acción: la Carta Magna que aquél colocó en la cúspide del orden jurídico. Desde luego, el soberano siempre puede irrumpir y romper la continuidad del orden jurídico para, aprobando una nueva Constitución, refundarlo; es el caso reiterado en la historia constitucional española. Pero cuando la Constitución prolonga su existencia no vuelve a aparecer el soberano ni siquiera cuando quien actúa es el poder de reforma constitucional que, aun polémicamente, puede considerarse un poder constituido. El orden jurídico cobra en cierto modo una vida independiente de la voluntad de quien la impuso; no es de extrañar entonces que allí donde este funcionamiento está más consolidado —Estados Unidos— se siga discutiendo a propósito de la voluntad de los *Founding Fathers* y algunos defiendan desde posiciones originalistas la necesidad de respetarla, mientras que otros apuesten por la noción de *Living Constitution*, según la cual importa más atender a la realidad presente y adaptar a ella la Constitución cuando se la interpreta. Bajo esta polémica, tan llena de matices y tan actual como demuestra el reciente vuelco jurisprudencial de la Corte Suprema a propósito del aborto (caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, de 24 de junio de 2022), subyace la conveniencia o no de respetar la voluntad de los autores de la Constitución.

2.2. La materia constitucional

Si la Constitución expresa una voluntad soberana y por lo tanto ilimitada e incondicionada, entonces cualquier contenido podría incluirse en ella y, por consiguiente, serían imaginables constituciones que impusieran regímenes autocráticos. En este sentido piénsese en las constituciones de la URSS, por ejemplo, o en otras muchas. Incluso el propio Kelsen ofrece un concepto de Constitución que no prefigura su contenido sino solo su posición cimera en el orden jurídico regulando la creación futura del derecho.

Sin embargo, la Constitución fue en su origen el instrumento del que se valió la burguesía revolucionaria para imponer su ideología iusnaturalista y la Declaración francesa de 1789 ya estableció en su artículo 2 que el fin de toda asociación política era preservar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. En otras palabras, el concepto liberal de Constitución que es el único que podemos admitir, se liga a la regulación de ciertas materias con la vista puesta en la consecución del fin esencial de preservar la libertad. El *pathos* del constitucionalismo liberal está claro y a él se suma otro elemento ideológico del liberalismo que Argüelles describió muy bien en su Discurso preliminar a la Constitución de 1812:

«La experiencia de todos los siglos ha demostrado que no puede haber libertad y seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad en un Estado en donde el ejercicio de toda autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable».

Ya lo dijo antes Montesquieu de manera mucho más sucinta:

«il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir»

Así que la única manera de asegurar la libertad en la sociedad es organizar separadamente el ejercicio de los poderes del Estado. Creado éste mediante el pacto social, su legitimidad descansa en que se preserve en lo posible la libertad que no puede limitarse salvo por ley para preservar la libertad de todos, cómo bellamente establece el artículo 5 de la Declaración de 1789.

Síntesis de lo anterior es el justamente célebre artículo 16 de la Declaración de 1789 que nos ofrece una definición acabada de lo que debe regularse en la Constitución, de la materia constitucional en suma:

«Toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

Se acota el concepto de Constitución y por lo tanto el margen de la soberanía de la que la decisión constituyente es expresión. Tal decisión, en rigor, deja de ser incondicionada porque si supera los límites impuestos, el resultado de la decisión ya no sería una Constitución sino una mera norma política de dominación. El contrato social que alumbrara ya no sería liberal sino otra cosa en línea hobessiana.

En resumidas cuentas, no hay, a mi parecer, más concepto de Constitución que el que nos ofrece el citado artículo 16 de la declaración de 1789 que es un concepto material, pues determina los dos contenidos esenciales de toda Constitución: la garantía de los derechos —reproduciendo en lo posible el estado de naturaleza, entendido en términos roussonianos— y la división de poderes, único medio de contener al poder que siempre tiende a sojuzgar la libertad y a corromper la sociedad (Lord Acton: el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente).

Se plasma en todo lo anterior ese sustrato ideológico del iusnaturalismo liberal que funda sobre él una dogmática jurídica para explicar el Estado de derecho, el *Rule of Law*. Y aunque no lo mencione expresamente el artículo 16 de la Declaración, de su artículo 6 se infiere también otro contenido indispensable de toda Constitución: la regulación del sistema de fuentes, es decir, la delimitación de la creación del derecho futuro y de su consiguiente aplicación. Al establecer quién y cómo crea derecho (legislador o eventualmente el poder ejecutivo) así como la determinación de quién lo aplica (los tribunales) se concreta la división de poderes y se regula la vida del derecho desde su creación con las normas generales hasta su aplicación, a decir de Kelsen, con normas particulares —sentencias— resolviendo los casos.

2.3. Dimensión axiológica de la Constitución

Tiene razón Miguel Reale cuando, desde su teoría tridimensional del derecho, afirma que toda disposición normativa implica una valoración, plasmada en las normas, de la realidad que viene a regular. Tanto más sucede esto en la norma cimera del ordenamiento. En efecto, es en la Constitución donde las valoraciones mayores se plasman y las mismas se desarrollan en la progresiva concreción del derecho que comienza en la ley y culminan las sentencias que resuelven los casos concretos a la luz de las normas generales. Hay una irradiación de la norma más alta hasta el escalón inferior de esa pirámide normativa. El conjunto de las valoraciones recogidas en la Constitución conformaría su identidad o, en palabras de Lucas Verdú, su fórmula política: la expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social.

En las valoraciones primeras y en todas las demás que se suceden hay de un modo u otros actos de voluntad, decisiones más o menos condicionadas, más libres en el caso del poder constituyente, más constreñida en el del legislador y más aún si reparamos en la aplicación del derecho.

Si contemplamos la evolución del constitucionalismo observamos que el elenco de valoraciones ha ido ampliándose, es decir, la dimensión axiológica se ha ensanchado. Piénsese, por ejemplo, en la igualdad; a la igualdad formal, ante la ley, de estirpe liberal y gran conquista de la modernidad que implica sobre todo titularidad universal de los derechos fundamentales, se ha sumado la igualdad sustancial que, al tratar de relativizar las desigualdades materiales, introduce un potente elemento corrector. La igualdad sustancial se asocia a la cláusula de Estado social, otra de las novedades respecto al *telos* liberal burgués. Como también el principio democrático, no siempre asociado al Estado burgués que prefería partir de la soberanía nacional ligando su ejercicio al principio representativo y frecuentemente al sufragio censitario que implicaba concebir la participación política como función pública y no como derecho.

Esta renovación del *telos* liberal se produjo con la ya aludida transformación consolidada en Europa tras la Segunda Guerra mundial. Los poderes constituyentes transformaron la soberanía nacional en popular, considerando el sufragio como derecho fundamental, y ampliaron la lista de derechos para incluir los sociales cuya satisfacción servía a la igualdad sustancial y a la postre a realizar el Estado social. Éste no se desentiende de las condiciones vitales del ser humano y pretende asegurar a todos unos mínimos de vida digna que las libertades burguesas no garantizaban porque, como afirmó el novelista Anatole France, los derechos burgueses aseguraban solo la libertad de dormir bajo los puentes.

La ampliación del elenco de valoraciones es fruto de los pactos políticos que alumbraron el Estado social y que dotaron a los ordenamientos de la ductilidad explicada por Zagrebelsky. Se mantenían los presupuestos del viejo Estado liberal pero completados con otros de carácter socializante. Esos pactos ampliaron sin duda la base social del Estado de derecho y reflejaban el pluralismo de la sociedad, pero supusieron importantes retos para la teoría de la Constitución.

Ahora las constituciones deciden muchas cosas, pero con una vaguedad que exige una interpretación más precisa que, empero, no puede cerrar su apertura. En efecto, es la apertura de la Constitución a su concreción por mayorías alternativas lo que asegura su respaldo social y por lo tanto su efectividad y permanencia.

2.4. Fuente de legitimidad de la Constitución

Enlazando con lo dicho en el epígrafe anterior cabe preguntarse cuál es la fuente de legitimidad de la Constitución. Kelsen nos ofreció su conspicua noción de *grundnorm* que cerraba la cadena de legitimación en las sucesivas normas superiores. En la *grundnorm* se hallaría la legitimidad de la Constitución, pero no es, como el propio Kelsen reconoce, sino una norma hipotética. Tampoco resulta suficiente la autorreferencia, es decir, que la Constitución misma imponga su supremacía (artículo VI de la Constitución norteamericana de 1787 o artículo 9.1 de la Constitución española de 1978). Menos satisfactoria es aún la renuncia a indagar el asunto por tratarse de materia extrajurídica que no correspondería al jurista resolver (Ignacio de Otto). Al otro extremo enfrentamos el riesgo de concluir que la Constitución formal no es en rigor la verdadera Constitución que sería la decisión política fundamental (Carl Schmitt) o la suma de los factores reales de poder que sustentan la Constitución escrita —una simple hoja de papel— (Lassalle).

Hay que referir el concepto de Constitución a la formalmente existente e intentar averiguar cuál es su sustento y fuente de legitimidad último. Mortati y tras él la doctrina italiana en general se refiere a la Constitución en sentido material o lo que Lucas Verdú denomina Constitución sustancial, conformada por las fuerzas políticas determinantes a la hora de condicionar el contenido de la Constitución formal y luego, en los momentos posteriores, para asegurar su eficacia.

Lo anterior enlaza con la dinámica constitucional, con la adaptación de la Carta Magna a los cambios que en la sociedad se producen. Tales adaptaciones pueden producirse —legítimamente— mediante la interpretación, incluso a través de la mutación y, cuando no hay otro medio, por conducto de la reforma constitucional. En situaciones extremas se produce la revolución si la suma de las fuerzas políticas que apoyaban la Constitución dejan de hacerlo y la única manera de reajustar Constitución sustancial y Constitución formal es sustituir esta última por otra nueva.

2.5. Garantías de la Constitución y consolidación del concepto racional normativo

Como ya se ha explicado, el constitucionalismo sin Constitución europeo se caracterizaba justamente porque adolecía de garantías, porque o no se incluía la rigidez o esta, si presente, con frecuencia se soslaya; además no existía control de constitucionalidad.

En vivo contraste, el constitucionalismo originario norteamericano introdujo las dos garantías indispensables: la rigidez y el *Judicial Review*; y al hacerlo se acabó convirtiendo la interpretación de la Constitución en piedra de toque de la vida del Estado constitucional y, en consecuencia, elemento esencial de la teoría de la Constitución.

Como ya por doquier se han extendido las garantías, el concepto predominante de Constitución es el racional normativo: Constitución escrita, norma suprema del orden jurídico, garantizada por su rigidez y por la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad.

Conviene reparar en un aspecto crucial que afecta la vida de la Constitución: el relativo a su interpretación porque cuanto más se decide en la Constitución o de manera más dúctil, más difícil es interpretarla. Es verdad que cuando se trata de constituciones breves, como la estadounidense de 1787, los problemas no son menores ya que al cambiar la sociedad sobre lo que la Constitución se proyecta, podría en especial su intérprete supremo extraer de ella contenidos inesperados, trocándose de guardián en amo de la Constitución.

No tengo tiempo de profundizar en todos los problemas que la interpretación constitucional suscita, sino únicamente señalar cómo tales problemas proceden en buena medida del concepto de Constitución que se adopte. Si se impone el concepto racional normativo, habremos de tomarnos en serio las disposiciones constitucionales y cómo éstas son muchas, más habrá que interpretar. En este contexto el intérprete no ejerce un poder nulo como ideó el primer liberalismo continental europeo, sino activo y potencialmente creador. La experiencia estadounidense lo ha demostrado pues a pesar de ocuparse de interpretar una Constitución breve, ha extraído de ella productos inesperados. Una vez más la creación del derecho al aborto o su revocación son muestras de ese creacionismo polémico hasta el extremo de provocar la reacción de la propia Corte Suprema que lo creó y que recientemente lo ha suprimido para dejarlo al albur de las legislaturas estatales.

Y en el constitucionalismo continental europeo los máximos intérpretes parecen tener como misión mantener abierto el orden constitucional a las distintas alternativas mayorías parlamentarias. Sin embargo, han tendido, como la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta recientes decisiones, a ampliar los espacios de libertad, creando nuevos derechos o desvelando contenidos nuevos en ellos, en un ejemplo de interpretación evolutiva. A la postre, los intérpretes supremos han inferido del concepto racional normativo de Constitución que hemos descrito el poder para interpretar expansivamente los derechos fundamentales, lo que de paso acrecentaba su legitimidad de ejercicio, siempre en entredicho desde las tesis contramayoritarias.

III. Constitucionalismo promisorio iberoamericano

La independencia de las antiguas posesiones españolas en América se realizó superponiéndose con el proceso constituyente en España que contó con participación de diputados ultramarinos («españoles de ambos hemisferios», como rezaba el artículo 1 de la Constitución de Cádiz). La Constitución española de 1812 que tuvo vigencia en América, fue sin duda una referencia, pero también y sobre todo fue muy influyente la norteamericana de 1787. Así que se tendió a partir de un concepto de Constitución que partía de su valor normativo y no es infrecuente encontrar mecanismos de control de constitucionalidad, algunos tan parecidos al estadounidense como los argentinos.

El otro elemento del sistema político estadounidense que reproducen los nuevos Estados es el presidencialismo, aunque adaptado al caudillismo que acaba en sus manifestaciones extremas por desfigurarlo.

Respecto al constitucionalismo iberoamericano más reciente la Constitución portuguesa de 1976 es, a mi parecer, su directo precedente: constituciones largas con tintes socializantes nítidos. Aquella Constitución portuguesa, aún vigente, fue fruto de una revolución contra la dictadura entonces vigente en Portugal; sus fuerzas inspiradoras fueron socialistas y comunistas y, superando los límites del canónico Estado social, llegaba a anticipar la socialización completa de los medios de producción. La Constitución de 1976 tuvo que ser reformada para permitir la adhesión de Portugal a las llamadas entonces Comunidades Europeas, un conjunto de democracias que construían juntas un mercado común, es decir, una economía de mercado que chocaba con algunas de los presupuestos axiológicos de la original versión constitucional portuguesa. A pesar de las reformas, la Constitución portuguesa concreta como ninguna otra en Europa la noción de Estado social con una pormenorizada proclamación de principios y de derechos sociales.

En esta misma línea discurre el constitucionalismo Iberoamericano en las últimas décadas, pero en un contexto distinto, el de las sociedades menos igualitarias hasta la fecha, a pesar de haber establecido el constitucionalismo más transformador. Si la plasmación del Estado social en las constituciones europeas es modesta en comparación con las iberoamericanas, la realidad europea demuestra un grado de Justicia social mucho mayor y menos desigualdades materiales.

Frente a las desigualdades materiales que no cesan y aún parecen aumentar, los constituyentes en Iberoamérica han doblado una y otra vez su apuesta socializante, pero su constitucionalismo transformador se ha quedado en promisorio y aún en mágico, pues lo previsto en la Constitución no se materializa a despecho del aumento de las garantías.

¿A qué se debe este aparente fracaso? Tal vez a que la Constitución sustancial no se corresponde efectivamente con la escrita y que esta puede no

ser sino una Constitución semántica, porque quienes promovieron la Carta Magna no estén dispuestos a promover su efectividad. Es sabido que en Iberoamérica los sistemas de partidos no se asemejan, cuando los hay, a los europeos; y cuando no los hay la política casi siempre se despliega en torno a personas, algo propiciado por el presidencialismo que impera en los Estados iberoamericanos. Se ceba una pulsión caudillista, una tendencia monárquica en el sentido etimológico del término, que propende a convertir los deseos del presidente en disposiciones constitucionales y ello con más frecuencia de lo deseable debilita la división de poderes y por lo tanto mina la identidad misma del Estado de derecho y acerca su naturaleza a la del autoritarismo.

No tengo tiempo en estas páginas de analizar más profundamente las causas y consecuencias de esta deriva tan preocupante y me centraré en algunos elementos que, me parece, caracterizan el concepto de Constitución que va imperando en Iberoamérica. Para empezar las constituciones tienden a ser extraordinariamente largas, lo que significa que el constituyente decide mucho y por consiguiente menos va a poder decidir el legislador democrático del futuro. Más decisión constituyente, menos libertad del legislador democrático. Como por lo general las constituciones son beligerantes e imponen un orden estimativo cerrado, las eventuales mayorías que puedan conformarse, si es que lo logran, tendrían que ser lo bastante amplias como para reformar la Constitución (lo que casi aconteció en Venezuela, aunque no fructificase por la creación paralela de una Asamblea Constituyente). Porque al ser un orden cerrado no cabe la alternancia que es posible en Europa donde las constituciones permiten esa alternancia que puede expresarse en la ley ya que la Constitución se sustenta en el pluralismo social. En Iberoamérica el eventual pluralismo que generase una alternancia no tendría más remedio que acudir a la vía de reforma, lo que es difícil debido a la rigidez, o a la insurgencia destruyendo revolucionariamente el orden establecido mediante una Asamblea Constituyente. Lo curioso del asunto es que algunos presidentes en ejercicio (Morales, en Bolivia, o Maduro, en Venezuela) han promovido la revolución para profundizar en el cierre constitucional y soslayar las minorías de bloqueo que la oposición disponía para impedir una nueva vuelta de tuerca.

Otra consecuencia de orden práctico pero crucial de este constitucionalismo es que su supremo intérprete cobra en apariencia un inmenso poder gracias a su vastísimo parámetro de enjuiciamiento y como su labor no es mantener un orden abierto sino cerrado, es un operador indispensable de la transformación. No obstante, la tarea del intérprete supremo suele estar influenciada o directamente controlada por el presidente que suele participar decisivamente en la designación de los jueces que componen el órgano controlador. En ocasiones y debido a su posición preeminente, el supremo intérprete tiende a convertirse en una suerte de legislador suplente del verdadero legislador; el prestigio del defensor de la Constitución frente al desprestigio que suele aquejar a los políticos.

El llamado neoconstitucionalismo es el cuerpo de doctrina que ha dado sustento a un entendimiento, *a priori* elogiable, de la Constitución como verdadera norma jurídica que en manos de jueces, no siempre bien formados, acaba concretándose en interpretaciones no siempre respetuosas con la ley y por ello poco deferentes con el legislador democrático.

So pretexto de satisfacer los derechos sociales que transformarían la realidad de profundas desigualdades materiales —lo que no ha sucedido lamentablemente— los derechos clásicos de libertad, en especial los de dimensión institucional que permiten la existencia de una sociedad plural tales como la libertad de prensa o de expresión, se han visto dañados y combatidos por el poder político.

Iberoamérica se ha convertido en el laboratorio constitucional de nuestro tiempo y muchas de sus invenciones son intentos elogiables, algunos de los cuales han producido buenos resultados. Otros en cambio enmascaran estructuras de poder personal. A pesar de todo, aguardamos los efectos transformadores —en el mejor sentido claro está— que puedan contribuir a extender la justicia social en países que han sufrido ya demasiado y merecen un mejor destino.

IV. La constitucionalización de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y su impacto en el concepto de Constitución

Son dos, a mi parecer, los fenómenos históricos más relevantes acontecidos tras la Segunda Guerra mundial que han tenido mayor impacto en la vida del Estado constitucional. Por un lado, la proclamación de derechos humanos en tratados internacionales y la introducción de mecanismos también internacionales de garantía, en ocasiones tribunales, haciendo realidad el sueño kelseniano de derechos subjetivos internacionales asegurados con tribunales internacionales. Por otro lado, la apertura en Europa occidental de un proceso de paulatina integración supranacional (Unión Europea), ya mucho más allá que un mero vínculo internacional entre los Estados partes.

Ambos fenómenos no podrían dejar de afectar al Estado constitucional porque el primero de ellos le arrebató la regulación en exclusiva de los derechos fundamentales y su tutela, al punto de que ahora quien dice la última palabra acerca de lo que los derechos significan no es el máximo intérprete de la Constitución sino el intérprete internacional de los derechos reconocidos en los tratados. Además, la evolución de los sistemas internacionales ha ido en la línea de convertirse en verdaderos intérpretes constitucionales; no podría ser de otra manera si tenemos en cuenta que la materia interpretada

es la constitucional por excelencia, la de los derechos. En la situación descrita se ha socavado la posición de la Constitución que ha dejado de poseer la exclusividad en la regulación de los derechos, pero también la de su supremo intérprete que de una u otra suerte está sometido a la interpretación de los derechos convencionales —gemelos más o menos de los constitucionales— que haga la Corte Interamericana o el TEDH. En el caso de la Corte, está por añadidura ha impuesto a los estados la obligación de hacer control de convencionalidad interno y claro está, siguiendo la interpretación realizada por la propia Corte, es decir, según el bloque de la convencionalidad (Convención e interpretación dada a esta por la Corte).

El TEDH ha sido más prudente, pero el acceso directo y sin filtro, desde el Protocolo 11, una vez agotada la vía judicial interna, permite al TEDH imponer su interpretación de los derechos que, de desconocerse, acarrearía nuevas demandas permitiendo al TEDH reafirmarse en sus posiciones.

El fenómeno descrito es de una importancia colosal pues ha convertido a los tribunales internacionales en verdaderos tribunales constitucionales que hacen verdadera interpretación constitucional y, al hacerla en última instancia, la imponen a los supremos intérpretes nacionales.

Formalmente es cierto que la Constitución mantiene su condición de norma suprema del ordenamiento estatal, pues no es frecuente que se reconozca a los tratados mayor rango (a lo sumo se los equipara a la Constitución o quedan subordinados a ésta), pero lo decisivo es que incluso los derechos constitucionales deben interpretarse conforme a la interpretación que de los convencionales haya hecho el tribunal internacional.

Similar afectación y aún más amplia se produce con la existencia de la Unión Europea para cuya existencia los estados han cedido soberanía y no solo en materia de derechos fundamentales, que también, sino en todas las esferas, en la medida en que la estructura de poder de la Unión se superpone a los Estados e invoca la primacía de su derecho. Así las cosas, estamos ante un doble fenómeno de integración supranacional que ha exigido la apertura de las constituciones a cambio de la constitucionalización tanto de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como de la propia Unión Europea. Se superponen los órdenes jurídicos respectivos y prevalece en el campo de los derechos el internacional, en virtud de su prevalencia; y en el de la Unión, gracias a su primacía, el derecho comunitario. Se generan también el control de convencionalidad y el igualmente control de europeidad o comunitariedad cuyos operadores son el respectivo tribunal internacional y el Tribunal de Justicia de la Unión. Resulta inevitable entonces que se generen conflictos de envergadura técnica y política, porque chocan en potencia con el control de constitucionalidad y no siempre convergen. Se dice con razón que un entendimiento común de los derechos allana los conflictos entre los tribunales internacionales y los supremos intérpretes nacionales por la vía de acomodar el parámetro constitucional al convencional tras un diálogo entre los protagonistas. Más compleja es la conciliación

entre europeidad y constitucionalidad porque esta no puede oponerse en ningún caso a aquella que prima incondicionalmente sobre ella, no obstante proclamar el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea que la integración respetará la identidad constitucional de los Estados miembros; esta noción de identidad que ya ha generado polémicas políticas y consiguientes problemas interpretativos.

El orden estimativo que creó el Estado constitucional se ha proyectado en los ámbitos de integración internacional y comunitario, y por ello el Estado se repliega y pierde poder porque lo cede a instancias también defensoras de esos valores. El declinar del Estado en cierto modo es su triunfo.

V. Populismo y destrucción del concepto de Constitución

Históricamente siempre ha subyacido un potencial enfrentamiento entre el pueblo y las clases dirigentes; Estas últimas han buscado una fuente de legitimidad que generase asentimiento de los gobernados y en el Estado constitucional esa fuente está justamente en la Constitución que, garantizando a todos el derecho de participación política, permite que cualquiera integre la clase dirigente y que todos la elijan en elecciones periódicas y disputadas. Funcionaría así la denominada por Max Weber legitimación racional.

Los mecanismos democráticos de elección periódica de dirigentes no conjuran sin embargo todas las amenazas frente a los populismos que tienen como objetivo la imposición de un modelo uniforme, no pluralista, de sociedad, y que para lograrlo, a falta de corpus ideológicos atractivos, siguen empleando —solo retóricamente— las nociones de democracia, de derechos fundamentales y el concepto mismo de Constitución, pero devaluándolos o directamente pervirtiéndolos. Este pseudoconstitucionalismo destruye sin duda la división de poderes porque el poder acaba en el populismo encarnándolo el líder carismático que interpreta fielmente la voluntad del pueblo; También sufren los derechos fundamentales debido a la desaparición del control del poder, y son además los clásicos derechos los que más sufren porque son libertades frente al poder que cuando no viene limitado, tiende naturalmente a sojuzgar la libertad.

En estos casos la Constitución formal —aun cuando presente la apariencia normal de Constitución— contendrá probablemente elementos inquietantes que permitan su incardinación con una Constitución sustancial donde prevalezca la voluntad incondicionada de una facción o de un líder carismático. Estaremos ante ejemplos de insinceridad constitucional, tanto más insincera será la Constitución cuanto más trate de aparentar ser una Constitución normal, aunque su activación dependa de la voluntad indiscutible de una facción o de una persona.

Como vemos, el concepto de Constitución se debilita cuando menos, convertido en una sombra bajo la que se cobija una voluntad antidemocrática, aunque haya sido electa en elecciones y se presente entonces como el favorito del pueblo frente a los enemigos del pueblo. Son democracias iliberales donde los dos elementos del concepto de Constitución —la garantía de los derechos y la división de poderes— se ponen en riesgo o simplemente dejan en mayor o menor grado de funcionar efectivamente, a despecho de lo que la Constitución establezca. En palabras de Loewenstein, estaríamos ante Constituciones nominales o peor aún, semánticas.

Ejemplos de populismo los tenemos en Europa y en América y no podemos abordarlos todos. Baste decir que, en Europa, gracias al sistema parlamentario el gobierno puede llegar a controlar al parlamento, así que lo que le queda es tratar de someter al poder judicial. A esta tarea parece que se han aplicado en Polonia o en Hungría de manera muy evidente y de forma más sutil en otras partes. Por fortuna, el Consejo de Europa con el TEDH a la cabeza y, en conjunción con este, la Unión Europea, con la Comisión al frente, han frenado o al menos han puesto en la diana tales intentos. En el lado británico toda la peripecia del Brexit se ha desarrollado en una atmósfera de populismo insólito hasta la fecha en el devenir histórico del Reino Unido.

Por lo que concierne a Iberoamérica, el presidencialismo favorece sin duda la dinámica populista, focalizada en el líder carismático electo popularmente. Si la Constitución recoge además el credo populista, es decir, el del presidente, el camino de destrucción del concepto de Constitución ya está recorrido y la ley fundamental, a pesar de las apariencias, no será más que el disfraz de un gobierno efectivamente autocrático. Qué gran razón tenían los insurgentes mexicanos cuando adoptaron como lema de su revolución el de «sufragio efectivo, no reelección»; ni el primero ni la segunda son bienquisitos de los populistas que tienden a controlar las elecciones y promueven la reelección, incluso indefinida, del presidente. Es lógico, desde la óptica populista, que un pueblo desee conservar para siempre a su líder carismático al frente del Estado.

En este contexto determinadas tesis del llamado neoconstitucionalismo —con su hiperconstitucionalismo— acaban reforzando la posición de quienes ejercen el poder, y el constitucionalismo transformador, promisorio, será la coartada de sus abusos. Estos procesos sumariamente descritos se han apurado en algunos países (Venezuela o Nicaragua) más que en otros y en este ámbito conviene apuntar la función limitadora, censora, de la Corte Interamericana que valientemente ha descalificado algunos de esos abusos que atentaban directamente contra los derechos humanos (como la espuria concepción del derecho a la reelección indefinida a la Presidencia de la República como derecho humano).

VI. Conclusión

A la vista de la generalización del uso del instrumento normativo Constitución, podría decirse que ésta ha triunfado y con ella el constitucionalismo

que formalizaría una suerte de final feliz de la historia. Desafortunadamente, esta halagüeña conclusión no puede aceptarse porque siempre suenan alertas que nos advierten de los peligros, viejos y nuevos, que se ciernen sobre el Estado constitucional. Para agravar las cosas, debe subrayarse que la ausencia de una ideología fuerte que, como en su momento el marxismo, disputara el predominio ideológico a la cultura constitucional, el lenguaje de ésta es utilizada —y pervertida muchas veces— por quienes en realidad no comparten sus presupuestos estimativos, aunque utilicen torticeramente su lenguaje para sus propios fines, a menudo incompatibles con los del recto constitucionalismo. En este sentido basta constatar la falta de respeto que estos Estados, falsamente constitucionales, dispensan a los elementos clave del verdadero Estado constitucional: la garantía de los derechos y la división de poderes. Comprobamos que el mantenimiento nominal de ambos elementos no sirve en la práctica a la preservación de los derechos —o no de todos— porque el control del poder no funciona.

A la deriva apuntada contribuye sobremanera el populismo, comportamiento de larga data, como demuestra la frecuente conversión en tirano del líder de la facción popular —democrática— en las antiguas ciudades griegas. Sin control del poder el acceso electoral del líder carismático a la cúspide del Estado es irrelevante, porque lo propio de la democracia liberal no es sólo la legitimación electoral del gobernante sino también y sobre todo la preservación de los derechos fundamentales y, con ello, el eficaz control del poder. La manipulación del poder judicial, o al menos de su cúspide, es la prenda necesaria que hay que cobrar para eliminar los molestos controles sobre esa voluntad del que manda e interpreta infaliblemente la del pueblo (ya lo explicó Carl Schmitt en su teoría del caudillaje y de la democracia por aclamación). A esta situación Tocqueville y Stuart Mill la denominaron tiranía de la mayoría, probablemente la peor de todas. En el populismo se acaba oponiendo espuriamente democracia —simplificada como mero acceso electoral al poder— y dignidad de la persona. A ésta ha venido sirviendo el recto concepto de Constitución.

¿QUIÉN DEFIENDE A LA CONSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

Armando Ramírez Castañeda

*Coordinador operativo en el Tribunal Electoral del Estado de México
(México)*

armando_ramirez9@hotmail.com

El escrito que presentamos, como parte del justo Homenaje que hacemos al Doctor Javier Ruipérez Alamillo, es una incitación de las enseñanzas aprendidas por el que suscribe, y que el Doctor nos ha compartido semana tras semana desde el año 2020, las cuales se centran en el estudio y análisis del pensamiento de los Clásicos, para la comprensión de los problemas Jurídico-Político Constitucionales en nuestra actualidad.

Así, proponemos un estudio a partir de la iniciativa de reforma constitucional en materia político electoral, presentada por el ejecutivo mexicano en el año 2022, contrastándola sobre la idea del Defensor de la Constitución, pugna sostenida entre Kelsen y Schmitt. De igual forma, a partir del entendimiento de esta problemática constitucional, se aborda sobre la visión de la Reforma Constitucional y las Mutaciones constitucionales.

I. Introducción

Para el año 2022, el ejecutivo federal de México presentó una iniciativa de reforma en materia política electoral, que proponía reformar 18 artículos constitucionales que modificaban a las instituciones encargadas de llevar a cabo y revisar los procesos electorales tanto del ámbito federal como del local, en síntesis, se proponían las siguientes modificaciones:

- Cambiar la denominación del Instituto Nacional Electoral (INE) a Instituto Nacional de Elecciones y Consultas (INEC), dotándolo de facultades para ser el único encargado de realizar elecciones tanto federales como locales.

- Con motivo del cambio de denominación del órgano nacional electoral, se proponía la desaparición de los Organismos Públicos Locales (OPLE's) y de las autoridades jurisdiccionales locales (Tribunales Electorales Locales), concentrando las atribuciones de dichos órganos en el INEC y en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).
- En la designación de los consejeros y consejeras del INEC, participarían los tres Poderes de la Unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial)
- Desaparecería el sistema electoral mixto, para efecto de conservar únicamente el sistema de representación proporcional. Para ello, en cada entidad se elegirían diputaciones de acuerdo con el número de población. En consecuencia, solo se elegirían 300 en lugar de las 500, con las cuales hoy día se conforma.
- El senado reduciría su integración, de 128 a 96 senadurías, eligiéndose 3 por cada entidad federativa mediante el sistema de listas, es decir, mediante el sistema de presentación proporcional.
- El INEC tendría la atribución para declarar la validez de las elecciones de las diputaciones y senadurías.
- Las vacantes de las diputaciones y de las senadurías, se cubrirían por la fórmula siguiente de la lista de candidaturas del partido al que pertenezca la vacante.
- El Congreso de la Unión sería la única autoridad facultada para expedir leyes en materia de iniciativas ciudadanas y consultas populares, partidos políticos, organismos electorales, procesos electorales, medios de impugnación en materia electoral y delitos electorales.
- El TEPJF sería la autoridad única para resolver los medios de impugnación en contra de actos en materia electoral.
- La designación de las magistraturas del TEPJF, se realizaría mediante el voto directo de la ciudadanía. En la definición de las candidaturas a las magistraturas participarían los tres poderes de la unión.
- Se proponía reducir a los integrantes de los ayuntamientos en todas las entidades, estableciéndose el tope de hasta 9 regidores, mediante el principio de representación proporcional. (Desaparecería el sistema de mayoría en la integración de los ayuntamientos)
- Los integrantes de los Congresos de las entidades y de la Ciudad de México, serían electas mediante el sistema de listas, es decir, mediante el sistema de representación proporcional; en su integración también desaparecería el sistema de mayoría.

Tal reforma, como se ve, proponía modificar el sistema electoral mexicano desde la Carta Fundacional, lo que a nuestra consideración implicaba que el Poder de Reforma sería nuevamente llamado, a efecto de practicar

una modificación a la Constitución Mexicana. El debate que planteamos, es justamente si ese poder de revisión era llamado a la acción, para permitir legítimamente cambios textuales de la Constitución o si, por el contrario, se usaría para alterar el texto constitucional llegando a un falseamiento constitucional.

Sobre esta iniciativa, y conforme al procedimiento establecido en la propia Constitución para su modificación, se requería la votación calificada de sus miembros, misma que no fue alcanzada en la cámara de origen (cámara de diputados), por lo que la reforma constitucional no prosperó; no obstante, quienes intentaron modificar la Constitución ahora pretenden mediante la modificación a las leyes electorales, de carácter secundario, alcanzar sus objetivos, es aquí, donde surge la necesidad de analizar la importancia de la división de poderes, a efecto de salvaguardar los principios constitucionales establecidos por el Poder Constituyente y, como en muchas ocasiones el Doctor Ruipérez ha sostenido en el seminario en Derecho Constitucional —del que me honro ser parte—, las Ciencias Constitucionales son a las que debemos tener inclinación, a efecto de darle vida y vigencia a la Constitución, en nuestro caso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. Las decisiones político-jurídicas fundamentales en la Constitución mexicana y la evolución de su sistema electoral

Cuando hablamos del concepto Constitución en el pensamiento liberal-burgués, debemos entender que es el documento fundante de un Estado, pues es mediante el contrato social que se encuentra la forma por la cual la sociedad defiende y protege a la persona y los bienes de cada asociado, siendo así que, las personas se unen y cada uno a todos, no obstante, obediéndose a sí mismo y permaneciendo tan libres como antes, de tal forma que Rousseau afirma que, cada uno de nosotros pone en común su persona, y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y recibimos en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo¹.

En consecuencia, si el contrato social —la Constitución— es el documento en el cual la voluntad soberana establece las condiciones en que habrá de regirse la sociedad y por lo tanto el Estado, es indudable que esa voluntad soberana es la máxima expresión fundante del Estado, por ello, para que el contrato social no sea un documento vacío de contenido, implica que su cumplimiento es irrestricto, de tal forma que ante su desobediencia o incumplimiento de los compromisos contraídos, será obligado por la sociedad².

1 ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Barcelona, Gredos, 2014, p. 270.

2 *Ibidem*, p. 273.

Por ello, es en ese documento fundante en que el poder soberano instituye lo que siglos más tarde Schmitt, denominó decisiones políticas fundamentales, a través de las cuales el constituyente denuncia la forma política del pueblo y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso las leyes constitucionales³. En similar sentido Loewenstein señalaba que las decisiones políticas fundamentales son aquellas resoluciones de la sociedad —podemos decir del soberano—, que son decisivas y determinantes en el presente y frecuentemente en futuro, para la conformación de dicha comunidad, esto es para la conformación y futuro del Estado. Las cuales pueden tener distinta naturaleza como pueden ser política, socioeconómica y hasta moral, y como ejemplo, cita el tema relacionado con cuestiones religiosas⁴.

En palabras de Carpizo, estas decisiones son la estructura, la base, el contenido principal de la organización política, y sobre ellas descansan todas las demás normas del orden jurídico, de tal forma que, no pueden ser reformadas por el congreso o el parlamento, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo⁵, es decir, en mi consideración, sólo por el poder constituyente, concluyendo que:

Las decisiones fundamentales (son) los principios rectores del orden jurídico. Los que marcan y señalan el ser del orden jurídico. Son la esencia misma de ese derecho. Si alguno de ellos falta, ese derecho se quiebra, para convertirse en otro. En cambio, si alguna otra norma es suprimida, ese orden jurídico no se altera, ni se modifica esencialmente; expresar cuáles son las decisiones fundamentales de un orden jurídico, es decir lo que él es⁶.

De tal manera que Carpizo identificó como decisiones fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y el Juicio de amparo.

Si bien el Dr. Carpizo, en la 9.^a edición de la obra, *La Constitución Mexicana de 1917*, no señaló al principio democrático como una decisión fundamental, como sí lo hizo Schmitt con relación a la Constitución de Weimar, al afirmar que: La decisión a favor de la democracia, adoptada por el pueblo alemán en virtud de su existencia política como pueblo; encuentra su expresión en

3 Para establecer la distinción entre Constitución y leyes constitucionales, en el pensamiento de Schmitt, remito a la obra en cita: *Teoría de la Constitución* págs. 61-66, pues tal diferencia, resulta relevante para las decisiones políticas fundamentales; puesto que mientras éstas no pueden ser modificadas por el Poder de Reforma; las leyes constitucionales establecidas en la propia Constitución, para su reforma requieren los procedimientos previstos en la misma. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2017, p. 61.

4 LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 2018, p. 63.

5 CARPIZO, J., *La Constitución Mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1995, p. 119

6 *Ibidem*, p. 121.

el preámbulo (el pueblo alemán se ha dado esta Constitución)⁷, en nuestra consideración, dicho principio democrático —en su aspecto formal— se encuentra previsto en el sistema representativo; y sí bien durante su análisis realiza una dura crítica a dicho sistema, lo cierto es que para determinar quiénes serán los representantes del pueblo, es necesario realizar elecciones y, por ello, si el pueblo soberano determina quien habrá de representarlo es que implícitamente debemos considerar a la democracia como una decisión fundamental. Años más tarde, en la 16.^a edición de la obra en cita, nuestro autor consideró que las decisiones fundamentales que contiene la Constitución Mexicana son las siguientes:

Tabla 1⁸

Principios jurídico-políticos esenciales de la Constitución mexicana de 1917		
Propio tanto del régimen democrático como nuestra evolución política	Propios del régimen democrático	Propios de nuestra evolución política
1. República Democrática	1. Derechos Humanos. 2. Soberanía del Pueblo 3. División de poderes. 4. Sistema representativo. 5. Garantías Procesal-constitucionales.	1. Justicia Social. 2. Estado federal. 3. Municipio libre. Supremacía del Estado sobre la Iglesia. 4. Sistema Presidencial. 5. No reelección del presidente de la república.

Esto es, el Dr. Carpizo en una nueva reestructuración de las decisiones políticas fundamentales que contiene la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sí previó, entre otros, al principio democrático, dando una definición de lo que la democracia significa en el siguiente sentido:

Democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias, y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos humanos que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente⁹.

7 SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 60.

8 CARPIZO, J., *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2013, p. 238.

9 CARPIZO, J., *La Constitución mexicana de 1917*, (2013), op. cit., p. 256.

En nuestra opinión el autor realiza una definición de lo que significa la democracia constitucional, debido a que no sólo consideró el aspecto formal de la democracia —elecciones— sino, además, indicó el aspecto sustantivo —protección de derechos humanos—, no obstante, como dice el Maestro De Vega las proclamaciones democráticas y las retóricas de los textos constitucionales, ocultan las más férreas dictaduras, lo que significa que, a su decir, el concepto democracia, se ha convertido en un término ambivalente, mediante el cual se instituye el régimen político —y diría jurídico— donde las libertades de los ciudadanos nos son aseguradas, pero también para designar a las tiranías más crueles¹⁰.

El maestro de nuestro homenajeado, ya establecía lo que las democracias mal entendidas podrían generar a la sociedad, lo que bajo un argumento democrático, las personas en el poder harían lo necesario para mantenerse en éste, sirva el ejemplo del partido social demócrata en la Alemania Nazi, en la década de los 30's del siglo pasado, o lo que en América Latina significó en la dictadura somocista en Nicaragua, las dictaduras en Argentina y Chile, y lo que en la república mexicana sucedió bajo lo que Sartori denominó el partido hegemónico¹¹, esto es lo que podríamos denominar como dictadura de un partido político, bajo un aparente sistema democrático.

Para lo que al caso interesa, resulta indispensable destacar que el principio democrático como una decisión política fundamental, es un elemento fundamental para la existencia del actual Estado, el cual dentro de sus características está el considerarse como Constitucional y Democrático de Derecho, alejándose del concepto liberal-burgués, es decir, simplemente como un Estado de Derecho. Así pasamos de un Estado Moderno a una forma de Estado Contemporáneo, en donde si bien la existencia y el respeto de la ley son fundamentales, el respeto a los principios constitucionales de carácter fundacional y a los derechos humanos, como ya había señalado el Dr. Carpizo, entrelazan el elemento formal y sustantivo de la democracia contemporánea.

Este respeto a la Constitución misma y a la decisión soberana del pueblo, como detentador del poder, en el caso mexicano, debe decirse que es muy reciente, específicamente con las reformas aprobadas a partir de la década de los 90's del siglo pasado y previo a muchos acontecimientos históricos,

10 DE VEGA GARCÍA, P., «Democracia y Derecho», en RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 211.

11 El partido hegemónico no permite una competencia oficial por el poder, ni una competencia de facto. Se permite que existan otros partidos, pero con partidos de segunda, autorizados; pues no se les permite competir con el partido hegemónico en términos antagónicos y en pi de igualdad. No solo no se produce de hecho la alternación, no puede ocurrir, dado que ni siquiera se contempla la posibilidad de una rotación en el poder. Esto implica que el partido hegemónico seguirá en el poder tanto si gusta como que no. SARTORI, G., *Partidos y Sistema de Partidos*, Madrid, Alianza, 2017, p. 282.

y que solo a manera de ejemplo señalamos: la denominada «*caída del sistema*» en la elección presidencial de 1988, cuyo candidato ganador fue Carlos Salinas de Gortari; la participación de un candidato único en la elección presidencial de 1976, con José López Portillo; la denominada Guerra Sucia, cuyo objetivo principal era eliminar o acallar a los opositores del gobierno en turno, esto es, a los antagonistas de los presidentes nacidos desde el partido en el poder.

Así, el 6 de abril de 1990, se constitucionalizó en el artículo 41 de la carta magna, el órgano encargado de realizar las elecciones —Instituto Federal Electoral¹² (IFE)—, lo que significó el inicio de la democracia contemporánea mexicana, ya que si bien en un principio estaba integrado por consejeros designados por el poder ejecutivo y legislativo; de manera posterior su integración sería ciudadana de manera absoluta.

La siguiente reforma constitucional modificó el artículo 41¹³, para establecer al Tribunal Federal Electoral, cómo máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral; aunado a ello desde una reforma legal, al menos para la elección de diputados y senadores, se varió el denominado sistema de autocalificación de elecciones para establecer —en su artículo 174— que ahora sería el IFE el que realizaría la declaración de validez de la elección de miembros del Congreso de la Unión de la siguiente forma:

5. La etapa de resultados y declaraciones de validez de las elecciones se inicia con la remisión de la documentación y expedientes electorales a los Consejos Distritales y Concluye con los cómputos y declaraciones que realicen los Consejos del Instituto, o las resoluciones que, en su caso, emita en última Instancia el Tribunal Federal Electoral¹⁴.

Esto es, se abandonó, al menos para miembros del Congreso de la Unión, la calificación de las elecciones por el denominado Colegio Electoral, para pasar a una calificación a la que se ha denominado heterocalificativa; esto es, la declaración de validez de la elección por un órgano distinto al que resulta electo: El Instituto Federal Electoral.

Sin embargo, la reforma constitucional que modificó todo el sistema electoral mexicano es la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1996, pues entre muchas otras cuestiones, se instituyó al Instituto

12 Así denominado por la Ley Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de agosto de 1990. (LFIPE, Diario Oficial de la Federación, 1990)

13 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en el año 1993. Consultable en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_128_03sep93_ima.pdf

14 Ley Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 1993. Consultable en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipe/COFIPE_ref03_24sep93_ima.pdf

Federal Electoral como la autoridad administrativa electoral, conformada por ciudadanos designados por votación calificada de los integrantes de la Cámara de Diputados, Representantes del Poder Legislativo y de los partidos políticos con registro, el cual sería encargado de realizar la función electoral, órgano al que se dotó autonomía constitucional.

Así también, se instituyó un sistema de medios de impugnación en materia electoral, por tal motivo se promulgó la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral¹⁵, ley de carácter procesal que contiene hasta la fecha los medios de impugnación que se pueden instar para revisar la legalidad y la constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales¹⁶ para ello, se sustituyó al Tribunal Federal Electoral por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, esto es, un órgano jurisdiccional especializado en materia electoral, el cual se encuentra previsto desde aquel entonces en el artículo 99 de la Constitución

Estos cambios a la Constitución fueron replicados a cada una de las entidades federativas, debido a que el artículo 116 señalaba que:

116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.

...

IV. Las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral garantizarán que:

...

c) Las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones.

d) Se establezca un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad

Mediante la reforma de este precepto constitucional, se garantizaba que otra decisión política fundamental prevista en la Constitución fuera salvaguardada, desde el ámbito electoral, pues se dejaba en manos de cada entidad federativa la organización de sus propias elecciones ya fuera a la gubernatura o a las diputaciones: el principio federal.

15 Consultable en:
https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4905941&fecha=22/11/1996&cod_diario=209849

16 Resulta de gran relevancia señalar que los medios de impugnación que prevé la ley adjetiva de la materia a pesar de que su origen está ya en al lejano 1996, ahora se posibilita que absolutamente todos los actos y resoluciones emitidos por las autoridades formal y materialmente electorales sean revisados, por las autoridades jurisdiccionales federales y locales.

Si bien el cambio de los partidos en el poder ya se había iniciado desde años antes, tal y como lo señala Loaeza al indicar que en 1995 el Partido Acción Nacional (PAN) logró el triunfo electoral en todas las capitales de los Estados en los que se celebraron elecciones en aquel año¹⁷, y para entonces el PAN ya gobernaba los Estados de Baja California, Guanajuato, Chihuahua y Jalisco, los dos primeros por segundo sexenio consecutivo; las reformas sí consolidaron el cambio del poder, en el entonces Distrito Federal en 1997, al resultar electo como primer Jefe del Gobierno Cuauhtémoc Cárdenas, candidato del Partido de la Revolución Democrática (PRD). Partido político que en 1998 obtuvo el triunfo para las candidaturas de Zacatecas¹⁸, Tlaxcala y a principios de 1999, Baja California Sur. De tal manera que esta oleada de cambios políticos originó que, en el año 2000, Vicente Fox Quezada, candidato propuesto por el PAN, fuera electo presidente de la república, un cambio después de 70 años, mismos en los que el Partido Revolucionario Institucional (PRI¹⁹) gobernó México: El cambio de partido por primera vez en la presidencia de la República.

Cierto es que las reformas que cada gobernante hizo en su oportunidad trajeron consigo acontecimientos históricos que hicieron que el cambio del poder fuera más dinámico, pues en un poco más de 20 años, el PAN tuvo dos periodos de gobierno con el ya nombrado Vicente Fox del año 2000 a 2006 y con Felipe Calderón de 2006 a 2012. En este último año, el PRI regresó al poder con Enrique Peña y en el año 2018, Andrés Manuel López, en su tercer intento logró acceder a la presidencia de la república de la mano del partido político MORENA.

Como puede observarse, si bien la reforma electoral de 1996, no fue la que originó el cambio del poder en los diversos niveles de gobierno, debe decirse con claridad que sí fue la que consolidó la democracia mexicana, esa y las posteriores reformas de 2003, 2007 y 2014. Esta última de gran escalada, pues modificó no solo la denominación sino la naturaleza del otrora Instituto Federal Electoral por Institución Nacional Electoral, atribuyéndole competencias que hasta ese momento tenían en sus manos los órganos electorales de las entidades federativas, lo que significó la vulneración al pacto federal.

III. ¿Quién protege a la Constitución?

Como hemos analizado, la Constitución tiene normas de carácter fundacional, las cuales no pueden ser modificadas, debido a que son el núcleo intangible del Estado; lo que le da origen y hacen del Estado lo que es, esas

17 LOAEZA, S., *Gobierno y Oposición en México. El Partido Acción Nacional*, Foro Internacional, XXXVII (147), México, 1997, pp. 97-114.

18 En coalición con el Partido del Trabajo.

19 En 1928 Plutarco Elías Calles propuso la creación del Partido Nacional Revolucionario (PNR), el cual se conformó en 1929. En 1938, el entonces presidente de la república, Lázaro Cárdenas, propuso modificar su denominación a Partido de la Revolución Mexicana (PMR) y en 1946 cambió de nuevo su denominación a Partido Revolucionario Institucional.

decisiones que el constituyente originario determinó incorporar a la carta fundacional, mismas que para el texto constitucional mexicano han quedado descritas en términos de lo señalado por el Dr. Carpizo.

Pero entonces, si estas decisiones políticas fundamentales son el núcleo estable de la Constitución e irreformables debido a que su modificación transforma al Estado mismo: ¿Quién protege a la Constitución de estos cambios?

En más de una ocasión he escuchado decir al Doctor Ruipérez que para atender a los asuntos del presente, es necesario acudir a los clásicos, y no le falta razón en ello, pues este análisis ya se ha presentado entre dos grandes juristas de la primera mitad del siglo pasado Carl Schmitt y Hans Kelsen, quienes debaten ¿quién es el defensor de la Constitución?

Así, mientras Schmitt señala que la Constitución —alemana— procura dar a la autoridad del Presidente del Reich, posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como defensor y guardián de la unidad constitucional y la integridad de la nación²⁰, sustentando su afirmación en la teoría del *pouvoir neutre, intermédiaire y regulateur* del Jefe del Estado, cuyo autor es Benjamín Constant²¹; Kelsen indica que un Tribunal Constitucional es el defensor de la Constitución al señalar que:

«La función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la de otros Tribunales —y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca ha desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional—pero no porque no se trate de un <Tribunal> su función no sería <jurisdiccional>, y mucho menos que esta función no pueda ser transferida a un órgano dotado de independencia judicial²².

Para defender su postura, Kelsen continúa señalando:

La jurisdicción está, en su esencia, ligada a normas, es decir, aquellas normas que permiten una subsunción concreta al hecho y que, además, no son dudosas o discutibles en su contenido. Por eso, dado que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley nunca se trata de subsunción de acuerdo al estado del hecho concreto, sino que la mayoría de las veces se trata de la fijación del contenido de una ley dudosa en su contenido, no hay aquí jurisdicción alguna²³.

20 SCHMITT, C., KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2019, p. 298.

21 *Ibidem*, pp. 250-251.

22 *Ibidem*, p. 318.

23 *Ibidem*, p. 319.

Para la historia, la instauración de tribunales constitucionales en el orbe como guardianes de la Constitución dan un claro ejemplo de quien fue el ganador del debate; no obstante, ambos autores centran su disputa en el análisis de actos, omisiones o leyes contrarias al contenido de la Constitución y, por lo tanto, en uno u otro caso ¿quién debería declarar la inconstitucionalidad de tal actuar?

No obstante, el tema que aquí planteamos es ¿quién debe defender a la Constitución, por llamarlo de alguna manera, de la misma Constitución?; es decir, cuando el Poder de Reforma atenta contra de lo que Schmitt denominó decisiones políticas fundamentales o principios jurídico-fundamentales de acuerdo con el Dr. Carpizo, de tal forma que se modifica a la Constitución en su núcleo irreformable, ¿Cuál es el órgano del Estado que la defiende?

Al parecer desde la práctica jurisdiccional mexicana no existe solución posible, debido a que en términos de lo señalado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la tesis de jurisprudencia 2a./J. 2/2022 (11.^a)²⁴, el juicio de amparo no es procedente para revisar las reformas a la Constitución —respecto a su contenido material—, puesto que, a decir de la Sala en comentario del máximo Tribunal Constitucional:

el Constituyente depositó en el Congreso de la Unión —y en las Legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México—, con el carácter de órgano límite, la potestad (función) soberana de adicionar o reformar la Constitución General siendo, precisamente, esa capacidad normativa excepcional, en donde encuentra asidero la inimpugnabilidad del texto de la Constitución, partiendo de la idea para ello de que dicha norma fue emitida por un Poder Reformador cuyos actos no se encuentran sujetos a ninguno de los mecanismos de control jurisdiccional previstos en la Constitución General o en alguna otra ley secundaria...

Esto es, el Poder de Reforma es el órgano constituido encargado de adicionar o modificar a la Constitución y, por tal razón, las reformas que apruebe no pueden ser impugnadas por ningún medio de control constitucional, en su contenido material.

Sin embargo, si bien esta limitación surge desde la misma interpretación que hace la Segunda Sala de la SCJN, su Pleno también ha referido, a través de la tesis P. LXXV/2009²⁵, que lo que sí está en condiciones de revisar es el procedimiento de reforma; lo que significa que, aún y cuando no pueda analizar el contenido material, el procedimiento mediante el cual llega a la misma, sí es susceptible de examen, debido a que la propia Constitución establece el procedimiento respectivo, en su artículo 135:

El Poder Constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento. En consecuencia, es claro que solamente considerando al Poder Refor-

24 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de febrero de 2022.

25 Aprobada por el Pleno de la SCJN el 3 de noviembre de 2009.

mador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y cobra sentido el principio jurídico de supremacía constitucional, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella. Sólo de este modo puede hablarse propiamente de una capacidad de la norma fundamental para controlar sus propios procesos de transformación. Con ello, la Constitución se presenta como auténtica *lex superior* y la reforma constitucional puede interpretarse como una verdadera operación jurídica. De todo lo anterior se concluye que si el Poder Reformador es un órgano complejo limitado y sujeto necesariamente a las normas de competencia establecidas en el texto constitucional, entonces es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado Constitucional debe prever medios de control sobre aquellos actos reformatorios que se aparten de las reglas constitucionales. Es decir, derivado de una interpretación del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe la posibilidad de ejercer medios de control constitucional contra la eventual actuación violatoria de las normas del procedimiento reformatorio.

Así, si bien en México la SCJN como Tribunal constitucional no puede analizar el contenido material de la reforma constitucional, sí lo puede hacer con relación a los actos reformatorios, es decir que el Poder de Reforma se ajuste a al procedimiento establecido en la propia Constitución.

Caso contrario a la praxis jurídico-constitucional mexicana, la Corte Constitucional Colombiana, originada con la Constitución de 1991, ha interpretado la Constitución en el sentido de señalar que ésta sí cuenta con las atribuciones suficientes para analizar el contenido material de una reforma constitucional, lo anterior desde la vertiente de la teoría de la Sustitución de la Constitución²⁶,

26 SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN-Concepto/SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN-Determinación/SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN-Configuración

La propia Corte ha reconocido que el de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al Poder de Reforma constitucional. Como concepto, la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente. Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es reemplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible. En el caso concreto, la suspensión propiciada por el parágrafo demandado, no sólo se proyecta a la regulación de la

la cual surge del criterio de interpretación de la sentencia C-553-03²⁷.

Desde la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana, a pesar de que el artículo 241 numeral 1, establece que la Corte conocerá de las demandas de inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; en una interpretación extensiva, indicó que también tiene competencia para conocer de las reformas constitucionales en su aspecto material, en los términos de la ya señalada teoría de la sustitución, arrogándose, desde la interpretación jurídica, un poder de revisión que el soberano no le otorgó.

Con tal criterio, la Corte Constitucional Colombiana desde la interpretación jurídica, realizó una mutación de aquella Constitución al grado de su falseamiento, atribuyendo un significado que expresamente no tiene, y, por lo tanto, nos tenemos que preguntar ¿si esta clase de órganos jurisdiccionales constitucionales tienen la competencia suficiente para realizar este tipo de modificaciones?

El Dr. Carpizo, ya nos había indicado que la jurisdicción constitucional es el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la ley fundamental, como norma decidida por el Poder Constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la Constitución²⁸, pues estos órganos constitucionales tienen como función hacer prevalecer a la Constitución.

No obstante, el mismo Dr. Carpizo, siguiendo al profesor italiano Lucio Pegoraro, señalaba que los Tribunales Constitucionales no son órganos ilimitados, pues al ser constituidos por el soberano original, solo tienen las atribuciones que la propia Constitución les otorga, de tal manera que solo

carrera administrativa establecida en el artículo 125 y en el resto de disposiciones superiores referentes a los regímenes especiales de carrera, por la interrupción del principio del mérito y del mecanismo del concurso público sino que por obra de la modificación operada, se interrumpe también de manera temporal el nexo intrínseco que la Corte ha encontrado entre la carrera y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere el artículo cuestionado, y lo propio cabe aseverar del derecho a la igualdad que, durante idéntico lapso temporal, dejará de aplicarse a los mismos ciudadanos y todo para otorgarle viabilidad al privilegio reconocido a los beneficiarios del ingreso automático a carrera, mediante la inscripción extraordinaria establecida en las condiciones del párrafo acusado.

27 Sentencia C-553-03, de 09 de julio de 2003. Corte Constitucional de Colombia. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>

28 CARPIZO, J., «El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional», en BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; y, MAC-GREGOR, E., (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un lus cosntitucionalie commune en América Latina?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 67.

podrán revisar el contenido material de una reforma si la propia Constitución les otorga dicha competencia —lo cual no es común—, de tal forma que:

Si la Constitución no le otorga dicha facultad expresamente y el tribunal se la atribuye a través de una interpretación, a) estaría sobrepasando su competencia como órgano constituido y usurpando funciones que no le corresponden; b) en lugar de proteger y ser el guardián de la Constitución, la estaría vulnerando y quizá creando una crisis constitucional y política sin que exista quien la pueda resolver a través de medios jurídicos. Desde luego, todo depende de que país se trate y de las Circunstancias; c) se quiebra la idea de que los órganos constituidos son poderes limitados que solo pueden actuar de acuerdo a su competencia constitucional.

Por lo tanto, no es aceptable la tesis de que el tribunal no necesita facultad expresa para poder controlar la materia de una reforma constitucional. A mayor abundamiento hay que destacar que d) no resulta lógico que la Constitución le otorgue al tribunal múltiples funciones y fuera omisa en relación con una tan importante como ésta, que incluso define la jerarquía entre los órganos constitucionales primarios²⁹.

De esta manera, tenemos que la transformación de la Constitución puede llegar a través de dos formas: vía el Poder de Reforma a través del proceso establecido o, bien, vía interpretación por el Tribunal con competencia para realizar control de constitucionalidad, en aquellos casos en donde la propia carta fundamental, como lo hemos señalado establezca esta atribución en favor de este órgano.

Al respecto, tenemos que recordar que el constitucionalista español Pedro de Vega, señaló que la reforma constitucional es una técnica presente en una democracia constitucional, mediante la cual se operan los cambios constitucionales que la historia y las circunstancias imponen, sobre la base de que el poder constituyente reside en modo inalterable en el pueblo; por tal razón, la reforma no es un medio de alteración de la Constitución, sino un procedimiento de defensa de ésta³⁰.

Pero, entonces, si la reforma es un mecanismo necesario para adecuar a la Constitución a la realidad social, ¿eso significa que el Poder de Reforma tiene los mismos poderes ilimitados que el poder constituyente? La respuesta inmediata es no. El Poder de Reforma al ser un órgano constituido tiene límites, y estos son aquellos que hemos aludido y a los que Schmitt señalaba como decisiones políticas fundamentales.

Por lo tanto, aún y cuando la Constitución no establezca cláusulas de intangibilidad o pétreas, el Poder de Reforma sí está limitado por estas decisiones políticas fundamentales que son el núcleo de cualquier ordenamiento consti-

29 *Ibidem*, pp. 92-93.

30 DE VEGA GARCÍA, P., «La Reforma Constitucional», en RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 601.

tucional, esos principios que, como lo hemos señalado, son la esencia misma del Estado, sin las cuales éste no sería lo que el Poder Constituyente creó.

De tal manera que, si el Poder de Reforma siendo el órgano encargado de realizar las adecuaciones de la Constitución a la realidad del Estado, está limitado por estas decisiones políticas fundamentales, debe entenderse que, el Ejecutivo y el Judicial —Jueces encargados de realizar el control de constitucional ya sea concentrado o difuso— lo deben de estar también.

En este orden de ideas, es necesario invocar el concepto de mutación constitucional, el cual Hsü Dau-Lin, lo define como: la incongruencia que existe entre las normas constitucionales, por un lado, y la realidad constitucional por otro³¹. Así el problema de la mutación constitucional estriba en la relación entre la Constitución escrita y la situación constitucional real, es decir, entre normas y realidad en el campo del derecho constitucional —la mutación constitucional es la relación incorrecta entre ambas—, entonces se pueden diferenciar cuatro clases de mutación constitucional: 1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la constitución; 2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente; 3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución, y 4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación³².

De tal forma que, cuando el poder de reforma no hace uso de sus facultades y no adecúa la Constitución a la realidad social, surge la mutación como un mecanismo para hacer compatible a la constitución con la realidad o viceversa; mismo actuar que pueden hacer órganos con facultades de realizar control difuso o concentrado de constitucionalidad: Jueces Constitucionales. Sin embargo, cuando esa práctica sobrepasa los límites implícitos nos encontramos ante la presencia de una violación constitucional: un falseamiento de la Constitución.

Éste último término, sobre el cual cobra relevancia el criterio de la Corte Constitucional Colombiana para determinar su competencia para analizar reformas constitucionales en su aspecto material, cuando la propia constitución no le otorga dicha potestad: ¿mutación constitucional por vía de interpretación o falseamiento de la constitución?

La historia nos ha demostrado que cuando el órgano que realiza funciones ejecutivas, se atribuye funciones extra o meta-constitucionales, nos llevan a una dictadura; por el contrario, si quien ejerce funciones legislativas se atribuye competencias no expresadas en la Constitución, nos lleva a la Oligarquía; mientras que, si es el poder judicial el que realiza actos fuera de sus competencias, nos conduce a la dictadura de los jueces, llevándonos a lo

31 DAU-LIN, H., *Mutación de la Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública. 1998. p. 29.

32 *Ibidem*, pp. 30-31.

que Polibio dos milenios antes, señaló como *anaciclosis*; con un elemento de la modernidad, el juez constitucional como un órgano lapidario de la propia Constitución, es decir, quien ahora generará la crisis constitucional.

Es aquí donde tiene relevancia el principio de división de poderes, —o más bien dicho de funciones— este principio Constitucional que tiene mayor auge en el pensamiento de Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu³³, específicamente en su obra *El Espíritu de la Leyes*, trasciende a la historia de tal forma que su obra se ve reflejada en la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, al establecerse en su artículo 16, que:

Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.

El principio de división de poderes, que también es considerado como una decisión política fundamental, tal y como ya lo hemos señalado en el apartado anterior, es uno de los pilares básicos de la Constitución y por supuesto del Estado, pues constituye el freno del poder por el poder, de tal forma que, el Doctor Ruipérez indica replicando a Montesquieu: Los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo³⁴.

El común acuerdo es lo relevante para lo aquí señalado, pues los poderes constituidos deberán entender que se deben a un orden constitucional creado por un órgano superior, el Poder Constituyente, y que, por lo tanto, como poderes constituidos no deben extralimitarse en sus competencias o atribuciones que el propio constituyente les otorgó y, por lo tanto, su actuar debe estar ceñido a ello, sin que ninguno de ellos esté en posibilidades de variar el contenido de la Constitución.

Decir que un poder constituido está sobre otro, es romper el equilibrio constitucional; señalar que uno de los poderes es el defensor de la Constitución es dejar de entender que la Constitución y, por ello, el Estado es uno solo, y que los poderes —las funciones que se ejercen desde ellos— se equilibran entre sí, y por tal motivo, no es posible decir que haya un solo defensor de la Constitución, sino que, por el contrario, todos los poderes constituidos están obligados a trabajar de manera armoniosa para que la Ley Fundamental del Estado siga vigente y normando la realidad, pues mientras la Constitución siga normando la realidad de una sociedad —de un pueblo— esta

33 El maestro Javier Ruipérez nos indica que previo a Montesquieu, Marsilio de Padua en su célebre *Defensor Pacis*, Otto Von Gierke y Mosca, ya había tratado un sistema incipiente sistema de división de poderes. RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «División de Poderes», en LÓPEZ OLVERA, M. A., *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM-IIJ, 2020, p. 100.

34 *Ibidem*, p. 102.

tendrá vigencia plena, por el contrario, si la realidad social ya no se adecúa al contenido de la norma fundante, es momento de pensar en que el soberano entre en función para normar la nueva realidad. Por ello, es necesario que gobernantes, operadores jurídicos y sociedad volteemos a lo que, el Doctor Ruipérez siguiendo a su maestro Pedro de Vega y a Heller, han denominado: Las Ciencias Constitucionales.

IV. Conclusiones

Siendo la Constitución la máxima norma de un Estado y, por lo tanto, de una sociedad específica; las decisiones o principios políticos fundamentales contenidos en ella, son los pilares del Estado. Por tal motivo, con independencia de que el soberano no haya expresamente implementado cláusulas pétreas; implícitamente, estas decisiones o principios no pueden variarse por los órganos constituidos —ejecutivo, legislativo y judicial—, pues estos en su conjunto y de forma equilibrada, conforme a las competencias que la propia Constitución les establece, son los órganos encargados de protegerla de ataques —entendidos estos como actos, omisiones o normas—, por órganos inferiores o externos.

Por lo tanto, es deber de los órganos constituidos no iniciar reformas o interpretaciones que contravengan el contenido intangible de la propia Constitución, pues no existen mecanismos de control sobre las reformas materiales a ésta, salvo que el propio soberano haya expresado competencia en favor de alguno de ellos. Sin embargo, dotar de mayores competencias a uno de los órganos constituidos, por encima de los otros, genera un desequilibrio de poder que tarde o temprano concluye en una crisis constitucional.

Sobre estas premisas, si bien la reforma constitucional en materia político-electoral, no fue aprobada por la falta de la mayoría requerida para su implementación; ésta atentaba, desde el punto de vista formal, contra el principio democrático, pues dotaba a un órgano electoral —el denominado INEC— de lo que podríamos denominar super competencias en el ejercicio de la función electoral y, al mismo tiempo, consumaba la violación al pacto federal, que desde la reforma del año 2014 se plasmó en la Constitución, al centralizar en un órgano constitucionalmente autónomo el ejercicio de esta función electoral y en el TEPJF la revisión de los actos electorales, a través de los medios de impugnación previstos desde la ley adjetiva; soslayando las atribuciones que cada entidad de la república tiene, como miembros de la federación mexicana.

Pero entonces, si no existe formalmente un medio de control que defienda a la Constitución de las reformas o interpretaciones que en sentido material realicen los órganos constituidos —el Poder de Reforma y el Tribunal Constitucional— ¿Existe algún mecanismo para denunciar o impedir tal proceder? La respuesta a esta pregunta debe ser contestada desde el punto

de vista deóntico: Corresponde a la sociedad, y específicamente academia jurídico-constitucional, levantar la voz y denunciar los actos que vulneren a la Constitución. Denunciar y exhibir a aquellos sujetos que en ejercicio de la representación otorgada pretendan socavar aquella voluntad que juraron defender. Y tal defensa, solo puede ser concebida desde, como lo insiste el Doctor Javier Ruipérez en denominar, las Ciencias Constitucionales.

V. Fuentes de consulta

CARPIZO, J.:

- «El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional», en BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; y, MAC-GREGOR, E., (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un lus cosntitucionale commune en América Latina?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 67.
- *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1995.
- *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2013.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (06 de 04 de 1990). *Cámara de Diputados*. Obtenido de Cámara de Diputados: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (3 de 09 de 1993). *Cámara de Diputados*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_128_03sep93_ima.pdf

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, C. P. (22 de 08 de 1996). *Cámara de Diputados*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_136_22ago96_ima.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (09 de julio de 2003). *Corte Constitucional de Colombia*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>

DE VEGA GARCÍA, P.:

- «Constitución y Democracia», en RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- «Democracia y Derecho», en RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

DAU-LIN, H., *Mutación de la Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública. 1998.

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, (15 de 08 de 1990). *Diario Oficial de la Federación*. Obtenido de https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=201285&pagina=20&seccion=0

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, (24 de 09 de 1993). *Cámara de Diputados*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipe/COFIPE_ref03_24sep93_ima.pdf

LEY GENERAL DEL SISTEMA DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL, (22 de 11 de 1996). *Diario Oficial de la Federación*. Obtenido de https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4905941&fecha=22/11/1996&cod_diario=209849

LOAEZA, S., *Gobierno y Oposición en México. El Partido Acción Nacional*, Foro Internacional, XXXVII (147), México, 1997.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 2018.

ROUSSEAU, J. J., *El contrato Social*, Barcelona, Gredos, 2014.

SARTORI, G., *Partidos y Sistema de Partidos*, Madrid, Alianza, 2017.

SCHMITT, C., KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2019.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2017.

SUPREMACÍA Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN EL PROFESOR RUIPÉREZ ALAMILLO: REVISITANDO LO CLÁSICO CUANDO TODO PARECE CAMBIAR

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de León

(España)

maalem@unileon.es

I. Introducción

Adentrarse en el pensamiento del doctor Ruipérez Alamillo a través de un recorrido (necesariamente somero) por su obra, me ha parecido la mejor opción para contribuir al merecidísimo homenaje que en esta obra colectiva se le tributa.

Del profesor Ruipérez siempre he admirado la lealtad hacia la persona y el legado intelectual de su maestro, Pedro de Vega, de quien aprendió, entre otras muchas cosas, que «la misión del jurista no puede ser otra que la de, recurriendo al razonamiento crítico, denunciar los problemas que la realidad presenta, y no disolverlos en ejercicios de tecnicismos inocuos para ignorarlos»¹. Salvando las distancias, coincido con ellos en el afán por huir de ese exacerbado tecnicismo constitucional de laboratorio, generado desde el limbo de autocomplacencia y ensimismamiento en que tan frecuentemente corremos el peligro de instalarnos.

Escribo esto porque sigo pensando que los valores sobre los que se ha construido el constitucionalismo son la savia que lo sigue alimentando; y ello también en los tiempos actuales, cargados de nuevos desafíos y exigen-

1 DE VEGA GARCÍA, P., «En torno al concepto político de Constitución», en *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, obra colectiva, coordinador M.A. García Herrera, Ed. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, 1997, pp. 703-704.

cias, y en los que tanto esos valores (libertad, igualdad, limitación y división de unos poderes legitimados democráticamente, ineludible centralidad de la persona) como los derechos en los que se proyectan, pasan por un sinfín de dificultades. Desde hace décadas, una sombra de crisis se cierne sobre la idea misma de Constitución, a causa de factores tan distintos y complejos como la dificultad de solucionar a nivel estatal problemas que son globales, el consiguiente protagonismo del Derecho internacional, los embates sufridos por el Estado social y democrático de Derecho a causa de las intensas recesiones económicas, el caldo de cultivo que dichas crisis suponen para la aparición de opciones políticas radicales, la creciente polarización de la sociedad, las tensiones territoriales, los retos sociales, económicos, políticos, culturales y religiosos que suscita el fenómeno migratorio, la incertidumbre generalizada ante lo que está por venir (en el ámbito de los derechos y en tantos otros), etc. Las crisis sanitarias y energéticas de los últimos tiempos han supuesto un alto coste en vidas humanas y han vuelto aún más precaria la situación de las personas vulnerables.

Ante una situación tan compleja como la descrita no podemos permitirnos el lujo de prescindir de los presupuestos y fundamentos de la teoría política y constitucional. Su estudio nos demuestra que ni los problemas son tan nuevos, ni los planteamientos clásicos del constitucionalismo tan obsoletos como podría pensarse. Los presupuestos clásicos de la dogmática constitucional proporcionan respuestas más sólidas a los múltiples retos actuales que los ejercicios de mera glosa o exégesis, excesivamente aferrados a la urgente cotidianidad del boletín oficial y del buscador de jurisprudencia. En este sentido, y por paradójico que resulte, la reflexión en clave teórica sobre los problemas esenciales será la que pueda arrojar algo de luz a quien pretenda indagar sobre la vigencia y el futuro del constitucionalismo².

Resulta esencial a este respecto la distinción, recogida por el propio De Vega, «entre un Derecho Constitucional entendido como estructura, y un Derecho Constitucional concebido como sistema de garantías, con horizontes temáticos y con problemas distintos, perfectamente diferenciables en cada uno de ellos». Otra cosa es, claro está, «que las dificultades surgidas en un ámbito, por intereses políticos o por simple obnubilación, se trasladen al otro, para a fin de cuentas no ser resueltas ni asumidas por ninguno»³.

2 Sin embargo, cuántas veces, en nuestras aulas, «nos encontramos con que resulta mucho más importante saber cómo se interpone un recurso que conocer cuál es el fundamento de aquél. En definitiva, se hace primar la práctica sobre la teoría» (RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Constitución y democracia. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13, 2003-2004, p. 124).

3 DE VEGA GARCÍA, P., «Prólogo» a DE CABO DE LA VEGA, A., (edición, notas e índice), *Constitución española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1996, p. XXIV. Del mismo autor, «Prólogo» a RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidad de La Coruña, 1995 [en RUBIO NÚÑEZ, R., (edición y estudio introductorio), *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 708].

Los siguientes epígrafes nos aproximan al pensamiento del profesor Javier Ruipérez, tratando de reflejar las principales inquietudes en torno a las cuales gira su obra. El hilo conductor no es otro que su incansable defensa de los valores constitucionales, y la Constitución entendida como instrumento que conjuga libertad y democracia para los ciudadanos. Se trata, al fin y al cabo, de reivindicar el constitucionalismo democrático y social no solo frente a los nuevos populismos, sino también frente a ese «neoliberalismo tecnocrático» (en realidad un «neototalitarismo tecnocrático») que campa a sus anchas en un mundo globalizado en el que, por incongruente que resulte, se profundiza a la vez en la descentralización política de los Estados. El propio autor nos mostrará que, para comprender la importancia de los problemas antes mencionados, más que ceñirse a los planteamientos del positivismo jurídico formalista, resulta preferible atender, desde la Teoría Constitucional, a los procesos de fundamentación y conceptualización de las instituciones.

El poder constituyente, la soberanía popular, la ciudadanía europea, la división de poderes, la eficacia de los derechos, o el papel de la rigidez y la jurisdicción constitucional al servicio de la supremacía de la norma básica, son algunos de los aspectos en los que el profesor Ruipérez continúa las líneas trazadas por el añorado maestro Pedro de Vega. Hacia este último, que tanto me ayudó en mis inicios, comparto con Ruipérez sentimientos de gratitud y afecto. Sirvan también estas páginas como sencillo tributo a su memoria.

II. Soberanía popular y supremacía constitucional: ¿paradigmas científicos o conceptos en crisis?

Como cuestión transversal en torno a la cual se suscitan los problemas capitales en torno a la ciencia jurídica del Derecho Constitucional, plantea Ruipérez el contrastante fenómeno de la *globalización*, al que asistimos, como testigos de excepción, los ciudadanos de los distintos Estados desde las dos últimas décadas del siglo XX y en los años que llevamos del XXI. En su trabajo «Un problema capital para las ciencias constitucionales», coincide con el profesor Valadés en que la lógica de la mundialización o globalización ha traído como consecuencia la puesta en discusión del Estado constitucional mismo (cuya defensa, fortalecimiento y recuperación se presenta como uno de los más claros compromisos democráticos) como el mecanismo más idóneo para lograr la ordenada y pacífica convivencia entre las personas. Ya en 1998 el profesor De Vega, en su trabajo «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», ponía de manifiesto las dos preocupantes coordenadas en las que se ve abocado a desenvolverse el Derecho del Estado. Por una parte, se produce un *desmesurado ensanchamiento de los espacios económicos y sociales, acompañada de una lamentable reducción de los ámbitos políticos*; lo que se traduce en que los hombres, forzosamente convertidos en «ciudadanos

del mundo», se ven cada día más apartados del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales que, por lo demás, no se realiza desde la lógica democrática, sino atendiendo a criterios económicos. Por otro lado, y en estas circunstancias, el único elemento clarificador en el que enmarcar la vida política y jurídica, y el inexcusable referente para el mantenimiento de los valores que conforman una convivencia civilizada, *no puede ser otro que la Constitución*. Ahora bien, mientras esta hace del hombre un portador de derechos en su condición de ciudadano, el proceso de mundialización nos aleja de los supuestos sociales en los que se asienta su legitimidad.

Es en este contexto en el que el profesor Ruipérez considera absolutamente indispensable reflexionar sobre los dos pilares sobre los que, de manera evidente, se asienta el edificio del moderno Estado constitucional: el *principio democrático* y el *principio de supremacía constitucional*. Se comprende que uno y otro se encuentran seriamente comprometidos en cuanto que el Estado constitucional implica que toda actividad política ha de ser una actividad jurídicamente limitada, de tal manera que *no puede existir más soberanía que la de la Constitución como expresión normativa de la voluntad soberana del poder constituyente del pueblo*; el cual, en todo caso, va a mantener su soberanía a través de ese código constitucional que es obra suya. Si aceptamos además, con Carré de Malberg y De Vega, que en un Estado constitucional ya operante (una vez que el texto constitucional entra en vigor) la cuestión de la titularidad de la soberanía (o más bien de su ejercicio) se transforma en la problemática en torno a quién puede reformar dicho código fundamental, coincidiremos en que reformas como la del artículo 135 de la Constitución española, llevada a cabo en 2011 por «exigencia» de la Unión Europea no hacen sino convertir en realidad la advertencia de Heller en los años 20 del pasado siglo sobre la implantación de una auténtica «dictadura del capital».

Pero además, esa *negación en la práctica del dogma político de la soberanía del pueblo*, no conduce sino a una *interpretación incorrecta del dogma de la supremacía constitucional*, en cuanto que ambos únicamente adquieren auténtica realidad, entidad y eficacia si se vertebran y articulan en torno al principio democrático. En efecto, escribe Ruipérez, desde el concepto moderno, técnico, actual y estricto (que es al que, a pesar de los pesares, aún hay que reconocer validez universal y vigencia plena), únicamente cabe hablar de *Constitución* para referirse a aquel instrumento de gobierno surgido a partir de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII habidos en los Estados Unidos de América y Francia, que tienen un sustrato teórico común: «la confrontación entre los presupuestos del pensamiento político liberal y los del pensamiento político democrático, y que se inspiran, y efectivamente consagran, los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional». En el caso estadounidense, fundado sobre las ideas democráticas y el dogma político de la soberanía del pueblo, no existió problema alguno para admitir la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, en el continente europeo, no fue inicialmente así, sino que la evolución se produjo a partir de cartas otorgadas aprobadas por concesión graciosa del monarca, constituciones pactadas basadas en concesiones recíprocas entre el rey y el pueblo, o los documentos propios de las monarquías constitucionales. En cuanto a las constituciones *democráticas*, no lograron configurarse como verdaderas normas superiores, no tanto por la teorización realizada por Sieyès de la mecánica del proceso constituyente, como por la interpretación que de ella realizaron los prácticos de la política (entre ellos el propio abate revolucionario). Así, los parlamentarios franceses del siglo XIX, más que actuar como representantes del pueblo soberano, lo hicieron como soberanos representantes de los ciudadanos; lo que, obviamente, dificultaría la consideración rousseauiana de que la Constitución, como *Lex Superior*, obliga, y de modo especial, a los gobernantes. Como el profesor Ruipérez nos mostrará en posteriores apartados, fue la posterior articulación de mecanismos jurídicos destinados a preservar la voluntad del constituyente frente a la actuación del legislador ordinario (rigidez constitucional y control de constitucionalidad de las leyes) la que terminó por otorgar a la Constitución la condición de verdadera e incuestionable *Lex Superior* del ordenamiento.

III. Constitucionalismo y principio democrático

Explica nuestro autor que, ya desde el mundo clásico se consideró que el régimen democrático viene definido por la perfecta conjunción entre las ideas de *libertad* y de *democracia*: la *libertad* es el antecedente de lo que hoy llamamos *principio de supremacía constitucional*; la *democracia* estaría relacionada con la idea de *cambio*: quien tiene el poder político puede cambiar las leyes porque, en estado químicamente puro, generarían antinomias que impedirían el funcionamiento del sistema. Fue Solón, en la Grecia clásica, quien logró la conciliación más perfecta, al menos teóricamente, entre ambas ideas, e introdujo además un elemento que sería fundamental cuando se llega al Estado de Derecho democrático y social, que es la idea de *igualdad*. Hay que obedecer la ley, pero la ley tiene que tender a establecer la igualdad, y que sea una ley que nosotros mismos nos hemos dado. En la Atenas clásica era relativamente fácil que todo el cuerpo político pudiera participar en la emanación de las leyes (solo el cinco por ciento de los habitantes de la *polis* eran ciudadanos). La situación cambia cuando desaparece la *polis* y se pasa a comunidades mucho más extensas. Así, en el Medioevo, los monarcómanos entendieron que las normas habían de aprobarse a través de representantes políticos de la comunidad reunidos en asambleas. La soberanía (entendida en esa época como poder de dictar el derecho) ha de materializarse a través de asambleas. Y esta idea es la que posteriormente va a operar en el marco del Estado constitucional, dando lugar al planteamiento del problema de cómo elegir esas asambleas: los diferentes sistemas electorales. En todo caso, nos dirá Ruipérez en «Constitución y democracia»,

el ideal democrático, al transformar a los súbditos en hombres libres, va a lograr el nacimiento de un sentimiento constitucional que, al confirmar la fuerza normativa de la constitución (valga el ejemplo de la española de 1978), nos configura como auténticos ciudadanos caracterizados por el amor a una libertad que solo el Estado constitucional puede garantizar. Así pues, desde la lógica del pensamiento democrático, aquí conectada con el pensamiento de Solón en la Grecia clásica, los ciudadanos son los únicos sujetos que, como uno de los presupuestos fundamentales para la propia aparición del Estado constitucional, se encuentran legitimados para decidir cuáles son las normas jurídicas que han de obedecer.

Ahora bien: si se aceptan las enseñanzas de la mejor Teoría de la Constitución (la que nace en el marco de la República de Weimar con los trabajos de Heller y Smend), y consecuentemente aceptamos que el análisis constitucional ha de realizarse atendiendo a las categorías de espacio y tiempo, habrá que concluir que la Constitución está atravesando actualmente la situación más crítica, difícil, grave y comprometida de cuantas le ha tocado vivir desde que el Estado constitucional, como realidad política efectiva y concreta, hiciera su entrada en la historia. Como señalaba el maestro De Vega, las ideas de libertad y democracia siguen presentes en el espíritu humano, y las Constituciones, por más pruebas de impotencia que hayan dado, siguen representando la única vía razonable a través de la cual dichas ideas pueden realizarse en la historia. La ideología del constitucionalismo ha venido procurando que dichos presupuestos no queden convertidos en letra muerta, manteniendo así la validez del concepto liberal-burgués de Constitución. Sin embargo, en la época de Internet, de la aldea global, de la mundialización económica y de unos detentadores del poder a nivel planetario, «los viejos, pero sin duda todavía gloriosos conceptos de Constitución y Estado constitucional tienen ante sí un panorama hartamente confuso y asaz oscuro. Panorama tan difícil, complicado y marrullero que en modo alguno resultaría descabellado pensar que, aunque sigan siendo sibilinamente utilizados por doquier, aquellos pueden estar, incluso, muy cerca de su disolución». Se ha operado, de este modo, la sustitución de la «ideología del constitucionalismo» por la «ideología de la Constitución». Lo que significa que la inicial defensa de la Constitución como medio para hacer efectivos los principios y valores que determinaron la aparición del constitucionalismo moderno, «se ha visto substituida por una nueva práctica, que, dicho sea en forma telegráfica, consiste en la defensa numantina de un determinado Texto, convertido, de alguna manera, en una suerte de fetiche mágico-mítico cuyo contenido ha de ser indescifrable». No es extraño que, quienes así la entienden, justifiquen la elaboración de una Constitución sin la participación del pueblo (como sucedió con la «Convención Giscard» creada en 2002 con el cometido de redactar la después fallida «Constitución europea»). Incluso muchos miembros sedicentemente progresistas entendieron que no solo era posible, sino además conveniente, dejar al margen a los ciudadanos del proceso de elaboración, discusión y aprobación de la nueva normativa superior del ente supraesta-

tal europeo. Y el argumento para justificar tal afirmación no era otro que el carácter técnico y de grandísima complejidad de lo que se debatía, de modo que el ciudadano medio no sería capaz de comprenderlo en toda su magnitud; concluyendo que, de no haberles dejado al margen, los ciudadanos europeos se habrían puesto nerviosos, y se habrían separado del fervor europeísta que los gobernantes europeos de aquel momento presumían que existía en la sociedad. Obviamente, lo que subyace en tales argumentos es la aceptación, voluntaria o inconsciente, del neoliberalismo tecnocrático, del cual a su vez se desprende que el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales ha de estar protagonizado por los técnicos, y no por los ciudadanos del cuerpo político de que se trate.

Independientemente de que, como escribía Heller, no cabe la *crisis de la democracia*, sino la *crisis de la gestión de la democracia*, no puede negarse la delicada situación de la forma jurídica y política «Estado» o, si se prefiere, del Estado constitucional democrático. Y si, hacia lo que en el fondo nos encaminamos, es a la definitiva eliminación del Estado, la libertad civil queda inevitablemente disuelta en una dinámica «en la que, con la misma intensidad con que se declara, se torna totalmente inoperante». A este respecto, el profesor Ruipérez insiste incansablemente en que tan solo en el constitucionalismo democrático y social la eficacia de los derechos fundamentales se ha hecho verdaderamente real; y ello por cuanto que ha sido en él donde las garantías normativas y jurisdiccionales establecidas por los textos constitucionales han podido funcionar. Frente a ello, la lógica de la globalización demuestra un superior interés por eliminar la teoría democrática del *poder constituyente del pueblo*, resucitando la falacia de la contraposición entre Estado y sociedad, y propugnando un absoluto sometimiento de la política a los dictados de la razón tecnocrática e instrumental. De manera que, si en el mundo empresarial son los técnicos y no todos los trabajadores los que adoptan las decisiones, también en el Estado ha de existir una élite dirigente que, en base a su formación técnica, controle el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales.

Consecuencia tan grave como inevitable de lo anterior, es la negación de toda virtualidad a un elemento tan esencial en el funcionamiento democrático como es la *oposición política*. Cobran así renovada vigencia las palabras del maestro De Vega en el sentido de que, en democracia, no es el poder quien ha de dar y reconocer la legitimidad a la oposición; sino que, muy al contrario, es la existencia y la libre actuación de la oposición la que, en último término, confiere legitimidad al sistema y al partido que gobierna.

No es extraño, pues, que el doctor Ruipérez, concluya su ensayo «Constitución y democracia» con una vuelta a Rousseau, el gran teórico de la democracia moderna, que propone la elevación de todos los individuos a la condición de ciudadanos y, en su condición de tales, sujetos políticamente activos; además de atribuir al Estado la tarea básica de limitar (o al menos limitar lo máximo posible) la desigualdad moral o política entre sus habitantes. Esta convicción democrática presente en Rousseau, junto con las posteriores for-

mulaciones de Lassalle o Fichte, conducirían a Heller a una teorización del Estado irrenunciable para los partidarios de la democracia. Nació así, en el siglo XIX, el Estado social como nueva fase evolutiva del fenómeno estatal.

Pues bien, es el modelo político *Estado constitucional democrático y social*, junto con la Constitución misma, el que vive una situación extremadamente difícil, ante la cual no resulta extraño que se reivindicque la necesidad de volver a Rousseau, o la de recuperar el estudio del poder constituyente, apostando de manera decidida por el mantenimiento de los dos valores y principios que forjaron el constitucionalismo moderno: la *democracia* y la *libertad*. Es mucho lo que cada cual puede y debe hacer por la defensa de estos valores, aunque solo sea tomando conciencia de que el Estado constitucional o, si se prefiere, la democracia, está en peligro como consecuencia de la globalización. Frente a la pretensión del neoliberalismo globalizador de dejar a los técnicos la toma de decisiones políticas, propone Ruipérez «poner en práctica, y además en toda su intensidad, las doctrinas de Rousseau sobre el funcionamiento del Estado democrático». Descartando, por inviable en el marco de los Estados modernos, la democracia de la identidad, y aceptando que el gobierno de los pueblos ha de realizarse mediante representantes, es necesario asumir que las obligaciones políticas del ciudadano respecto de la comunidad no se agotan con la emisión periódica del voto para la elección de dichos representantes. «En primer lugar, el ciudadano ha de conocer y expresar su opinión respecto de todos los problemas que le afectan, y no esperar a que los técnicos, como ‘salvadores’, le den la solución». En segundo término, «es necesario que se establezca un sistema de controles, de todo tipo, sobre la clase política, y su actuación, para eludir la degeneración del sistema». Gobernantes y gobernados deberían recordar las palabras pronunciadas por Heller en 1925 que, aunque dichas en otro contexto, conservan toda su vigencia en nuestro confuso mundo: «Quien destruya al Estado de hoy [que no es otro que el Estado constitucional democrático y social] provocará el caos y nadie puede desde el caos crear cosa alguna».

IV. El principio de división de poderes en su actual formulación

Es sabido que Charles Louis de Secondat (barón de Montesquieu, 1689-1755) fue un magistrado aristócrata que abrió nuevos caminos en la Ciencia Política al analizar sociológicamente la realidad para llegar a la conclusión (diferente de la mantenida por sus antecesores) de que *no era la virtud del gobernante lo que hacía bueno o malo un Estado, sino la forma en la que éste se organizaba*. En definitiva, si el poder está dividido en la forma en que él propone (*Del espíritu de las leyes*, 1748), el Estado será bueno, en el sentido que habrá libertad política para sus ciudadanos. El sistema de *división de poderes* (legislativo, ejecutivo, judicial), en la medida en que permite que unos se limiten a otros («que el poder frene al poder») y obliga a los gober-

nantes a llegar a consensos, hace que el Estado funcione bien independientemente de las cualidades morales de quienes ejercen el poder.

Contemplado el tema desde la perspectiva actual, y en los términos en que lo plantea el profesor Ruipérez Alamillo («Charles de Secondat en el Estado de partidos, o del pluripartidismo como materialización moderna del principio de división de poderes»), resulta indudable la importancia de la doctrina de la separación de poderes, tal y como fue formulada por Montesquieu, para el moderno Estado constitucional. Sin embargo, tampoco puede olvidarse que la virtualidad o utilidad de dicha doctrina para explicar las relaciones de poder en los Estados actuales («*Estados de partidos*» en expresión de Triepel) ha sido puesta en duda por muchos, y más en el marco de una más amplia crisis de las democracias representativas. Plantea a este respecto Ruipérez que, dado que los partidos políticos resultan elementos indispensables de nuestro sistema democrático, la clásica distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial enunciada por Montesquieu ha de comprenderse conjuntamente con el juego de pesos y contrapesos (vetos) que se produce en las relaciones entre Gobierno y Oposición.

Se parte de la constatación de que el principio de división de poderes se presenta como uno de los contenidos fundamentales del Estado constitucional y del concepto mismo de Constitución, siendo tal principio uno de los dos elementos al que se refiere el celeberrimo artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Y no solo ello es así desde el concepto formalista o neutro de los textos constitucionales, sino que se verifica también a partir del concepto político de Constitución, en la medida en que, como aclaró Pedro De Vega, en dicho precepto se dan cita los supuestos medulares sobre los que se edificó la democracia constitucional, y que, en definitiva, no son otros que los de tratar de dar permanente y auténtica efectividad a las viejas ideas de *democracia*, *libertad* y, como correctivo necesario de ambas, que, por lo demás, ya había sido exigido en la Atenas clásica por Solón y, todavía de un modo más explícito, Aristóteles, *igualdad*.

Por más que la división en el ejercicio del poder ya había sido planteada por pensadores anteriores (por ejemplo, en el *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua en 1324), no cabe duda de que el imaginario colectivo atribuye la formulación de tal principio a Montesquieu. En todo caso, este último propone una articulación de los poderes basada en la visión que él tenía del modelo británico como un sistema de pesos y contrapesos entre un poder ejecutivo (atribuido al monarca y a sus ministros), un poder legislativo (constituido, siguiendo el modelo británico, como un órgano bicameral, en el que una de las Cámaras tendría como misión la de expresar la voluntad de los ciudadanos del Estado en general, mientras que la otra quedaba reservada a los miembros de la aristocracia), y un Poder Judicial atendido por jueces independientes, y, como auténtica novedad respecto de la situación existente en el Antiguo Régimen, claramente separados de los cuerpos administrativos

al servicio del monarca. Montesquieu anula a este último desde el punto de vista político al configurarlo como un poder políticamente neutro, no siendo el juez más que la boca que pronuncia la ley.

Ciertamente, la doctrina de Montesquieu ha sido tildada de conservadora (Althusser) o criticada por apartar al pueblo de los asuntos públicos, en consonancia con la innegable desconfianza hacia las multitudes que siempre han demostrado las doctrinas del elitismo político: nos dirá en tal sentido el propio Montesquieu que «del mismo modo que la mayoría de los ciudadanos que tienen suficiencia para elegir no la tienen para ser elegidos, el pueblo, que tiene capacidad para darse cuenta de la gestión de los demás, no está capacitado para llevar la gestión por sí mismo».

Sin embargo, lo que realmente importa resaltar al profesor Ruipérez es la centralidad del principio de división de poderes en el marco del moderno Estado constitucional, y la verdadera virtualidad que, al margen de meras consideraciones formales, adquirió la constitucionalización de este principio siguiendo los esquemas conceptuales propuestos por Montesquieu, desde los cuales se ha consolidado la identificación entre «constitucionalismo» y «liberalismo». Problema distinto es el de la verdadera virtualidad que tuvo la constitucionalización de la división de poderes. Una cosa es, en efecto, el transcendental papel que juega la consagración en el más alto nivel normativo del Estado de la construcción de Montesquieu para tratar que los ciudadanos gozasen del mayor grado de libertad posible, y otra las concretas circunstancias jurídico-políticas e ideológicas que condujeron a tal solución en el contexto del ejercicio de la función constituyente de acuerdo, de una manera muy básica, con la teorización de su mecánica debida a Sieyès. En efecto, al tratar de articular la mecánica del proceso constituyente desde la conciliación de los presupuestos del pensamiento de Montesquieu con los de Rousseau, lo que Sieyès hizo fue potenciar algo que ya se encontraba implícito en la obra del barón: Montesquieu, como buen liberal, había formulado su construcción actuando desde el aparato conceptual y categorial elaborado por el iusnaturalismo contractualista.

Quizá por eso resulta tan difícil insertar la aportación de Montesquieu en un contexto tan diferente y peculiar como el actual Estado de partidos, hasta el punto de que frecuentemente se le da por muerto en el debate político. Como escribe Trotta de manera bien gráfica, «repetimos ciertas fórmulas por costumbre y tradición sin darnos cuenta del engaño en que incurrimos. Hablamos de soberanía del Parlamento, y sabemos perfectamente que ésta ya no existe. Hablamos de división de poderes y sabemos que ésta ha desaparecido desde el momento en que los gobiernos se han convertido en comités de acción de las mayorías parlamentarias, y más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las secretarías y comisiones ejecutivas de los partidos»⁴.

4 TROTTA, F., *Parlamento e Partiti como problema attuale della democrazia; soluzioni costituzionali*, Milán, 1964, citado por DE VEGA, P., «Prólogo» a DE VEGA, P., (ed.) y otros, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.

Desde esta perspectiva, se proclama por un lado la crisis total de la división de poderes en el Estado actual, mientras que, se reivindica la vuelta a la concepción de esta por de Secondat, identificada con la obligada atribución de la titularidad de cada uno de los poderes constituidos a un sujeto distinto. Ello se hace especialmente patente en el marco de los Estados que cuentan con el sistema de gobierno parlamentario, en el que, debido a la centralidad que se reconoce al Poder Legislativo, todos los demás órganos constitucionales se formarán atendiendo al juego de las mayorías y minorías en él.

Apunta Ruipérez al respecto que, en esa denuncia de la crisis absoluta de la división de poderes, así como en la demanda de volver a los esquemas formales trazados por Montesquieu lo que subyace, además del deseo de volver a la falaz distinción fisiocrática entre el *Estado-aparato* y la *sociedad civil*, es ese *discurso antipartido* que, aunque en la mayoría de los casos de forma inconsciente, ha conocido en los primeros años de esta centuria, y principalmente en su segunda década, una nueva revitalización. Si bien, y de manera que no puede ser considerada sino paradójica, ahora en nombre de las ideas democráticas y progresistas. Se refiere, obviamente, a los acontecimientos vividos a partir de 2011, y que, por ejemplo, en España conocemos como «movimiento 15 M».

¿Fueron estos movimientos el resultado de un movimiento ciudadano espontáneo, o, por el contrario, y en conexión directa con la problemática de la articulación práctica de la división de poderes en un mundo globalizado, se debieron a algo orquestado a través de las nuevas redes de comunicación social, y, en todo caso, y por los mismos que habían tratado de interferir en el proceso electoral en Estados Unidos, Francia, México, etc.? ¿Se trató de atacar directamente al Estado de partidos, olvidando que estos son imprescindibles en una democracia y que, como afirmaba De Vega y enseña la experiencia, cuando los partidos desaparecen, quienes ocupan su lugar son grupos de presión, magnates de las finanzas, o demagogos con vocación de dictadores? Al menos a esta segunda cuestión tenemos una respuesta bien clara, puesto que esos movimientos han acabado integrándose en el propio sistema de partidos y ocupando el poder en las instituciones siempre que ello ha sido posible.

Sea como fuere, una cosa es poner de manifiesto que el sistema de partidos ha supuesto una alteración (¿desaparición fáctica?) del principio de división de poderes en su concepción tradicional, y otra bien distinta poner sobre la mesa un «discurso antipartido», que presenta patentes coincidencias con el que hicieron, durante el primer tercio del siglo XX, los autores antidemócratas y antiliberales. Ya advertía De Vega en 1996 de los peligros de reconstruir un orden liberal en el que las instancias políticas cedan su puesto a las instancias sociales; o, dicho de otro modo, de que la crítica directa e injusta a los partidos suponga indirectamente una apología de los grupos de presión y de los poderes privados.

Lo que parece claro es que el sistema de frenos y contrapesos que implicaba el principio de división de poderes tal y como fue teorizado por Montesquieu, y consagrado en el más alto nivel normativo del Estado desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII se ha visto afec-

tado en el contexto del Estado Constitucional democrático y social en cuanto Estado de partidos. Ahora bien, el profesor Ruipérez considera exagerado ese discurso crítico que proclama la muerte del barón, y reivindica la vuelta a los esquemas formales trazados por este. Es verdad que en el sistema de gobierno parlamentario puede decirse que, frente al modelo diseñado por Montesquieu, en el Estado de partidos es un mismo sujeto (el partido que ocupa la posición de mayoría parlamentaria) quien va a ocupar tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo. Ahora bien, no es menos cierto que la crítica no se sostiene en relación con los otros poderes constituidos. Ni siquiera cuando, como es lo usual, sean los partidos políticos con representación parlamentaria quienes proponen a los integrantes de los otros órganos del Estado. Los Magistrados Constitucionales designados por el Congreso de los Diputados y el Senado en el sistema constitucional español, nos ofrecen, (no obstante la perniciosa política de las «cuotas» que todos los partidos denuncian, pero a la que no están dispuestos a renunciar) un magnífico ejemplo al respecto. Existen, en efecto, garantías jurídicas en el ordenamiento español para asegurar esa imprescindible independencia de los magistrados constitucionales respecto de los partidos que losopusieron.

Ciertamente, no se puede negar que el fenómeno partidista «ha generado un colosal cataclismo en el esquema formal de la división de poderes constitucionalizada desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, y que, nadie puede ignorarlo, continúa siendo consagrada formalmente en el Estado constitucional democrático y social». Lo que ocurre, es que «la constatación de este hecho no autoriza ni a decretar la muerte de Montesquieu, ni tampoco a exigir la vuelta a los estrictos términos formales en los que de Secondat había teorizado este principio. Y mucho menos, a hacerlo en nombre de la lógica del progresismo y del democratismo». La razón es fácilmente comprensible. El actual Estado constitucional democrático y social es ya, de manera insoslayable, un Estado de partidos, en el que el principio de división de poderes no se articula como aquella confrontación imaginada por Montesquieu entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial (o, más precisamente, entre los dos primeros al ser el judicial concebido como políticamente neutro); sino que, por el contrario, lo que sucede es que el juego de fuerzas políticas tiene lugar *entre mayorías y minorías*, entre gobierno y oposición, y ello forma parte de la propia esencia de la democracia constitucional. Y ello porque, lo que refleja ese juego de mayorías y minorías no es otra cosa que la importancia que tiene la oposición política para la configuración del propio régimen de la democracia constitucional (y, como se vio en el apartado anterior, para conferir legitimidad al sistema y al partido que gobierna).

Si aceptamos con Heller que la democracia no puede estar en crisis, aunque sí puede estarlo la gestión de la misma, la conclusión resulta inevitable: «muy en contra de lo que mantuvo el pensamiento antipartido clásico, y lo que sigue afirmando hoy el movimiento antipartido, el pluripartidismo se convierte en el último mecanismo para hacer real y efectiva la división de poderes, así como del resto de los principios inspiradores del constitucionalismo,

en la actual democracia de masas». De hecho, la propia independencia de los jueces, solemnemente proclamada en los textos constitucionales, será una proclamación meramente retórica y vacía de contenido allí donde el pluripartidismo no exista. Aun así, la problemática actual de la división de poderes en el marco del Estado social, merece seguir siendo objeto de reflexión por los constitucionalistas, en la medida en que se trata de una cuestión medular para explicar y defender la democracia constitucional en el siglo XXI.

V. La ciudadanía europea

Enlaza el profesor Ruipérez las anteriores consideraciones sobre la vigencia del principio de separación de poderes con una revisión en clave crítica en torno a los conceptos de «Constitución europea» y «Ciudadanía europea» a los que el «europeísmo a ultranza» apeló en los primeros años del presente siglo de la mano del fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado en Roma en octubre de 2004.

Tanto en los trabajos «Constitución y democracia», «Consideraciones urgentes sobre algunos problemas jurídico-políticos de la ciudadanía europea» y «Un problema capital para las ciencias constitucionales», como en su estudio monográfico *La «ciudadanía europea» y sus implicaciones para el Derecho Constitucional*, nuestro autor patentiza que esa supuesta *Constitución europea*, tanto por su propio origen como por su naturaleza, únicamente podría haber sido entendida como una norma de Derecho Internacional (por más especialidades y particularidades que se le quisieran atribuir), cuya fuerza jurídica obligatoria y vinculante habría derivado del Derecho Constitucional de los Estados miembros del ente supraestatal europeo.

Ya sabemos que la manifestación estructural concreta del Estado Constitucional (el Estado burgués de Derecho, fruto de los procesos revolucionarios liberal-burgueses norteamericano y francés de finales del siglo XVIII), va asociada con el reconocimiento y aceptación, a partir de los esquemas conceptuales propuestos por el reverendo Wise, de una esfera de libertad individual, que se concretó en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Ya en un momento posterior, y como mecanismo de garantía de aquellos, es cuando se procede, con la aprobación del Texto constitucional, a la organización del Estado sobre la base de la división de poderes. Así habría nacido, según el parecer de Jellinek, la historia de lo que los europeos solemos identificar con el nombre de *derechos fundamentales*, y en el *continente americano* como derechos humanos, entendidos, en este específico contexto, como los derechos y libertades que se disfrutaban no por la condición de personas, sino por el hecho de ser ciudadanos de una determinada *comunidad política estatal*.

Las cuestiones que se suscitan a partir de este último extremo, lejos de ser meras especulaciones teóricas, avalan la doble dimensión (atribuida por el propio Jellinek) de la Teoría del Derecho Constitucional como ciencia con-

ceptual y como saber práctico. Y es precisamente el proceso de *integración europea* el que nos ofrece un magnífico ejemplo desde el que abordar, de modo cabal y ponderado, la tarea de buscar soluciones en el ámbito del Derecho Constitucional positivo. En efecto, solo tomando en consideración la distinción realizada por Wise entre la *libertad natural* (que corresponde a los hombres y mujeres por ser tales) y la *libertad civil*, (vinculada a la idea de pertenencia a un determinado Estado constitucional), se podrá determinar si la llamada *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (a la que el Tratado de Lisboa de 2007 atribuye eficacia jurídica y carácter vinculante) contiene realmente unos verdaderos derechos fundamentales, o si, por el contrario, y en tanto en cuanto que la Unión Europea no es todavía un Estado constitucional único, se trata, pese a su nombre, de una declaración de derechos humanos establecida por una norma de un Derecho Internacional Público aunque, eso sí, especial y particular. El dilema tiene un evidente interés práctico en la medida en que, de la solución que se adopte, se derivará un muy distinto régimen jurídico para dicha *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Sea como fuere, puede aceptarse (incluso con muchas reservas) que la fallida *Constitución europea* (la cual, como se recordará, incluía como segunda parte el texto de la mencionada Carta, que había sido solemnemente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión) iba a contener los dos elementos que en el ya mencionado artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 se consideran imprescindibles para poder hablar de un texto constitucional en sentido propio: la garantía de los derechos y la separación de poderes. Sin embargo, no es menos cierto que, como acertadamente señalaba Heller, la única posibilidad constitucionalmente admisible de erigir una comunidad política unitaria sobre la base geográfica de varios Estados anteriormente existentes, es la de que la misma se realice *desde el principio democrático*. Solo así puede quedar a salvo el dogma jurídico de la soberanía del pueblo, que es lo que en último extremo confiere su legitimidad al Estado constitucional. Y resulta obvio, como se vio en el apartado III de estas páginas, que en el conjunto del proceso de integración europea, y concretamente en la elaboración de la llamada *Constitución europea*, el principio democrático brilló clamorosamente por su ausencia.

Así las cosas, la entrada en escena del concepto de «ciudadanía europea», a partir del Tratado de Maastricht de 1992, resulta sumamente problemática, tanto para el propio ente supranacional como para quien pretenda aproximarse al mismo desde el punto de vista de la Teoría constitucional. Estamos, en efecto, ante una unión de Estados (esto es, de sujetos de Derecho internacional), por muy particular que esta sea; y, por tanto, no resulta sencillo trasladar al ámbito del Derecho Constitucional un ordenamiento jurídico que se corresponde más bien con los esquemas del Derecho internacional público. Ciertamente, adoptando los planteamientos más radica-

les del positivismo jurídico formalista (puesto que el Estado es evidente, de nada sirve preguntarse sobre él, sino que el constitucionalista debe únicamente preocuparse por la realidad normativa prescindiendo del propio Estado), al constitucionalista no le correspondería estudiar la *ciudadanía europea*, al tratarse de un fenómeno evidente, sino que le bastaría con centrarse únicamente en las soluciones normativas adoptadas por las autoridades comunes del ente supraestatal europeo, y que tienen repercusión en el orden jurídico interno.

Actuando así, seguiríamos la estela de tantos juristas que, incluso negando su condición de partidarios del positivismo jurisprudencial, pretenden reducir toda la rica problemática que plantea la vida del Estado constitucional al aprendizaje acrítico de los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, haciéndonos además creer que únicamente es Derecho Constitucional lo que el supremo intérprete de la norma básica falla en sus resoluciones.

Questionando, como es lógico, semejante punto de vista para lograr «un ponderado y cabal entendimiento de los problemas constitucionales, cuyo origen, como puso de relieve Heller, se encuentra siempre en el ámbito de lo político», Ruipérez afronta el problema esencial de por qué las normas del hoy llamado «Derecho de la Unión Europea» se aplican directamente a los ciudadanos de los Estados, sin necesidad de su convalidación por parte de las autoridades estatales, o el de las transformaciones que, como consecuencia de ello, se han producido en el ámbito de los derechos fundamentales. En eso consiste para él, verdaderamente, tomar en consideración los problemas jurídicos y políticos que se derivan del propio concepto de ciudadanía comunitaria, y que, en todo caso, siguen siendo los que condicionan su desarrollo y evolución. Baste el ejemplo de las inevitables consecuencias que tiene la distinción entre *ciudadano* y *no ciudadano* para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, para apreciar las singularidades que plantea el propio concepto de «ciudadanía europea» en relación con el aparato conceptual elaborado por la clásica Teoría del Estado y de la Constitución. Y a este respecto, poco ayuda el origen inicialmente económico que tuvo la integración europea (*Mercado Común*, colaboración interestatal tendente a la colaboración en materias económicas para obtener unos beneficios mayores de los que se derivarían de la actuación individual de los Estados), y que todavía hoy tiene un peso decisivo en el mismo proceso de integración. No debe extrañar por tanto que, aún hoy, «la tan enfática y solemnemente proclamada *ciudadanía europea* presente unos perfiles singulares respecto de los que al instituto de la ciudadanía suelen atribuírsele desde el más sólido y consolidado aparato conceptual acuñado sobre aquél por la clásica Teoría del Estado y de la Constitución». Y, evidentemente, la primera y más importante de esas singularidades, que diferencian a la ciudadanía europea de la que se corresponde con el clásico concepto acuñado y empleado tradicionalmente desde los esquemas del constitucionalismo, tiene que ver con lo que, desde

el pensamiento político democrático, se ha considerado el primero y más importante de los derechos derivados de la ciudadanía: *la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales*. Se comprende así que, de manera prácticamente unánime, se haga referencia no solo al patente *déficit* democrático en la construcción europea, sino también, a las muy pocas posibilidades de que este llegue a ser corregido, al menos en un futuro inmediato. En este sentido, lo acaecido desde que la España de 1978 ratificó el Tratado de Maastricht de 1992, solo podría explicarse desde los esquemas conceptuales desde los que Jellinek teorizó sobre la *mutación constitucional*.

Resulta asimismo meridiano que tal transformación (amparada en nuestro caso por el artículo 93 de la Constitución) ha sido posible, y además sin que haya discusión sobre su viabilidad, por la propia realidad de lo que hoy es la Unión Europea. En efecto, el que todos hayan aceptado este fenómeno se explica por el hecho de que en el ámbito geográfico de la Unión de Estados de Derecho Internacional europea es factible predicar, como hizo Häberle en 1993, la existencia de un «Derecho Constitucional común europeo». Esto es, el que todas las normativas fundamentales que rigen la vida las colectividades particulares confederadas, se encuentran inspiradas por unos mismos principios y unos mismos valores, los cuales, en todo caso, se hacen especialmente patentes en relación con los derechos fundamentales.

Otra cosa ocurre, sin embargo, con los específicos derechos inherentes a la *ciudadanía europea*. Por ejemplo, la modificación (exigida por el Tratado de la Unión y avalada por la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional) del artículo 13.2 de la Constitución española para reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, la posibilidad de que los ciudadanos europeos no españoles puedan ser elegidos concejales en los comicios municipales, plantea algunas consideraciones de interés. Para empezar, de la citada Declaración del Tribunal Constitucional se deriva la vigencia y efectividad real del principio de supremacía constitucional en el ámbito de la España de 1978. En segundo lugar, el Tribunal entendió que nuestro sistema jurídico y político descansa sobre una Constitución rígida, que a partir de su artículo 95 se tradujo en la necesidad de reformarla para evitar la contradicción con el tratado.

El gran interrogante, en todo caso, tiene que ver con la vocación democrática de una unión de Estados de Derecho Internacional, cuyos integrantes se definen como Estados constitucionales. La respuesta vendría condicionada, al menos por dos elementos nada fáciles de conciliar: por una parte, la soberanía estatal está en entredicho como consecuencia de la integración económica y política; por otra, y salvo la excepción mencionada de las elecciones municipales, y la de las elecciones al Parlamento Europeo, se mantiene la inicial resistencia a extender los derechos de participación política a todos los ciudadanos europeos.

VI. La constitucionalización de los derechos y su eficacia en el contexto globalizado

La fuerte vinculación académica del profesor Ruipérez con universidades mexicanas, le convierte en profundo conocedor de la llamada *Constitución de Querétaro* de 1917. Considera nuestro autor que se trata de «la gran desconocida», aun teniendo una trascendencia difícilmente cuestionable, sobre todo desde el punto de vista de un jurista español. Al respecto, baste considerar que, «junto con la también venerable Constitución de Weimar, la Constitución española de 1931 se inspira en gran medida en la Constitución mexicana: toda la parte de los derechos fundamentales en la Constitución de 1931 está inspirada tanto en Weimar como en Querétaro. Pero además, el constituyente de 1931, recogiendo la gran novedad del constitucionalismo democrático y social, que no es otra que la constitución de los derechos sociales, establece al mismo tiempo el recurso de amparo, imitando el modelo mexicano». En este sentido, reivindica Ruipérez la necesidad de estudiar mucho más en profundidad la importancia de la Constitución mexicana de 1917, y tomar conciencia de que fue ahí donde empezó realmente la protección de los derechos fundamentales sociales y, por extensión, todos los derechos atinentes a la dignidad de la persona. Además de lo dicho, la Constitución mexicana recoge perfectamente el pensamiento democrático de la primera veintena del siglo XX, que es el reconocimiento del Derecho Internacional como *Derecho de la paz*: la idea de que México respeta a todos los Estados, y que no interfiere en ninguno, queriendo estar en paz con todos ellos.

Por otro lado, y en el contexto de la gobernanza global, la tesis del profesor Ruipérez puede resumirse en que no puede haber «derechos humanos» entendidos como «derechos fundamentales», en la medida en que el mundo global (tampoco la Unión Europea, como se comentó en el apartado anterior) no es un Estado. Retoma aquí Ruipérez los planteamientos del maestro De Vega, en el sentido de que solo en el marco del Estado el hombre es portador de derechos y puede hacerlos eficaces. En el mundo globalizado, lo que puede haber es una suerte de «libertad natural», pero su eficacia será necesariamente muy limitada.

En el contexto del Estado constitucional, los tratados internacionales de derechos acaban siendo derecho interno porque así lo quiere la Constitución (art. 96 CE), y acaban siendo además instrumentos de interpretación de los derechos constitucionales (art. 10.2 CE). Sin embargo, el fenómeno global de la aparición de elementos populistas claramente antidemocráticos (herederos de la argumentación hobbesiana con la que Schmitt pretendía otorgar legitimidad a los totalitarismos del período de entre guerras), pone en serio peligro la eficacia de los derechos. Tampoco parece que esa «libertad natural» característica del escenario globalizado aporte mayor eficacia a los derechos humanos. Lo importante es mantener la vigencia de la *Democracia constitucional* en todos los Estados democráticos, tal y como queda explicado en anteriores apartados.

Considera oportuno Ruipérez, a este respecto, llamar la atención sobre el hecho de que México siempre ha sido pionero y modélico en la protección de los derechos. Lo fue en el Estado constitucional liberal, constitucionalizando el juicio de amparo (aportación del intelectual de Jalisco Mariano Otero), ochenta años antes de que Kelsen contribuyera a introducir el Tribunal Constitucional en la Constitución austríaca de 1920. Y lo fue en el Estado social y democrático de Derecho, siendo el primer país que se dio cuenta de que, puesto que estos derechos se desenvuelven en las relaciones entre particulares, era necesario extender el amparo a estas relaciones interpersonales, que es, a veces inconscientemente, lo que la jurisprudencia y la doctrina europeas llaman la *Drittwirkung der Grundrechte*, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En el contexto actual, no solo los gobernantes, sino también y sobre todo los ciudadanos debemos tomar conciencia de que, a fin de cuentas, el Derecho puede tener una virtualidad muy escasa; y para que los derechos sean auténticamente *fundamentales*, es necesario que exista lo que Konrad Hesse llamaba la «voluntad constitucional», el deseo de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Y si el gobernante no lo hace, corresponderá al gobernado exigir que la Constitución se cumpla.

VII. La defensa de la Constitución a través de su rigidez

La exigencia de que toda revisión constitucional haya de verificarse mediante un procedimiento distinto y más agravado que el que ha de observarse para la aprobación, modificación o derogación de la legislación ordinaria, ha de actuar como un filtro adecuado y eficaz frente a reformas superficiales o irreflexivas que pretendiera llevar a cabo una eventual mayoría parlamentaria. Esta afirmación de Contini nos introduce en las consideraciones que el profesor Ruipérez realiza (por ejemplo en «Un problema capital para las ciencias constitucionales») sobre la reforma constitucional como primer mecanismo jurídico de defensa de la supremacía constitucional.

Señala a este respecto nuestro autor que los primeros revolucionarios liberal-burgueses no fueron tan ingenuos como para creer que bastaba con la afirmación del texto constitucional como expresión del poder constituyente titular de la soberanía, para que de modo efectivo y real dicho texto adquiriera la condición de verdadera e incuestionable *Lex superior* del ordenamiento. Por el contrario, comprendieron que, para ello, era necesario articular algún mecanismo jurídico que, al preservar la voluntad del constituyente frente a la actuación normativa del legislador ordinario, otorgase tal condición a la Constitución.

Ese mecanismo jurídico fue la *rigidez constitucional*, que hizo su entrada en la historia con la aprobación del artículo V de la Constitución estadounidense de 1787, y que encontró en James Bryce (*Constituciones flexibles y*

constituciones rígidas, 1901) su más brillante expositor en el ámbito teórico. Estamos, en suma, ante el primer instrumento jurídico de defensa de la Constitución. Ello se explica por cuanto que, con la técnica de la revisión, esto es, con el establecimiento por parte del constituyente de un procedimiento específico, distinto y usualmente más agravado que el previsto para la aprobación, modificación y derogación de la legislación ordinaria (que es en lo que se concreta la rigidez constitucional), se da auténtica realidad, sentido y significado al principio de jerarquía normativa; y ello se hace de modo muy preciso, en la medida en que, como señalaba Jellinek, el establecimiento de ese procedimiento especial para llevar a cabo su modificación formal, lo que hace es otorgar al Código constitucional una cierta superioridad formal sobre las normas del Derecho ordinario. También Georges Vedel se refirió a esta circunstancia al indicar que la rigidez constitucional se representa generalmente como una consecuencia de la supremacía de la Constitución: ello es exacto desde el punto de vista político, pues si se dota a la Constitución de ese carácter rígido es para garantizar su supremacía; mientras que, en el plano jurídico, sucede igualmente que, si la Constitución no fuera rígida, no se la podría distinguir desde el punto de vista formal de las leyes ordinarias.

Los más complejos problemas de la Teoría constitucional terminan siempre por conducirnos al ámbito de la rigidez constitucional. Sin embargo, la manera en que se articula esta figura jurídica no resulta difícil de entender si se parte no ya solo de la dicotomía entre *poder constituyente* y *poderes constituidos*, sino de la distinción a tres bandas entre *poder constituyente*, *poder de reforma constitucional* y *poder legislativo ordinario*.

Ya desde las aportaciones debidas a Sieyès, el *poder constituyente* se caracteriza por ser un sujeto fáctico, político-existencial y revolucionario, que ejerce un poder absoluto, soberano e ilimitado en su contenido, formal y material, de su voluntad. En cuanto la Constitución entra en vigor, dicho poder quedará en un estado de letargo, situado al margen de la escena política; y solo saldrá de ese estado cuando, por haberse roto la identidad entre el conjunto de principios y valores que hicieron que el código político fundamental fuera aprobado como lo fue (Heller), esto es, cuando se produzca el divorcio entre la Constitución formal y la Constitución real (De Vega), surja de manera espontánea en la sociedad la ineludible necesidad de abrir un nuevo proceso constituyente; y esta es la razón por la que el poder constituyente no se encuentra, ni podría encontrarse, sujeto a ninguna norma jurídica. De ahí que no tenga sentido lo dispuesto en algunas constituciones modernas, que no solo establecen el procedimiento para llevar a cabo su reforma, sino también el que habría de observarse para aprobar un nuevo texto constitucional.

En cuanto al *poder de reforma constitucional*, se trata de un poder normativo extraordinario en la medida en que, siempre en condiciones de normalidad, es el único sujeto facultado para operar en el ámbito normativo de la

Constitución formal. Ahora bien, en la medida en que, precisamente, ha de actuar dentro de esa determinada Constitución, y con respeto escrupuloso a los principios de legalidad y legitimidad, dicho poder de revisión, incluso cuando el proceso acabe en la celebración de referéndum o, en su caso, tenga por objeto una *revisión total*, únicamente puede considerarse como un *poder constituido* que, como tal, se encuentra limitado en el contenido formal y material de su voluntad.

Después de mencionar la específica fuente del Derecho existente en ordenamientos como el alemán o el italiano (las «*leyes constitucionales*»), y de explicar la notable diferencia existente entre las tradiciones constitucionales estadounidense y europea, el profesor Ruipérez prefiere centrarse en el patológico comportamiento consistente en excluir la participación de los ciudadanos en todas las fases del proceso de enmienda (no solo en textos rígidos más o menos democráticos de la Europa decimonónica), y acogerse a la propuesta de quienes, como Pergolesi, han apuntado que toda revisión constitucional debería, incluso aunque no esté así recogido expresamente en el texto, ser sometido a la ratificación del pueblo mediante referéndum. Con ello no se trataría de convertir al poder de reforma constitucional (poder constituido extraordinario) en un «poder constituyente juridificado», sino de evitar que el poder de revisión constitucional se convierta en un «soberano apócrifo» (siendo como es el referéndum no un acto de soberanía, sino un mero acto de control). Y esta propuesta de Pergolesi es la que ha ido abriéndose paso en el Derecho Constitucional comparado, y la que adquiere la máxima expresión de necesidad en aquellos supuestos en los que la revisión constitucional se lleva a cabo en una única legislatura, y además por el mismo órgano que ejerce el poder legislativo ordinario. Y ello por la sencilla razón de que, en contra de lo argumentado por los partidos mayoritarios en 2011 para rechazar la celebración del referéndum facultativo al que se refiere el art. 167 CE con ocasión de la reforma del art. 135, no siempre puede darse por supuesto que, porque la reforma sea deseada por quienes ocupan las posiciones mayoritarias en el Parlamento, la misma sea querida también por los ciudadanos.

En definitiva, lo adecuado sería que el proceso de reforma se llevara siempre a cabo de acuerdo con el célebre aforismo «democracia, luz y taquígrafos», y que, en el contexto actual, incluso se pudiera fomentar la participación ciudadana a través de foros. Sería bueno facilitar la máxima participación popular si finalmente se consigue abordar el proceso de reforma. Por supuesto, entiende Ruipérez, es necesario reformar, pero limitar la reforma a *temas concretos*. No hay que *cambiar la Constitución*, porque el conjunto de principios y valores que operaban en la España de 1977-78 es en esencia el mismo que tenemos hoy, por lo que una hipotética *nueva Constitución* sería muy parecida, si de verdad es Constitución. En cierta manera es lo que sucede en México: los valores siguen siendo básicamente los mismos en 1917 que

ahora. Por eso lo adecuado es reformar, corregir errores y actualizar el texto. Y no es lo mismo estar de acuerdo en la necesidad de la reforma que estarlo acerca del contenido de la misma⁵.

VIII. El papel de la jurisdicción constitucional

Determinados ejemplos, como los proporcionados por la monarquía constitucional alemana, o la tendencia hobbesiana de los prácticos de la política a convertir los parlamentos en sujetos soberanos, hablan por sí mismos de la *insuficiencia del principio de rigidez* para, por sí solo, erigir definitivamente a la Constitución en la posición de *Lex Superior* del ordenamiento jurídico estatal. Así supieron verlo, entre otros, Jellinek o Kelsen, aunque, desde 1803 ya se había puesto en marcha la *judicial review* en Estados Unidos con la célebre sentencia *Marbury versus Madison*, debida al juez Marshall. Y es que de nada sirve establecer un procedimiento especial para llevar a cabo la modificación formal de la norma fundamental, si al mismo tiempo no se faculta a algún órgano del Estado, el *juez constitucional*, para fiscalizar «que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la

5 El ejemplo típico nos lo proporciona el eterno debate en torno a la reforma del Senado, respecto del cual existen diferentes propuestas. Explica Ruipérez que están, por una parte, quienes quieren copiar el modelo alemán, lo cual no deja de ser peligroso: las instituciones jurídicas y políticas operan donde operan (por ejemplo, el presidencialismo ha sido un factor de democratización en Estados Unidos, pero en Iberoamérica, salvo en el caso de México o en Chile hasta el golpe de Pinochet, ha servido para ocultar dictaduras). El caso de un Senado conforme al modelo «Consejo Federal», decía Konrad Hesse que es algo propio de la historia alemana, que se explica por la historia de ese país, y que él creía que no iba a funcionar fuera de Alemania; de modo que incorporarlo a España no tendría sentido. La historia española y la alemana no tienen ningún punto en común. En segundo lugar, estarían quienes pretenden un Senado como el de Estados Unidos. Para ello habría que modificar en España la figura del «senador provincial» (tres quintas partes del total) que, al igual que los diputados, representan a los ciudadanos. Se trataría de convertir a todos los senadores en «autonómicos». En tercer lugar, una propuesta formulada desde algún sector socialista y secundada por el partido Ciudadanos, consistiría en suprimir el Senado; ello enlaza, por cierto, con lo que había defendido la izquierda democrática durante el debate constituyente: en ese momento, los grupos de oposición democrática al franquismo, salvo los democristianos, eran partidarios de un parlamento unicameral. Como la UCD y los partidos de derecha querían el Senado, se decidió incluirlo, convirtiéndolo, como señala, el artículo 69 CE, en cámara de representación territorial. En realidad, el Senado no es otra cosa que un residuo contractualístico, que vino condicionado en Estados Unidos y en Alemania por la situación previa de Confederación; pero no se entiende en los Estados que no hemos tenido ese pasado confederal.

En definitiva, parece todavía demasiado lejano el acuerdo sobre lo que se pretende hacer con el Senado. Se teme el profesor Ruipérez, y no solo él, que el incluir el Senado entre las materias que se quieren reformar, acabará suponiendo el fracaso de la reforma, como ya ha sucedido en otras ocasiones.

decisión del Constituyente tal y como quedó objetivada en las normas constitucionales» (García Pelayo), garantizando así que la revisión constitucional se verifique de un modo válido, lícito y legítimo.

Surge así la problemática de la *jurisdicción constitucional* (cuyo origen, como el de la propia institución que viene a garantizar, se encuentra especialmente vinculado a la técnica del federalismo) que, caracterizada por el propio Kelsen, es, ante todo y sobre todo, *control de constitucionalidad*. Lo hace, además, presentándose como un *mecanismo complementario a la rigidez constitucional*, aunque de manera excluyente para atender la necesaria dinamicidad del sistema, bien a través de su capacidad interpretadora, capaz de generar (o al menos de permitir que se materialice) el fenómeno de la mutación constitucional, bien provocando la puesta en marcha el proceso de reforma constitucional (como sucedió con la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional español). Y todo ello con una importancia y relevancia incuestionables, al actuar como ese gran instrumento de garantía, salvaguardia y perfeccionamiento de la Constitución en su conjunto, de obligatorio cumplimiento para gobernantes y gobernados.

Desde luego, no resulta ajeno a este mecanismo de defensa el peligro, cada vez más presente, que corre el Estado constitucional cuando los propios magistrados, acogidos a los planteamientos del más radical positivismo jurisprudencial (y apelando, siquiera de forma tácita, a la función de actuar como el *poder constituyente secundario* del que hablara Durand), pretenden convertirse en falsos soberanos. Ello sucede, explica el profesor Ruipérez, cuando entienden que su función no es la de salvaguardar la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, sino la de proceder a sustituir aquella mediante su actividad interpretadora. «Tal es, en efecto, lo que se desprende de la afirmación realizada por alguno de estos magistrados en el sentido de que hoy el Derecho Constitucional es, única y exclusivamente, lo que los jueces constitucionales dicen que es».

Se olvida así que, como pusieron de manifiesto autores como Schneider, Fix-Zamudio o De Vega, la única posibilidad de entender como admisible, y como compatible con la propia lógica y la esencia misma de la democracia constitucional, que un órgano sin legitimación popular democrática directa (como es el Tribunal Constitucional) pueda declarar la nulidad de la obra legislativa del Parlamento (cuyos integrantes se presentan como los representantes directos e inmediatos del pueblo) es la de exigir que el juez constitucional actúe siempre de conformidad con el principio de la *judicial self-restraint* (autodisciplina judicial), especialmente valorado por los dos primeros presidentes del Tribunal Constitucional español (Manuel García-Pelayo y Francisco Tomás y Valiente), y que necesariamente ha de materializarse en dos direcciones. En primer lugar, la de limitarse a declarar inconstitucionales únicamente las normas jurídicas ordinarias que, o bien desde un punto de vista formal no se han atendido al procedimiento legal o constitucionalmente previsto para su aprobación o modificación, o bien, desde un punto de vista

material, contienen soluciones que de manera clara e indiscutible se encuentran fuera del haz de posibilidades abierto por el constituyente. Ello, ni que decir tiene, se hace especialmente necesario en el contexto del Estado de Derecho democrático y social en el que, como consecuencia del pluralismo político y social, los códigos constitucionales van a tener un claro y marcado carácter antifolológico, abierto, imperfecto, inacabado e incompleto, de modo que todos los operadores jurídicos puedan desarrollar su programa de gobierno sin violentar la voluntad normativizada por el poder constituyente. Y en segundo término, realizando razonamientos de modo tal que no surja en la opinión pública la idea o la sospecha de que los magistrados leen en el texto de la Constitución lo que el poder constituyente no quiso decir, o la de que sus fallos, que son jurídicos, se encuentran exclusivamente motivados por razones políticas, ideológicas o partidistas. Tales tendencias sirvieron al profesor De Vega («Mundialización y Derecho Constitucional») para afirmar que los Tribunales Constitucionales, convertidos querámoslo o no en la clave de bóveda del edificio constitucional, muchas veces, y como consecuencia de su empeño en presentarse como los sustitutos del poder constituyente, se convierten en uno de los factores principales para la generación del caos.

En cualquier caso, concluye Ruipérez («Un problema capital para las ciencias constitucionales»), para llevar a cabo su tarea de modo correcto, los jueces constitucionales han de encontrarse facultados para fiscalizar la actuación del legislador ordinario. Y han de hacerlo, inexcusablemente, tanto desde el punto de vista formal como desde el material; y tanto si se trata de normas emanadas por el poder legislativo central, como si lo son por parte de los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima.

IX. Soberanía y poder constituyente en el estado políticamente descentralizado

Cuando se toma el llamado «problema catalán» como premisa para concluir que una reforma de la Constitución es necesaria, suele olvidarse que España es *una unión de ciudadanos, no de Estados*, con lo cual el asunto no se enfoca de manera correcta, dando por bueno y considerando admisible que una parte del Estado se sitúe en pie de igualdad con el Estado en su conjunto. Está además el problema (que curiosamente tiene el mismo origen) de que nos hablan de reformar *la Constitución*, e incluso hay quienes pretenden cambiar *de Constitución*, arguyendo que, al tener más de cuarenta años de vigencia, la mayoría de los españoles vivos no la votaron, por lo que ya no la sienten como suya.

Bien es verdad (responde el profesor Ruipérez ante estos planteamientos) que la mayoría de quienes hoy forman el pueblo español no votaron la Constitución. Pero ese razonamiento carece de consistencia, en la medida en que, en Estados Unidos, nadie ha votado la Constitución de 1787. Asimismo en

México se celebró en 2017 el centenario de la Constitución: ningún mexicano vivo votó la Constitución, y no parece que allí se sienta la necesidad de cambiar la Constitución porque ya no sirve después de cien años. Ahora bien, lo más curioso es que, quienes en España consideran obsoleta la Constitución de 1978, *están defendiendo la vigencia de fueros medievales*, concretamente del año 1420.

Suele hablarse, asimismo, de la necesidad de «federalizar» España. Frente a ello, el profesor Ruipérez pone de manifiesto que *España ya es de hecho un Estado federal*. El Estado federal es una forma política general que tiene distintas manifestaciones estructurales. Por eso la cuestión no es tanto «federalizar» sino que, quienes en este sentido se pronuncian, expliquen qué modelo de Estado federal quieren. Se percibe, en este sentido (y como ya se vio en el apartado VII en relación con el Senado) un claro interés por tomar como modelo Alemania. Pero sucede que, a lo largo de su historia, Alemania ha tenido muchos modelos de federalismo⁶. ¿Cuál de ellos se pretende emular? Da la impresión que se inclinan por el del imperio alemán. Pero ello conduce, a decir del profesor Ruipérez, al gran problema que está planteando el *catalanismo*. Y este no es el de que pueda independizarse Cataluña: España tuvo un origen histórico, y del mismo modo puede tener también un final histórico. El problema es que *nos estamos jugando la democracia*, porque la *Monarquía constitucional*, pese a lo atractivo que pudiera resultar el nombre, lo que escondía era el mantenimiento del Estado absoluto. Sea como fuere, lo importante sería *cerrar de una vez el proceso constituyente*, asegurando en todo caso que todas las materias de carácter o contenido social quedaran en manos de la organización política central; porque esta es la que actúa sobre todo el territorio y es la que, por tanto, está en condiciones de asegurar que los derechos sociales sean iguales para todos los ciudadanos.

6 Así, el de 1815, o el de 1856 (que fue la *Confederación Germánica*, una confederación muy rudimentaria con muchos elementos propios del feudalismo). Después vino la *Confederación Alemana del Norte* (1867), tras la cual nacería el *Imperio guillermino* (a partir de 1890). En este último, aunque supuestamente se trataba de un Estado federal, lo cierto era que la protección constitucional de la autonomía no funcionaba. Cierto es que había una Constitución rígida, pero también lo es que el rey de Prusia tenía el derecho de vetar cualquier reforma constitucional: bastaba con catorce votos en el *Bundesrat* para impedir la reforma, y el rey tenía diecisiete votos. Era, además, un sistema engañoso, porque formalmente parecía reconocer un alto grado de autogobierno a sus miembros pero era en realidad un sistema que tendía a la centralización, al unitarismo y, lo que es peor, desde una posición de hegemonía y privilegio de Prusia. Después vendría el modelo de la Constitución de Weimar (1919), que es donde realmente se crea el modelo federal alemán. Este modelo se caracterizó por un poder central muy fuerte, y poco autogobierno para los miembros de la federación. Finalmente, la Ley Fundamental de Bonn (1949), actual Constitución alemana, es la que da origen a lo que Konrad Hesse llamaría «*Federalismo ejecutivo*». Sin embargo, en 1997 se llevó a cabo una reforma en sentido centralizador, y otra aún más centralizadora en 2017.

Trasladando estas consideraciones, surgidas a raíz de la realidad española, a un ámbito teórico más general, no debe olvidarse, según Ruipérez («Un problema capital para las ciencias constitucionales») que en un Estado constitucional ya operante (en la medida en que el Estado constitucional está construido y debe ser explicado desde la lógica del iusnaturalismo contractualista), *no puede existir más soberanía que la de la Constitución*; que, como reconoció el propio Kelsen, *es la expresión normativa de la voluntad soberana del poder constituyente del pueblo*. El cual, en todo caso, va a mantener su soberanía a través de un Código constitucional que es obra suya (véase apartado II). Ello, evidentemente, no impide la comprensión del Estado políticamente descentralizado, en cualquiera de sus posibles manifestaciones, como un auténtico e inequívoco Estado constitucional. Así sucede, en efecto, con nuestro *Estado de las Autonomías*, por mucho que su gran artífice haya sido en la práctica el Tribunal Constitucional, con las distorsiones que ello genera (poder constituido ejerciendo funciones constituyentes, completando lo que en 1978 no se quiso, supo o pudo realizar, como alertaba el profesor De Vega).

Por todo ello, quienes, desde posiciones catalanistas extremas, afirman que la STC 31/2010 fue una especie de *golpe de Estado* o, como mínimo, una inconstitucional derogación del texto estatutario votado por el cuerpo electoral catalán, no toman en consideración que, como el propio Tribunal Constitucional ha sentado, las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, no dejan de ser normas jurídicas emanadas por los *poderes constituidos* del Estado y que, en cuanto tales, se encuentran subordinadas a la Constitución y han de ser interpretadas a la luz de esta. El texto constitucional de 1978 (conviene recordarlo, y así lo ha hecho reiteradamente el supremo custodio constitucional a partir de la STC 4/1981 de 2 de febrero, FJ 3.º) es la expresión normativa directa de la voluntad soberana del pueblo español, único titular legítimo del ejercicio de la soberanía en España. Los entes políticos descentralizados se presentan, pues, como titulares de derechos de autonomía, y nunca de derechos de soberanía.

Tal soberanía, además, no puede identificarse o confundirse con la *competencia sobre la competencia*, salvo que se pretenda imponer una interpretación confederalista del Estado autonómico español de 1978. Y ello porque, si el legislador estatuyente (en el que también participa el legislativo estatal) pudo determinar de manera individualizada para cada Comunidad autónoma el reparto competencial con el Estado, ello es porque la propia Constitución así lo autorizó, de manera que (como recuerda la STC 247/2007 de 13 de diciembre, FJ 7.º), los entes autonómicos no hicieron sino ejercer una facultad constitucional, actividad jurídica reglada y limitada, y en ningún caso un acto de soberanía. Por ello, acertó la STC 31/2010 al negar la posibilidad de que los integrantes del cuerpo electoral catalán pudieran pretender erigirse en la posición de pueblo soberano, que únicamente corresponde a la totalidad de los ciudadanos españoles, siendo así que la posición de código

jurídico-político fundamental no corresponde a los Estatutos de Autonomía, sino al texto constitucional de 1978. Esta es también la razón por la que la STC103/2008 había cerrado la puerta a la celebración de referendos secesionistas.

X. Conclusiones

Si resulta compleja la tarea, intentada en páginas anteriores, de exponer en apretada síntesis algunas de las líneas maestras que definen el discurso científico del doctor Ruipérez Alamillo, más ha de serlo condensar lo más destacado de su fecunda labor de reflexión y estudio en unas breves pinceladas conclusivas. Aun así, la tarea se verá facilitada si logramos trasladar al lector algunos rasgos que bien pueden caracterizar dicha trayectoria a modo de común denominador: la defensa a ultranza de la democracia constitucional, el conocimiento enciclopédico de los fundamentos doctrinales sobre los que se asienta nuestra disciplina, la asunción y desarrollo de los planteamientos del recordado profesor De Vega y el incansable afán por remar contra corriente, por ser la voz que clama en el desierto de un positivismo jurisprudencial cada vez más sumiso y resignado. Todo ello puede concretarse, sin pretensión alguna de exhaustividad, en los siguientes postulados:

1. Desde su concepto moderno, técnico, actual y estricto (que es al que, a pesar de los pesares, aún ha de reconocérsele una vigencia plena y validez universal), tan solo cabe hablar de *Constitución* para referirse al instrumento de gobierno surgido a partir de un momento histórico determinado: los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses acaecidos en Estados Unidos y Francia a finales del siglo XVIII, que tienen un sustrato teórico común: la confrontación entre los presupuestos del pensamiento político liberal y los del pensamiento político democrático, que acaban por consagrar los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional. Dichos principios vendrían a ser la solución dada por los revolucionarios burgueses a la gran pregunta de la humanidad sobre el modo de organizar la comunidad política desde el punto de vista jurídico; y la respuesta no es otra que la necesidad de conciliar las ideas de libertad y democracia para que, con ello, el individuo fuera realmente libre.

2. No puede olvidarse la estrecha relación que existe entre el principio democrático y la rigidez constitucional, por un lado, y la jurisdicción constitucional por el otro, para lograr la efectividad real del dogma jurídico de la supremacía de la Constitución. De hecho, las enseñanzas de Jellinek, Kelsen o De Vega nos muestran claramente que, como si se tratara de dos caras de la misma moneda, «la rigidez constitucional adquiere su auténtica entidad, realidad y eficacia cuando, junto a ella, existe en el Estado la jurisdicción constitucional».

3. De su asidua participación en foros académicos mexicanos, extraemos la reivindicación, por parte del profesor Ruipérez, de la primera Constitución del constitucionalismo democrático y social; y la especial necesidad de esa vindicación en este confuso momento en el que resurgen los populismos e impera eso que algunos llaman «liberalismo tecnocrático», que realmente no es otra cosa que un «neototalitarismo tecnocrático». México tiene que volver a reclamar el espíritu de libertad que siempre ha tenido su pueblo, y que le sirvió para convertirse en país de acogida de tantos hispanos que han vivido episodios de dictadura.

4. Los problemas, retos o amenazas que en el momento actual se presentan para la vigencia del principio de supremacía constitucional, no son únicamente *externos* (mundialización), sino también *internos*. Al menos:

- a) Falta del buen funcionamiento y de la necesaria complementariedad entre rigidez constitucional y control de constitucionalidad para garantizar la defensa de la Constitución. Si la reforma constitucional no puede ni debe ser algo habitual o cotidiano, tampoco traerá buenos resultados el excesivo temor de acudir a ella, dejando así en manos del Tribunal Constitucional la responsabilidad casi exclusiva de actualizar la Constitución, en este caso, por vía interpretativa.
- b) Ausencia de una verdadera separación y diferenciación de poderes: no tanto entre legislativo y ejecutivo (que, como se ha visto, actualmente debe entenderse en términos de mayoría-oposición) sino, sobre todo, entre poder constituyente y poderes constituidos. Se puede constatar fácilmente que, cada uno a su manera, Parlamento, Gobierno y Tribunal Constitucional se arrogan facultades que deberían haber sido acometidas por el poder constituyente, o afrontadas por el poder reformador de la Constitución. Asistimos además al poco edificante espectáculo en el que ya ni siquiera se desmonta la Constitución «desde dentro» de los poderes, sino mediante frecuentes pactos al margen de los propios órganos.

5. El panorama descrito exige más que nunca, a los docentes y estudiosos de las ciencias constitucionales, reflexionar sin descanso sobre los fundamentos del Estado constitucional mismo; y ello, aunque solo sea para «al modo hesiano, estar en condiciones de alcanzar un cabal y ponderado entendimiento de cualquiera de los ricos y variados problemas que plantea el Derecho Constitucional positivo del Estado de que se trate, desde la comprensión global del sistema». Más aún cuando, como advertía el maestro De Vega (y el tiempo no ha hecho sino darle la razón), lejos de constituir materias definitivamente concluidas, continúan siendo temas sin resolver. La necesidad de esa «permanente e inacabable reflexión» es quizá la principal enseñanza extraíble de la obra del profesor Ruipérez, y adquiere la dimensión de reto y compromiso para quien, desde estas páginas, contribuye a su homenaje y reconocimiento.

XI. Bibliografía

DE VEGA GARCÍA, P.:

- «Prólogo» a DE CABO DE LA VEGA, A., (edición, notas e índice), *Constitución española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1996.
- «Prólogo» a DE VEGA, P., (ed.) y otros, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, obra colectiva, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.
- «Prólogo» a RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidad de La Coruña, 1995 [en RUBIO NÚÑEZ, R., (edición y estudio introductorio), *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017].
- *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos (colección «Temas clave de la Constitución española»), Madrid, 1995.
- «En torno al concepto político de Constitución», en *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, obra colectiva, coordinador GARCÍA HERRERA, M. A., Ed. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, 1997, pp. 701-719.
- «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 100, 1998, pp. 13-56.
- «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, UNED, 1998, pp. 65-87.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:

- «Principio democrático y federalismo. El poder constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 3, 1999, pp. 517-557.
- «Federalismo y Estado autonómico», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 6, 2002, pp. 663-712.
- «Constitución y democracia. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13, 2003-2004, pp. 123-154.
- «Algunas consideraciones sobre las dificultades existentes en la Política y el Derecho Constitucional español para el entendimiento de la Reforma Constitucional como operación política limitada. Especial re-

ferencia a alguno de los problemas planteados por el artículo 168 de la Constitución de 1978», en *Estado Constitucional, Derechos Humanos, justicia y vida universitaria*, obra colectiva, directores CARBONELL, M., y otros, UNAM, México, 2015, vol. II, pp. 624-636.

— *La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela (A Coruña), 2017.

— «Consideraciones urgentes sobre algunos problemas jurídico-políticos de la ciudadanía europea», en *La ciencia del Derecho Constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo III, obra colectiva, coordinadores BAGNI, S.; FIGUEROA MEJÍA, G. A.; PAVANI, G., Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 1305-1336.

— «Una primera aproximación a la problemática de la eficacia jurídica de las leyes de reforma constitucional», en *La Reforma Constitucional y su Problemática en el Derecho Comparado*, obra colectiva, coordinadores WONG MERAZ, V. A.; LEÓN BASTOS, C.; SOSA CARRERO, J.L., prólogo de CANOSA USERA, R., México, VLEX (Colección «Politeia Constitución y Democracia»), 2017, pp. 339-421.

— *La «ciudadanía europea» y sus implicaciones para el Derecho Constitucional (un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna unión de Estados de Derecho internacional europea)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2018.

— «Cien años de Estado federal social, y su sedicente crisis actual. Consideraciones preliminares al estudio del federalismo social en el Derecho Constitucional del siglo XXI», Prólogo a M. CABANAS VEIGA, *El Federalismo Social. Un análisis comparativo sobre la eficacia del Estado social en los diferentes territorios en los que se inserta*, Ed. VLEX (colección «Politeia Constitución y Democracia», vol. IX), 2019, pp. 9-47.

— «Crisis de la representación política y sus posibles soluciones», *Coloquio Internacional Justicia, Constitución y democracia*, en *DA. Democracia Actual*, n.º 4, 2019, Registraduría Nacional del Estado Civil, Bogotá, Colombia, pp. 147-211.

— «Un juicio penal, no político», en *Fonte Limpia*, junio 2019, pp. 14-16.

— «Charles de Secondat en el Estado de partidos, o del pluripartidismo como materialización moderna del principio de división de poderes», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 46, UNED, 2020, pp. 211-240.

— «Un problema capital para las ciencias constitucionales. Algunas disquisiciones en torno al dogma político de la soberanía del pueblo y la supremacía de la Constitución», en *Centenario de los Tribunales*

Constitucionales. Tomo I. Estudios históricos, teóricos y comparados, obra colectiva, coordinadores ASTUDILLO, C.; ETO CRUZ, G., Universidad Nacional Autónoma de México, Thomson Reuters, 2021, pp. 375-425.

— «Consideraciones sobre el error en la votación telemática de la reforma laboral y la improcedencia de la interposición del recurso de amparo», en *Fonte Limpia*, Marzo 2022, pp. 22-25.

— «Algunas consideraciones a manera de prólogo desde las Ciencias Constitucionales», en *Retos y reflexiones para la protección del Estado Constitucional. Una visión comparada* (W.C.E. CUEVA RUESTA / D.D. LAZO TORRES, directores), Chile, Editorial Hammurabi / Jorge Zúñiga & Asociados, 2022, pp. 21-49.

Videos (conferencias y entrevistas):

RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:

— «Reflexiones sobre la Constitución por el Dr. Javier Ruipérez Alamillo», 4 de agosto de 2017: <https://www.youtube.com/watch?v=6VO-HUvqhrh4>

— «Reforma a la Constitución española – Dr. Javier Ruipérez», *Encuentro Internacional de Juristas*, 8 de enero de 2018: <https://www.youtube.com/watch?v=0pNwv-HRCsk>

— «Gobernanza Global y Derechos Humanos//Dr. Javier Ruipérez Alamillo», *Encuentro Internacional de Juristas*, 23 de diciembre de 2018: <https://www.youtube.com/watch?v=DKq18WtYCMQ>

— «El dogma político de la soberanía del pueblo y la supremacía de la Constitución»: *Conferencia on line para la Universidad de Colima* (México), 5 de junio de 2020: <https://www.youtube.com/watch?v=XE-pOCC9ZEM>

— «Dr. Javier Ruipérez Sistemas electorales», *Diplomado iberoamericano Constitucionalismo & Derechos fundamentales*, edición 2022, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 29 de mayo de 2022: <https://www.youtube.com/watch?v=SpbJFj6Lgt0>

CUARTA PARTE

Constitucionalismo, Constitución y Reforma

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Carlos Muñiz Díaz

Investigador del Centro de Investigación Ciencias Jurídicas.

Universidad Autónoma del Estado de México

dmcguitars1@gmail.com

Dulce Marlene Reynoso Santibáñez

Consejera Jurídica del estado de Morelos

Universidad Anáhuac-México Sur

dulce.reynosor@gmail.com

I. Introducción

La humanidad, tras experimentar múltiples formas de organización político-social para la vida en comunidad, ha llegado a concebir al Estado como la mejor o más útil de esas formas, por lo que resulta una gran conquista vivir en un Estado, y sobre todo actualmente en un Estado Constitucional de Derecho.

No es un logro menor que el hombre haya sido capaz de idear un mecanismo de defensa para frenar los abusos de poder, configurando al efecto todo un sistema de pesos y contrapesos para hacer posible la convivencia pacífica y respetuosa, que permita vivir en condiciones de libertad, igualdad y dignidad.

Sucede que el concepto y forma de Estado ha evolucionado, para transitar del Estado absoluto, a un estado ilustrado, donde si bien se generan ciertos matices o cambios en los fines para beneficio del pueblo, se hace sin la intervención del pueblo, y finalmente llegamos a un estado liberal decimonónico, en el que ya propiamente inicia la limitación del poder, y que se genera tras las grandes revoluciones: francesa, inglesa y estadounidense.

Este Estado liberal de Derecho tiene como rasgos básicos, para efectos de este trabajo, primordialmente la existencia de una Constitución, que aparece:

1. El reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano, y
2. La división de poderes¹.

¹ Al respecto hay que tener en consideración que estos son los elementos básicos que delimitan a una Constitución según se desprende del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es decir, que por cuanto a este segundo aspecto, se configuran mecanismos concernientes a límites y reparto de competencias en el poder público: ejecutivo, legislativo y judicial.

Y ante la interrogante de cómo es que se garantizan esos límites, la respuesta sería con la existencia —en principio— de una Norma Fundamental o Constitución, y al efecto, es importante traer a colación que para Manuel Aragón la Constitución es: la «norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida»².

Ahora bien, al referir a la Constitución como norma jurídica suprema habría que preguntar qué es lo que le asigna esa calidad de supremacía o norma fundamental como le llaman otros autores, y al efecto, la respuesta implica dos vertientes: una formal que tiene que ver con la rigidez constitucional, y otra material que se vincula con su contenido axiológico, en el que se pondera como elemento trascendente los principios constitucionales.

Y precisamente de la vertiente formal, es decir, de la rigidez constitucional es de lo que se ha de ocupar el presente trabajo.

II. Defensa de la Constitución y rigidez constitucional

Cuando hablamos de defensa de la Constitución debemos entender no sólo a aspectos que tienen que ver con la vulneración o contravención de las normas constitucionales, que se controla o corrige a través de diversos instrumentos de control constitucional, sino que también hay que considerar que abarca la denominada normalidad constitucional, es decir, ha de comprender diversos mecanismos o instrumentos que coadyuvan al funcionamiento del sistema constitucional. De acuerdo con Fix Zamudio, el concepto de defensa engloba, por un lado, los mecanismos de protección constitucional y, por otro, las denominadas garantías constitucionales³.

Y dicho autor, continúa señalando que la protección constitucional se conforma por instrumentos que pueden ser de naturaleza política, económica, social y jurídica, que se incluyen en la norma fundamental para controlar el ejercicio del poder y asegurar que sus detentadores se sometan a la misma. De esa manera entre los mecanismos de protección encontramos aspectos

2 ARAGÓN, M., *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 27.

3 FIX ZAMUDIO, H., *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM-Centro de Estudios Constitucionales de México-Centroamérica, 1998, p. 25

como la división de poderes, la regulación del erario, la institucionalización de los factores sociales, la supremacía constitucional y el procedimiento rígido de reforma constitucional. En tanto que las garantías constitucionales constituyen la justicia constitucional o el control de la constitucionalidad, es decir, en este aspecto necesariamente estaremos en presencia de instrumentos procesales tendientes a lograr la eficacia y prevalencia de las normas fundamentales cuando exista conflicto o violación a las mismas⁴.

Definitivamente en todo Estado el sistema de defensa de la Constitución es un elemento *sine qua non* de la supremacía constitucional, pero en los Estados con descentralización política y gubernativa cobra mayor sentido y necesidad la existencia de mecanismos que busquen resolver los conflictos inherentes al funcionamiento de múltiples centros de decisión política.

Así, en los Estados en los que se configura una división vertical del poder entre distintos niveles u órganos de gobierno, se necesitan más garantías que aseguren a todos los niveles gubernamentales implicados un mínimo de estabilidad en sus respectivas funciones y competencias, dando como resultado que, en los Estados con descentralización, los mecanismos jurídicos para controlar la adecuación a la Constitución sean indispensables. En palabras de Ruipérez, el «texto constitucional ha de ser garantizado frente a los posibles excesos, tanto de los poderes federales como de los regionales»⁵, o dicho en palabras de Kelsen «se hace sentir aquí, más que en ningún otro caso, la necesidad (...) de un Tribunal Constitucional; porque cualquier violación de la competencia de la Federación por un estado miembro o de la de los estados miembros por la federación es una violación de la Constitución Federal»⁶

Al respecto, es innegable que la Constitución requerirá irse adecuando para responder a las necesidades que se vayan presentando con el devenir del tiempo, y en ese tenor Ruipérez señala que como la revisión constitucional es una actividad voluntaria para modificar la Constitución, esta labor implicará la necesidad de construir un conjunto de normas procedimentales para que las reformas se realicen; empero, no se agota ahí toda la trascendencia de la reforma constitucional, sino que formula un estudio en torno a tres elementos:⁷

- a) La reforma constitucional como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En este punto Ruipérez parte del paradigma de que la Constitución para desarrollar su función requiere estar dotada de cierta estabilidad. Apunta además que «el triunfo, en

4 *Idem.*

5 RUIPÉREZ, J., *La Protección Constitucional de la Autonomía*, Madrid, Tecnos, 1994, 132.

6 KELSEN, H., *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Madrid, Debate, 1988, p. 153.

7 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Una cuestión nuclear para la teoría del derecho constitucional: sobre la reforma de la de la Constitución y sus funciones en el estado constitucional democrático*, Coruña, Anuario de Facultades de Derecho da Universidade da Coruña, 1997, p.p. 461-497, disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1917/AD-1-25.pdf>

el ámbito político, de las ideas liberal-democráticas racionalistas es la causa determinante de que la necesidad de que el pacto de gobierno se consigne por escrito, adquiera no ya el carácter de una mera exigencia y aspiración teórica, sino el de convertirse en un elemento estructural básico de la propia Constitución, en el entendimiento de que, como, por ejemplo, señala Pérez Serrano, no es posible pensar en una Constitución liberal-burguesa sin imaginarse un texto, obra del Poder Constituyente, con la forma de Constitución escrita y rígida»⁸. Y refiere que ello es incuestionable, citando a Carl Schmitt en el sentido de que refiere que dicho autor acertadamente sostuvo que el elemento escrito en el Derecho Constitucional ha demostrado mayor estabilidad que la que caracterizaba a los instrumentos de gobierno anteriores al constitucionalismo moderno⁹. Y explica con una sencillez, pero no por ello sin profundidad en su argumento, que esto obedeció a la lógica de que la aparición de los textos constitucionales en el siglo XIX buscaba frenar los abusos de poder, y evidentemente el hecho de que las normas de reparto del poder constaran por escrito en un documento, además solemne y rígido, haría más fácilmente exigible su cumplimiento por parte de los ciudadanos hacia los gobernantes. En ese tenor, al constar por escrito la Constitución también implicará que «su contenido deviene estable y, en definitiva, protegido frente a posibles modificaciones, salvo que las mismas se realizaran también de manera formal y solemne»¹⁰. Al respecto, es importante agregar que no bastará el elemento de la escritura para dotar necesariamente de estabilidad a la Constitución, es decir, no estaremos ante una Constitución rígida por el mero elemento de constar por escrito, sino que lo medular será la dificultad de su enmienda. Y sobre este aspecto apunta Ruipérez que «la estabilidad y permanencia de la Constitución dependerá, en definitiva, de que su modificación haya de realizarse con observancia de un procedimiento distinto y más agravado que el previsto para actuar sobre las Leyes ordinarias. Surge, de este modo, el principio de rigidez constitucional, que, si en el plano teórico encontró en la obra de Bryce su primera y definitiva formulación, debe a los hombres de Filadelfia su primera manifestación normativa, en el artículo V de la Constitución norteamericana»¹¹. Pero enseguida el autor nos aclara que desde luego para una Constitución perdure requiere ser modificable, a fin de que res-

8 Cfr. PÉREZ SERRANO, N., «*El Poder Constituyente*», Escritos de Derecho Político, vol. 1, Madrid, 1976, p. 260, en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Una cuestión...op. cit.*, p. 466

9 SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p. 39, en Ruipérez, J., *Una cuestión...op. cit.*, p. 466

10 *Ibidem*, p. 466

11 *Ibidem*, p. 467.

ponda a las necesidades y cambios sociales que vayan generándose en el transcurso del tiempo y conforme la sociedad evolucione. Así «la modificación formal de la Constitución ha sido concebida y justificada como medio idóneo para subsanar los errores, políticos o técnicos, en que hubiera podido incurrir el Legislador Constituyente, errores cuyo mantenimiento podría deparar, incluso, la disolución para el propio cuerpo político. Desde esta concepción, se sostendrá que la operación de la reforma constitucional, sujeta, eso sí, a los trámites y requisitos previstos en la propia Norma Fundamental, y limitada por los principios y valores inalterables del orden social recogidos en ésta, no debe encontrar ningún tipo de obstáculo temporal para su puesta en marcha»¹². Lo que resume muy puntualmente en una frase al señalar que «la Ley Fundamental debe adaptarse a la Historia para conseguir sus fines»¹³. Al efecto considera a la reforma constitucional como un camino para evitar que la Norma Fundamental resulte obsoleta, de manera que al final de cuentas «la revisión constitucional se define como una técnica de defensa de la Constitución toda vez que, con ella, se logra la subsistencia de la realidad constitucional»¹⁴.

- b) La reforma constitucional como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Sobre este aspecto refiere Ruipérez que, si bien es necesaria la adecuación de la Constitución a la realidad, ello necesariamente debe realizarse sin trastocar la continuidad jurídica del Estado, es decir, sin que la Constitución pierda su calidad de estructura conformadora del Estado. Y en ese tenor, hace una serie de reflexiones el autor para indagar hasta qué punto la Constitución puede ser transformada, si ello implica sólo algunos aspectos o la totalidad del texto constitucional, y refiere que si bien en principio para el caso español «el Constituyente de 1977-1978, ... al renunciar al establecimiento de cláusulas de intangibilidad y abrir la puerta a la reforma total, se acepta sin reservas el mandato del artículo 30 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 29 de Mayo de 1793, según el cual el Poder Constituyente de hoy no puede limitar al Poder Constituyente del mañana»¹⁵, empero ello tiene sus matices porque considera que aun cuando se reformara la totalidad de la Constitución, el constituyente tendría que respetar tanto los principios que subyacen al constitucionalismo moderno como todos los principios y valores característicos de la Constitución que sea.

12 *Ibidem*, p. 469.

13 *Ibidem*, p. 470.

14 *Ibidem*, p. 471.

15 *Ibidem*, p. 479.

c) La reforma constitucional como institución básica de garantía. Esto lo explica Ruipérez con la expresión siguiente «Es necesario tener en cuenta que, al exigirse que toda revisión haya de verificarse mediante un procedimiento distinto y más agravado que el que ha de observarse para la aprobación, modificación o derogación de la Legislación ordinaria, la rigidez actuará como un adecuado y eficaz filtro frente a reformas superficiales o irreflexivas que pretendiera llevar a cabo una eventual mayoría parlamentaria. De esta suerte, no resulta exagerado afirmar que, con el requerimiento de procedimientos agravados para modificar la Constitución, se tiende a garantizar que se piense y madure suficientemente la necesidad de cualquier posible reforma, con lo que, en definitiva, no se está sino favoreciendo la permanencia y estabilidad del orden jurídico fundamental»¹⁶.

Como se ha visto, existen dos ámbitos que considerar en torno a la supremacía constitucional: uno formal vinculado por un lado con la rigidez y por otro con la autoridad competente para emitir las normas constitucionales, y otro material, cuyo contenido es axiológico y en el que se consideran como un elemento trascendente los principios constitucionales:

1. Supremacía formal: En principio, una Constitución es tal cuando «está protegida (o garantizada) contra la legislación 'ordinaria', en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes)»¹⁷. Por ende, la rigidez significa que la Constitución goza de un régimen jurídico especial de reforma, en comparación con el proceso de reforma que se sigue con las leyes. Al respecto, Del Rosario señala que Hans Kelsen «concebía a la Constitución como suprema por ser esta la que fundaba a todo el sistema jurídico»¹⁸.
2. Supremacía material: El respeto y protección de los Derechos Humanos (DDHH) vivió su cúspide en México el 10 de junio de 2011, al publicarse la reforma en la materia que implica cambios a la denominación del Capítulo I del Título Primero, así como los artículos 1.º, 3.º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II, de la Constitución Federal. Esta reforma trasciende de forma tal que cambia completamente la manera tradicional de la comprensión y alcances de los DDHH, porque pretende toda una estructura que robustezca su contenido y alcances,

16 *Ibidem*, p. 489.

17 CHÁVEZ, J. *Notas sobre la Rigidez en México (a propósito del centenario de la Constitución Mexicana)*, México, Revista Letras Jurídicas(24), 34, 2017, disponible en: https://cuci.udg.mx/sites/default/files/notas_sobre_la_rigidez_constitucional_en_mxico.pdf

18 DEL ROSARIO, M., *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*, Colombia, Universidad de la Sabana, 2011, p. 104.

dignificando a cada persona. En general, se trata de un avance en la protección de los DDHH sin precedentes, al no ser limitativa en ninguno de sus aspectos, buscando garantizar condiciones de igualdad, justicia y respeto a todas las personas como cimiento de la democracia, y también se sienta el concepto de interpretación conforme, estableciendo las nuevas bases para mejor entendimiento y manteniendo la supremacía constitucional y el principio de no contradicción con la Constitución al proteger a los DDHH bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, dándoles de igual manera a las instituciones encargadas de su protección las herramientas y mecanismos necesarios para su aplicación, vigilancia, observancia y operatividad, así como la fortaleza y veracidad que implica la reforma.

Con esta reforma se avala el derecho intrínseco de cada ser humano de ser respetado y, por tanto, tratado como individuo único e irrepetible, complementando ello con la garantía de que toda autoridad debe observar la Constitución, en concordancia con los tratados internacionales y demás leyes aplicables.

Así, la reforma de 2011 pone en el centro de la actuación del Estado mexicano a los derechos fundamentales, incluso por encima del esquema de distribución de competencias, que es connatural a la estructuración federal del país. Para materializar esa reforma, se han tenido que generar cambios y evoluciones en múltiples aspectos del sistema jurídico mexicano, ya que precisamente con ella se ha ponderado el verdadero valor y alcance del concepto de supremacía constitucional en su vertiente material o axiológica, potenciando la existencia y empleo de los principios, siendo el principal el denominado *principio pro persona*, que justamente busca que toda norma se interprete de la manera en que mejor proteja a los DDHH de las personas.

Por su parte, los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)¹⁹ también han tenido una evolución para que de alguna manera el concepto de supremacía ya no sea positivista y apegado de manera exclusiva

19 Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Registro n.º 172650. Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007 Página: 6 Tesis: P. IX/2007 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional. Rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

al aspecto formal que se vincula con el texto directo de la Constitución, sino dar pie a que por ejemplo el derecho internacional pueda nutrir con valores y principios nuestro sistema, de modo que ahora los tratados podrían estar por arriba de las leyes federales y dejar de presentar la igualdad que se observa en el mencionado artículo 133 de la Constitución Mexicana. Ahora bien, ello no debe preocupar a los ciudadanos ya que la Constitución está por encima de cualquier otro tipo de precepto, para la defensa de la autonomía y democracia del Estado, dando con ello seguridad jurídica a sus gobernados y una armonía a toda la legislación, de tal suerte que para aceptar y ratificar el tratado, debe estar de acuerdo con lo que manifiesta la Constitución, pues de lo contrario no tendrá validez en el territorio nacional y en el remoto caso de que se vulnerara lo descrito, el artículo 107 constitucional prevé la solución al decir que el amparo procede contra tratados internacionales, siendo así como los máximos tribunales determinan y defienden la supremacía constitucional material.

Sin embargo, debe señalarse que a recientes fechas, la mayoría de los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México determinó que los DDHH de fuente internacional a partir de la reforma al artículo 1.º constitucional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución mexicana, es decir, se les reconoce el mismo rango constitucional, pero que prevalecerá una restricción expresa en la Constitución, lo anterior conforme a la contradicción de tesis 293/2011.

Incluso recientemente el tema ha cobrado mucha relevancia al discutirse precisamente el tema de la prisión preventiva oficiosa que, si bien por el momento ha sido aplazado, no deja de generar debate en torno justamente a los dos aspectos de la supremacía constitucional: el formal y el material, ya veremos por cuál se decanta el máximo tribunal en México.

En esas consideraciones, si bien se podría considerar que el principio de rigidez constitucional en México constituye un mecanismo infranqueable que permite limitar el poder, la verdad es que en los hechos no ha sido capaz de alcanzar los propósitos para los cuales fue concebido. Por ende, en lugar de buscar otras soluciones antes de pensar en reformar la Constitución, para que la reforma fuese «el último recurso frente a una necesidad jurídico-política real y no aparente, evitando así, lo que podría ser denominado como una especie de ansiedad por reformar constantemente la Constitución»²⁰, sucede todo lo contrario. Además, se requiere potenciar la supremacía en torno a su ámbito material, a fin de dejar intocados los máximos principios y valores supremos de nuestro sistema jurídico en beneficio de las personas.

Sin duda, es evidente que, con el devenir del tiempo, se requieren cambios y modificaciones constitucionales, los cuales se realizan primordialmente a través de reformas o de mutaciones, a fin de que las adecuaciones o actuali-

20 CHÁVEZ, J. *Reflexiones sobre la Rigidez Constitucional: el caso mexicano*, México, XI Congreso REDIPAL, 2018, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-XI-18/t3/CRV-XI-01-18_JoseJChavez.pdf

zaciones se integren y formen parte de la Constitución. De esa manera, tales reformas y mutaciones son parte de la evolución constitucional.

Sin embargo, en esta investigación nos habremos de centrar en el análisis de la reforma constitucional, por cuanto a su implicación con la rigidez constitucional, y precisamente para entender esta última podemos recurrir a la distinción entre lo que se considera una Constitución flexible y una Constitución rígida.

Pues bien, siguiendo la clásica distinción de James Bryce²¹, a partir de la relación que existe entre la Constitución y las leyes ordinarias, clasificando a los documentos constitucionales en flexibles o rígidos. Una Constitución flexible es aquella cuyos mecanismos y garantías de protección constitucional son escasos o nulos y, por tanto, su solidez y permanencia están comprometidas²². «Por su parte, las constituciones rígidas, gozan de mecanismos que las hacen más resistentes en comparación con las leyes, es decir, poseen una autoridad superior con respecto a las otras leyes del Estado y son modificadas por un procedimiento distinto a aquel que reforma o crea leyes ordinarias»²³.

Ahora bien, debe tenerse muy en claro que la rigidez constitucional y la supremacía de la Constitución, si bien se implican, no se trata de dos cualidades que no puedan distinguirse. Así, la supremacía constitucional se refiere a «la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes»²⁴. Lo que, si bien puede significar que para garantizar la supremacía sea necesario recurrir a procedimientos especiales de reforma, eso no significa confundirla a ambas. En otras palabras, el hecho de que la reforma a la Constitución sea necesario hacerla formal y exprofesamente, con independencia de que el órgano que la modifique sea el mismo que aprueba las leyes y para ello

21 El punto de partida de Bryce es entre la diferenciación de las constituciones escritas y constituciones no escritas. Así, para el autor, el dato relevante será la relación que exista entre la Constitución y las leyes ordinarias. De tal forma, procede a la clasificación entre documentos constitucionales flexibles y rígidos, aludiendo que las constituciones flexibles son las más antiguas por establecer solamente una distinción formal entre leyes constituciones y leyes ordinarias.

22 BRYCE, J., *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1962.

23 CHÁVEZ, J., Notas... *op.cit.*

24 ALTERIO, A. *La relación entre Rigidez y Supremacía Constitucional: un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México*, México, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016, p. 213, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/revista-digital/enero-junio-2017>

se utilice el mismo procedimiento, ya hace que se pueda hablar de supremacía constitucional²⁵.

Como se mencionó, para que la Constitución sea efectiva debe responder a la necesidad del cambio, dados los requerimientos y la presión de una realidad socio-política. La modificación del ordenamiento constitucional reclama una tarea de elaboración normativa (derogando, enmendado, añadiendo preceptos al texto constitucional). De modo que la rigidez «en sentido amplio alude a la resistencia que todo sistema constitucional ofrece a las presiones y a las insinuaciones de modificación que provienen de la realidad social, política o económica. Es un fenómeno de naturaleza política dado que la firmeza del sistema constitucional vigente se apoya en la constancia de la voluntad política de los detentadores y destinatarios del poder, y perdurará mientras ésta subsista con fuerza suficiente para mantenerse»²⁶.

La rigidez se configura a raíz del procedimiento de reforma agravado, debido a que sólo de esa forma se provoca una relativa invariabilidad del texto de la Constitución, pero ello necesariamente ha de implicar, como ya se señaló, la existencia de un texto constitucional que establezca las pautas o mecanismos formales de la rigidez.

Muchos autores sostienen que en el tema de la rigidez constitucional se ha de atender a la gradualidad de la misma, por lo que Chávez refiere que Laporta señala que para ese efecto habrá que considerar los siguientes aspectos:²⁷

- a) En primer lugar, se ha de tomar en cuenta el número de instituciones políticas que participarán en el proceso de reforma. Y sobre este primer aspecto, el federalismo ya implica un grado de rigidez.
- b) Un segundo factor a considerar tiene que ver con el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma.
- c) Otro aspecto es la exigencia o no, de la participación ciudadana en el proceso. Ya sea a través de referéndum o convocando a unas nuevas elecciones para formar una asamblea que ratifique la reforma.
- d) Otra variable importante es el sistema de partidos, porque la rigidez constitucional exige mayorías reforzadas casi siempre, requiriendo entonces una cultura de coalición entre partidos.

25 *Idem.*

26 DÍAZ RICCI, S., *Rigidez Constitucional. Un concepto toral*. En Carbonell, M. *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 555, disponible en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/26.pdf>

27 CHÁVEZ, J., *Notas... op.cit.*

- e) También es un factor el hecho de que la Constitución se encuentre petrificada total o parcialmente, es decir, que haya o no ciertos enunciados constitucionales no sujetos a reforma constitucional.
- f) Si se contemplan cláusulas de enfriamiento, que funcionan como un mecanismo de demora de dos tipos: temporales y orgánicas. Las primeras obligan a posponer y reiterar la decisión en el tiempo; y las segundas «obligan a un replanteamiento en términos electorales de la composición del órgano decisorio, dilatando naturalmente el proceso de reforma»²⁸.

Tales factores y la manera en que se combinen dará lugar a diversas combinaciones que implican por su parte diferentes grados o matices de rigidez y de blindaje a la Constitución, lo que sin duda también recibe la influencia de las condiciones socio culturales que prevalezcan y los aspectos del sistema político electoral.

En efecto, el procedimiento de reforma constitucional rígido presenta diferentes elementos:

1. Elementos subjetivos, que tiene que ver con que la reforma sea llevada a cabo por un cuerpo legislativo especialmente elegido al efecto. Por ejemplo, la Constitución Argentina dispone que la reforma se efectuará por una convención convocada especialmente a dicho efecto. En Francia, el órgano especial se denomina «Asamblea Nacional» (modelo francés). También puede darse el caso que la propia institución parlamentaria sea la competente para elaborar las reformas constitucionales²⁹.

2. Elementos temporales, que es lo ya referido en el sentido de que haya cláusulas denominadas «de enfriamiento» prohibiendo modificaciones durante cierto periodo de tiempo. En Estados Unidos por ejemplo se prohibieron enmiendas de ciertas cláusulas hasta 1808, y en Argentina en 1853 se prohibía la reforma por 10 años. También se pueden fijar plazos para deliberaciones o aprobaciones sucesivas. Por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 preveía que debían sucederse 3 legislaturas con voto afirmativo, y como cada legislatura duraba dos años, en realidad se establecía un plazo de inmodificabilidad de 6 años. Otra posibilidad es la prohibición de revisión de la Constitución bajo determinadas circunstancias (como la Constitución francesa, en caso de ocupación del territorio, y la Constitución Española, que prohíbe la iniciativa de reforma en tiempo de guerra o durante la vigencia de algunos de los estados de excepción). E incluso se puede generar la obligación de revisar la norma constitucional después de determinados plazos,

28 *Idem*

29 DÍAZ RICCI, S., *op. cit.* p. 570.

como la Constitución de Polonia de 1921 que imponía el deber de hacerlo cada 25 años³⁰.

3. Elementos materiales, porque a veces se prohíbe la modificación de ciertos puntos de la Constitución. Por ejemplo, la forma republicana de gobierno (Constitución francesa, mexicana e italiana, la forma federal (Ley Fundamental de Bonn), o los derechos fundamentales (Ley Fundamental de Bonn). Estas cláusulas en los hechos definen cuestiones que por su trascendencia requiere no estar sujetas a una voluntad popular que responda a intereses personales o temporales, estableciendo por ende un factor de obstaculización insuperable, que da lugar a una «hiper-rigidez» constitucional, pero que a veces es deseable ante los abusos de poder³¹.

Ahora, algunos tipos de rigidez pueden ser considerados como un problema para la democracia. De manera que lo interesante será encontrar equilibrios para que, por un lado, existan mecanismos rígidos de reforma a la Constitución que la diferencien de la ley; pero al mismo tiempo, tampoco se genere una parálisis que impida la modernización y actualización de la Constitución conforme a la realidad social.

Como se ha expuesto, los mecanismos o grados de rigidez son un blindaje de defensa de la Constitución en términos de su supremacía, para que en conjunto con las garantías procesales de control constitucional se defienda el carácter de norma fundamental de la Constitución con respecto al resto del ordenamiento jurídico, y frente a cualquier detentador de poder.

De suerte que la rigidez constitucional se manifiesta de dos maneras:

- a) Como una fuerza de resistencia, y
- b) Como principios jurídicos que señalan directrices políticas que serán desarrolladas por las leyes subsecuentes.

III. Rigidez constitucional en México

La Constitución para Carpizo, al tratarse de un deber-ser, implica una perpetua adecuación entre norma y realidad, y ello responde a que la vida social se encuentra en constante movimiento, y alude a la alegoría de Heráclito de que si es como el agua de un río que nunca es la misma en idéntico sitio, entonces, «la Constitución habrá de modificarse para regular jurídicamente las nuevas situaciones, para proteger con la mayor eficacia los derechos humanos y para continuar el siempre inacabado proceso de perfeccionar el

30 DÍAZ RICCI, S., *op. cit.* p. 573.

31 DÍAZ RICCI, S., *op. cit.* pp. 573-574.

sistema democrático dentro de la realidad del país y sin descuidar las peculiaridades de su evolución política»³².

La Constitución Mexicana vigente desde 1917 se puede considerar rígida en el aspecto jurídico formal, pero en la práctica es constante y fácilmente reformada, porque la reforma constitucional «es vista como una práctica común, hasta podría decirse como necesaria en cada sexenio presidencial»³³. Y al respecto, pareciera que el pluralismo político y la fragmentación no trascienden ni suponen obstáculo alguno para que las reformas constitucionales prosperen.

Sucede que después del largo periodo de gobierno del PRI, los gobiernos del PAN no obtuvieron en el Congreso de la Unión representaciones suficientes para llevar a cabo por sí solos las reformas constitucionales, pero eso no fue obstáculo para que «A partir del sexenio de Vicente Fox (PAN-2000-2006) y posteriormente de Calderón Hinojosa (PAN-2006-2012) la Constitución no dejó de reformarse. Inclusive, en el segundo periodo del gobierno panista, se alcanzó la penosa cifra de 110 reformas constitucionales»³⁴. Y en el sexenio de Peña Nieto se «ha roto cualquier marca, logrando reformar 154 artículos»³⁵.

En términos de diseño normativo, para la reforma a la Constitución mexicana se ha de cumplir con lo estipulado en la Constitución Mexicana en su Título Octavo que lleva por título «De las reformas a la Constitución», conformado por el artículo 135, que dispone lo siguiente:

«La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas».

De lo anterior se pueden apreciar notas que conforman la denominada rigidez constitucional como es el hecho de que «aparentemente» se requiere una mayoría calificada en el Congreso de la Unión; y se dice aparentemente porque el artículo 135 citado habla de los miembros presentes y no de los integrantes del Congreso.

Al hablar entonces el artículo 135 constitucional de que se necesitan las dos terceras partes de los «presentes» de ambas Cámaras, hay que considerar que conforme al artículo 63 de la Constitución mexicana «Las Cámaras no pueden

32 CARPIZO, J., *La reforma constitucional en México. Procedimiento y Realidad*, México, *Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, p. 544, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/164>

33 CHÁVEZ, J., *Reflexiones... op.cit.*

34 *Idem*

35 *Idem*.

abrir sus sesiones ni ejercer su cargo sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más de la mitad del número total de sus miembros». De esa manera, como la Cámara de Diputados está compuesta por 500 integrantes y la Cámara de Senadores por 128, para llevar a cabo las sesiones y, por tanto, discutir, aprobar o rechazar iniciativas de reforma constitucional, «solamente se requiere que 251 integrantes de la Cámara de diputados y 65 integrantes del Senado, se encuentren presentes para dar inicio con la sesión, en tanto que la aprobación ha de darse por las dos terceras partes de los *presentes* en la sesión, esto es, el 66 %»³⁶. Por tanto, si únicamente se presentaran los 251 miembros solicitados según la propia Constitución, ello no significaría obstáculo alguno para aprobar una reforma constitucional con la baja cifra de 166 diputados de los 500 integrantes que conforman la Cámara de Diputados. Y en la Cámara de senadores, de presentarse únicamente la mayoría simple para sesionar, (es decir 65 personas) sería suficiente la aprobación de 43 integrantes de los 128 senadores totales, para reformar la norma jurídica de mayor importancia en México³⁷.

Otro aspecto que justifica la rigidez formalmente hablando, es que no interviene sólo el legislador ordinario, sino que la reforma emana de lo que la doctrina ha llamado el «constituyente permanente» o el «poder reformador de la Constitución», pues también se necesita la intervención de las legislaturas locales, quienes han de aprobar por mayoría (aunque en este caso simple), de forma que en México basta que 17 parlamentos locales se pronuncien a favor de modificar la Constitución.

Empero, de la transcripción al artículo 135 constitucional se puede apreciar que no resuelve algunos aspectos procedimentales como quiénes pueden presentar iniciativas de reforma constitucional, debiendo entonces recurrir a lo previsto en lo general en el artículo 71 de la Constitución mexicana, que refiere que el derecho de iniciativa y formación de leyes compete: al Presidente de la República; Diputados y Senadores del Congreso de la Unión; legislaturas de las entidades federativas; y, los ciudadanos, por lo menos al equivalente al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores.

Por otro lado, tampoco se hace alusión en el mismo artículo 135 al procedimiento de reforma constitucional en lo que toca tanto al interior del Congreso de la Unión, como de las legislaturas locales.

En ese tenor, respecto del proceso al interior del Congreso de la Unión, ello puede resolverse acudiendo al proceso legislativo ordinario contenido en el artículo 72 constitucional, conforme al cual «una iniciativa de reforma constitucional deberá discutirse en ambas cámaras del Congreso de la Unión, iniciando el debate en la denominada Cámara de origen, es decir, en aquella Cámara donde se ha presentado la iniciativa de reforma. Una vez discutido y aprobado el proyecto de reforma, será remitido a la colegisladora como Cámara revisora.

36 *Idem.*

37 *Idem.*

Completado el ritual en ambas cámaras, se enviará a los congresos locales para su discusión, tal como lo dispone el propio 135 constitucional»³⁸.

Ahora bien, posterior a la aprobación por ambas cámaras, se envía la minuta a las 32 legislaturas locales, bastando que 17 de ellas la aprueben. Sin embargo, el artículo 135 tampoco contempla qué mayoría se requiere para la aprobación de la reforma en cada una de las entidades federativas, es decir, no condiciona a que se deba aprobar el proyecto de reforma con una mayoría calificada de los integrantes de cada legislatura local.

Al respecto, Chávez cita a Carbonell en el sentido de que: «Al no señalarlo expresamente, se podría pensar, en un primer momento, que la mayoría necesaria sería una mayoría simple, ya que la existencia de mayorías calificadas solamente puede ser expresa y nunca entendida de forma implícita (es decir, no se puede deducir la existencia de una mayoría calificada en caso de un silencio normativo). Y esto es lo que debe entenderse, a menos que alguna disposición constitucional local establezca otro tipo de mayoría»³⁹.

No obstante, nuestra Constitución es rígida, porque en efecto prevé un procedimiento distinto al de modificación de una ley ordinaria, aunque como se ha mostrado la intensidad o grado de rigidez se encuentra un poco debilitada por las omisiones expuestas.

IV. Notas sobre la rigidez constitucional en Uruguay, Venezuela y Chile

En este apartado tomaremos como referentes a cuatro países para poder obtener conclusiones y experiencias que sirvan como modelo orientador o precedente al caso mexicano, para cuya finalidad se considerarán aspectos de Uruguay, Venezuela y Chile.

4.1. Uruguay

Al efecto se ha recurrido a una investigación de Espinoza quien hace un análisis de los casos de Uruguay, Venezuela, y Chile, conforme al cual concluye que las constituciones más flexibles no necesariamente producen democracias más débiles o reformas que debiliten la democracia. En tanto que estima que elevados niveles de rigidez pueden generar problemas de adaptación de los sistemas constitucionales a las demandas de su entorno⁴⁰.

38 *Idem.*

39 *Idem.*

40 ESPINOZA, R. *Flexibilidad constitucional y democracia: una revisión crítica a la teoría liberal. Explorando la experiencia de Uruguay, Venezuela y Chile. Revista de Estudios Políticos.*

Como ya se ha explorado una mayor o mejor calidad de la rigidez constitucional genera un impacto positivo sobre la democracia, porque se evitan cambios inesperados o indeseables a las reglas del juego democrático, en beneficio incluso de las minorías, y además se fortalece el nivel de consenso político.

Sin embargo, el autor expone el caso excepcional de Uruguay, que se rige bajo la Constitución de 1966, señalando que tiene pocas barreras para la reforma constitucional, siendo que, pese a esta menor rigidez, Uruguay es uno de los países con mayores niveles de democracia en América Latina. Al efecto, indica que, a pesar de sus reducidos requisitos para la reforma, la Constitución de 1966 tan solo se ha reformado en cuatro oportunidades (1989, 1994, 1996 y 2004), y que de esas reformas, dos han sido por iniciativa ciudadana, lo que muestra que existe en ese país participación de la ciudadanía en conjunto con los partidos políticos en el diseño de reformas constitucionales⁴¹.

Agrega que el artículo 331 de la Constitución uruguaya establece que la iniciativa de reforma constitucional corresponde al presidente de la república, la Asamblea General y la ciudadanía. En el caso del Ejecutivo, «para realizar modificaciones a la Constitución requiere la aprobación de la mayoría absoluta del total de miembros de la Asamblea General y la posterior aprobación mediante referendo. El poder legislativo puede enviar a referendo una iniciativa para la reforma constitucional con el apoyo de dos quintos de sus miembros. Finalmente, la ciudadanía, reuniendo el 10 % de las firmas del padrón electoral, puede someter a referendo una propuesta de reforma. Cabe destacar que en todos los casos para que sea aprobado el referendo se requiere de la mayoría de los votos emitidos, sumado a un umbral de participación electoral de al menos un 35 %»⁴².

De lo expuesto se aprecia que solo el Ejecutivo debe pasar por la Asamblea General antes de someter la iniciativa a referendo, ya que en el caso de la iniciativa ciudadana está previsto que se pasa directamente a referendo tras reunir las firmas requeridas, y por su parte en el caso del poder legislativo se contempla que con el apoyo de dos quintos de sus miembros puede pasar directo a referendo⁴³.

Como se puede observar, «el ordenamiento jurídico uruguayo tiene disposiciones relativamente permisivas para su reforma, no solamente por sus menores quórums legislativos, sino porque permite a la ciudadanía la posibilidad de introducir iniciativas orientadas a reformar la Constitución sometiendo directamente a consulta ciudadana sin necesidad de pasar por el poder legislativo»⁴⁴, empero «uno de los elementos interesantes de la democracia uruguaya tiene relación con que, pese a sus reducidos umbrales para reformas constituciona-

2021, p. 217, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/570593>

41 *Ibidem*, pp. 217-218.

42 *Ibidem*, pp. 224-226.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

les, no han existido reformas que tiendan a lesionar el sistema democrático. Esto rompe con una de las principales proposiciones del constitucionalismo liberal, que sostiene que mientras menos rígida sea una constitución más probable es que se imponga la llamada *tiranía de la mayoría*»⁴⁵.

4.2. Venezuela

Venezuela en la Constitución de 1961 estableció bases para el llamado Pacto de Punto Fijo, fundándose en un modelo de democracia de consenso denominado como *partidocracia*. Una de las principales características de dicha constitución fue su extrema rigidez. Para aprobarse una reforma, se establecía como umbral de aprobación la mayoría absoluta en ambas cámaras, además de «la aprobación de la mayoría en cada una de las asambleas regionales para, finalmente, en sesión conjunta de ambas cámaras a nivel nacional, escrutar y considerar como aprobadas las disposiciones que hayan contado con el respaldo de dos tercios de las asambleas»⁴⁶. Los únicos actores con poder de iniciativa eran el Congreso y las asambleas regionales. Esta rigidez permitió que la Constitución fuese reformada en tan solo dos oportunidades. La primera en 1973 respecto de cambios menores para presentar candidaturas presidenciales. La segunda enmienda llegó una década después, en 1983, modificando las reglas electorales en los consejos municipales y las asambleas legislativas, así como también la creación de las comisiones legislativas del Congreso y la rebaja de los quórumos legislativos para sesiones parlamentarias⁴⁷.

Pero uno de los grandes problemas que ha tenido el sistema constitucional venezolano es la falta de canales de participación, pues si bien el sistema de Punto Fijo implica rigidez, al ser la única forma de participación ciudadana mediante el sistema semicorporativo en el que los actores económicos y sociales podían ser escuchados, siempre y cuando participaran en el marco de las estructuras partidarias tradicionales. Y si bien «La partidocracia permitió una intermediación eficaz, pero aquellos grupos de la ciudadanía que gozaban de mayor autonomía frente al Estado y los partidos políticos se encontraron sin acceso a cauces institucionales que hicieran sentir su voz. Lo anterior, sumado a la ausencia de partidos que representaran a estos sectores y la no existencia de un partido o coalición reformista en esta materia, relegó a la clase media a un espiral de silencio que duró casi treinta años, a pesar de la promesa de extender la participación ciudadana más allá de la emisión del voto. No obstante, esta promesa se fue desvaneciendo en el tiempo. ...Complementariamente, las reformas constitucionales no contaron

45 *Idem*.

46 *Ibidem*, pp. 230-231

47 *Ibidem*, pp. 231-233.

con la participación de los electores en su diseño, por lo que el bloqueo constante a las demandas por participación directa permitió la penetración de nuevas ideas asociadas a la inclusión de la ciudadanía en los temas de interés público de forma sustantiva, amparados en el modelo de democracia bolivariana»⁴⁸.

Ese estado de cosas permitió que al inicio de la crisis económica (1984) se creara una comisión para la Reforma del Estado (COPRE), en un intento por buscar una solución política a la falta de respuestas satisfactorias por parte del sistema, lo que también llevó a la organización de los militares «conformándose el Movimiento Bolivariano Revolucionario 200, que ganó protagonismo político en 1989 y fue artífice de dos intentos fallidos de golpe de Estado, fruto de la parálisis institucional. Este panorama de mayor distanciamiento entre ciudadanía y partidos políticos ponía cada vez más de manifiesto el clamor de la sociedad por abrir mayores canales de participación directa»⁴⁹.

En el caso venezolano, la rigidez constitucional «impidió reformas que expandieran la participación política más allá de las elecciones, principalmente durante la parálisis institucional en medio de una crisis económica que llevó a dos intentos de golpe de Estado en 1992 y el posterior ascenso al poder de Hugo Chávez y el reemplazo de la Constitución de 1961 en 1999»⁵⁰.

4.3. Chile

La Constitución política de 1980 promulgada bajo el Gobierno autoritario de Pinochet fue diseñada para no sufrir cambios profundos, es decir, tiene una extrema rigidez. Se requieren quórumns legislativos de dos tercios (en un sistema bicameral), lo que se sumaba a un sistema electoral conocido como *binominal* que sobrerrepresentó a los partidos aliados del antiguo régimen, más la presencia de senadores vitalicios que otorgaron amplio poder de veto a los partidos Renovación Nacional (RN) y a la Unión Demócrata Independiente (UDI). Este sistema constitucional «ha sido denominado por la literatura como un sistema «sesgado hacia las elites» o como una «democracia semisoberana»⁵¹.

Refiere el estudio de Espinoza que «La rigidez del sistema constitucional era un objetivo perseguido por sus creadores, especialmente Jaime Guzmán, quién fue el principal asesor civil del régimen, cuyo propósito consistió en diseñar una serie de dispositivos destinados a neutralizar cualquier intento por parte de alguna coalición reformista una vez restaurada la democracia: “La Constitución debe procurar que, si llegan a gobernar los adversarios, se

48 *Idem.*

49 *Idem.*

50 *Ibidem*, p. 241.

51 *Ibidem*, pp. 236-238.

vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque —valga la metáfora— el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”. Tras el retorno a la democracia, la rigidez de la Constitución incentivó la formación de una democracia de consenso entre los principales bloques políticos del país, conocida como la “democracia de los acuerdos”⁵², aunque no hubo participación ciudadana, introduciéndose reformas menores a la Constitución hasta el año 2005, periodo en el que se realizó la mayor reforma al eliminarse la presencia de senadores vitalicios y la remoción del sistema electoral binominal de la Constitución, que pasó a ser únicamente una Ley Orgánica Constitucional. También se efectuaron otras enmiendas orientadas a reducir la influencia de los militares en los asuntos civiles⁵³.

Desde el año 2006 empiezan las demandas sociales para el reconocimiento de derechos sociales en un modelo constitucional en el que el Estado tiene rol subsidiario como parte de las reformas de mercado introducidas desde 1975. El primer movimiento social fue de estudiantes (2006), quienes deslegitimaron las leyes orgánicas constitucionales en materia de educación. Y en 2011 hubo otro movimiento de estudiantes universitarios, quienes demandaron que la universalización del derecho a la educación superior debía ser constitucionalizado, sin que dicha demanda llegara al nivel constitucional. «En conjunto, comenzaron a sumarse demandas por reformas al sistema de pensiones, reconocimiento de pueblos originarios, de minorías sexuales y derechos medioambientales. Pero ninguna de tales demandas logró ser exitosa, por lo que el elemento común entre todos estos movimientos fue uno solo: una nueva Constitución para Chile»⁵⁴. Michelle Bachelet, en su segundo periodo presidencial (2014-2018), recoge esas demandas, y genera un proceso constituyente que fracasó tras no superar la barrera de los dos tercios para introducir mediante la vía institucional mecanismos destinados al reemplazo constitucional. Empero, «Pese al fracaso del proceso, la gran mayoría de la opinión pública respaldaba una nueva Constitución, cuyo principal argumento estuvo basado en que el actual ordenamiento es incompatible con los tiempos actuales, y también por sus orígenes autoritarios»⁵⁵.

La demanda por una nueva Constitución vuelve a cobrar fuerza en 2019, iniciando con protestas de estudiantes, que al ser reprimidos violentamente se amplía a la ciudadanía en general, por lo que toman las calles de Santiago y del resto del país exigiendo cambios profundos al sistema político y económico, empezando pacíficamente pero, ante las represiones estatales, inician una serie de hechos de violencia como la quema de estaciones de metro y

52 *Idem.*

53 *Idem.*

54 *Idem.*

55 *Idem.*

saqueos a supermercados, ante lo cual el Gobierno decretó toque de queda a nivel nacional para restaurar el orden, declarando la guerra a los manifestantes. «El rechazo a la violencia estatal y la falta de respuesta del Gobierno para introducir reformas de fondo al sistema político y económico llevó a más de un millón y medio de manifestantes a las calles de Santiago a una masiva protesta pacífica que exigía, principalmente, una nueva Constitución. Finalmente, tras largas jornadas de protestas, tanto violentas como no violentas, junto a graves violaciones a los derechos humanos, el 15 de noviembre de 2019, el Congreso acuerda las bases para un plebiscito destinado a consultar a la ciudadanía su voluntad de reemplazar o mantener la actual Constitución. El plebiscito originalmente estaba contemplado para el mes de abril de 2020, sin embargo, producto de la COVID-19, el cronograma fue aplazado para el 25 de octubre de 2020»⁵⁶.

En el Plebiscito participaron 7, 569, 082 personas, convirtiéndose en la elección con la mayor cantidad de votantes desde la transición a la democracia, y superó a la cantidad de electores en el plebiscito de 1988. Además, ello significó el 50,95 % de participación, revirtiendo la baja progresiva desde 2012, cuando se determinó la voluntariedad del voto⁵⁷. Las opciones «Apruebo» y «Convención Constitucional» fueron las ganadoras por un amplio margen, tanto a nivel nacional —con 78 % y 79%, respectivamente— como a nivel regional. Con este resultado, se confirmó la realización de las elecciones de los convencionales constituyentes en 2021⁵⁸.

V. Conclusiones

De lo expuesto se ha visto que las Constituciones generalmente prevén reglas de cambio dentro de sus propios preceptos, porque es inevitable la adaptación permanente a circunstancias cambiantes, e incluso cuando no hay salidas institucionales se generan situaciones complejas o violentas que rompen con medidas extraordinarias la excesiva parálisis de un régimen como sucede en los casos de Venezuela o Chile.

Por ello, para que en México no ocurra lo mismo, pues mucho se habla de la posibilidad de ruptura del pacto federal, es que se busca encontrar una modificación al diseño de la rigidez constitucional para que sea la propia Constitución mexicana la que determine los extremos para su modificación y en qué casos se requería una condición especial para su procedencia.

56 *Ibidem*, pp. 236-239.

57 PÉREZ, V.R., Plebiscito 2020: la mayor participación ciudadana desde que el voto es voluntario, *La Nación*, 26 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.lanacion.cl/plebiscito-2020-la-mayor-participacion-ciudadana-desde-que-el-voto-es-voluntario/>

58 Servicio Electoral de Chile, disponible en: <https://www.servel.cl/centro-de-datos/procesos-electorales-detalle/?id=23>

Al efecto, debe tenerse presente que en el caso mexicano no hay cláusulas pétreas ni reglas diferenciadas en las reformas, según se trate de los derechos humanos, la separación de los poderes o el reparto competencial entre los mismos o las llamadas decisiones políticas fundamentales.

Empero, como cada una de las legislaturas de los Estados, en nuestro régimen federal, debe pronunciarse después de valorar los beneficios y perjuicios, las ventajas y desventajas de los cambios constitucionales en el ámbito local, se estima que en aquellos casos en que el pacto federal se encuentre comprometido o afectado se debería exigir una mayoría más reforzada aún para que proceda la reforma constitucional.

Son muchos los aspectos que generan áreas de oportunidad para reformar al artículo 135 de la Constitución mexicana, a fin de contemplar un procedimiento distinto en cuanto a mayorías y formalidades de discusión de aquellas reformas constitucionales en que se vea involucrado o afectado el pacto federal, tal como sería la reforma al reparto de competencias entre la Federación, los Estados y los Municipios. Así, otra de las modificaciones que podrían reforzar la calidad de la rigidez constitucional sería que, en los casos descritos, de ninguna manera se pudiera obviar la discusión de la reforma.

La finalidad sería generar una cultura constitucional más robusta, de manera que al estabilizarse la Constitución se generaría una idea de sujeción del poder a la misma y, por otro lado, se propician consensos entre las fuerzas políticas porque las mayorías que pretendan una reforma han de requerir de la oposición, teniendo que generar al efecto pactos políticos que —por una parte— implican necesariamente el consenso, pero además limitan la magnitud de los cambios, para que tengan que ser moderados en cuanto versen sobre las reglas del juego democrático, neutralizando posturas radicales o antidemocráticas. De esa manera se puede concluir este trabajo señalando que la rigidez constitucional es —sin lugar a dudas— un mecanismo de defensa constitucional que protege incluso a la democracia misma.

VI. Bibliografía

- ALTERIO, A.:** *La relación entre Rigidez y Supremacía Constitucional: un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México*, México, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016.
- ARAGÓN, M.:** *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BRYCE, J.:** *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1962.

- CARPIZO, J.:** *La reforma constitucional en México. Procedimiento y Realidad*, México, Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2011.
- CHÁVEZ, J.:** *Notas sobre la Rigidez en México (a propósito del centenario de la Constitución Mexicana)*, México, Revista Letras Jurídicas(24), 34, 2017.
- CHÁVEZ, J.:** *Reflexiones sobre la Rigidez Constitucional: el caso mexicano*, México, XI Congreso REDIPAL, 2018.
- DEL ROSARIO, M.:** *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*, Colombia, Universidad de la Sabana, 2011.
- DÍAZ RICCI, S.:** *Rigidez Constitucional. Un concepto toral*. En CARBONELL, M. *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- ESPINOZA, R.:** *Flexibilidad constitucional y democracia: una revisión crítica a la teoría liberal. Explorando la experiencia de Uruguay, Venezuela y Chile*. *Revista de Estudios Políticos*, 2021.
- FIX ZAMUDIO, H.:** *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM-Centro de Estudios Constitucionales de México-Centroamérica, 1998.
- KELSEN, H.:** *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Madrid, Debate, 1988.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:** *La Protección Constitucional de la Autonomía*, Madrid, Tecnos, 1994.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:** *Una cuestión nuclear para la teoría del derecho constitucional: sobre la reforma de la de la Constitución y sus funciones en el estado constitucional democrático*, Coruña, Anuario de Facultades de Dereito da Universidade da Coruña, 1997.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCION Y PROCEDIMIENTO

Sergio Díaz Ricci

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Tucumán

(Argentina)

serdiricci@gmail.com

I. Introducción

No puede haber mejor homenaje a un cabal profesor universitario que un libro que confiere identidad y perdurabilidad a su obra y sus desvelos. Este estudio sobre la Reforma Constitucional es un tema que desde hace tiempo ha sido y sigue siendo motivo de dilecta atención del profesor Ruipérez, Alamillo por eso, como tributo al estimado profesor de A Coruña, me ocuparé del aspecto formal de este objeto: las reglas de procedimiento de reforma constitucional.

En suma, no abordaré el contenido de ninguna enmienda constitucional en particular (reforma-resultado) sino la dimensión procesal de la reforma constitucional y las ideas y consecuencias constitucionales que encierra ese reducido y singular grupo de normas que contiene el proceso de revisión constitucional.

En un Estado constitucional una reforma, por lo general, no es un acontecimiento que ocurra con frecuencia, por ello no se suele repararse en la función primordial que cumple ese puñado de reglas procedimentales en un sistema constitucional. Por esta razón nos ocuparemos de ese grupo reducido de disposiciones constitucionales que regulan el proceso de revisión constitucional en un Estado democrático que cumple una función toral en el estado constitucional.

Quizás, junto con el Control de constitucionalidad, la reforma constitucional sea la institución más refinada de la ciencia constitucional. Como acertadamente destaca Gonzalez Encinar «*la teoría de la Constitución no es un prius*

de la teoría de la reforma, sino que es ésta la que, en cierto modo, viene a ser un *prius* de los restantes aspectos de la teoría de la Constitución»¹.

La reforma constitucional concita a su alrededor temas liminares de la Ciencia Constitucional. A título simplemente ejemplificativo podemos mencionar: la soberanía popular, el poder constituyente y la sumisión de los poderes constituidos; la canalización del poder constituyente de reforma, o sea, la voluntad democrática que elabora normas constitucionales ajustándose a las formas predispuestas por dichas reglas; el sustento jurídico-político sobre el que se cimenta la Supremacía Constitucional (argumento del caso *Marbury vs. Madison*); la función de garantía (rigidez constitucional²) que impide la modificación de las normas constitucionales por el legislador ordinario, poniendo límites a la actividad del legislador, al administrador, al juez e, incluso, a los particulares; el aporte de un valor fundamental del Estado democrático: la continuidad jurídica y previsibilidad político-institucional; y, aunque parezca un contrasentido, la apertura a la posibilidad de introducir modificaciones o agregados a las normas constitucionales pre-existentes haciendo viable una futura adaptación constitucional; la contribución a la comprensión de fenómenos jurídicos que desvelan la dinámica constitucional como la elasticidad constitucional (*Elasticità*) y las mutaciones constitucionales (*Verfassungswandlung*)³. Sin olvidar que problemas cardinales ligados a la reforma como los límites de la revisión y su control jurisdiccional, ponen a prueba el andamiaje conceptual que se elabore en torno a la noción de reforma constitucional. Todo este conjunto y variedad de asuntos capitales del derecho constitucional se dan cita en la temática de la reforma constitucional. Cualquiera de éstos es materia para un monográfico que excede el propósito de este estudio. Quizás por todo eso, nadie que se haya dedicado a la teoría constitucional, como el profesor Ruipérez, puede sustraerse al atractivo de la problemática de la reforma constitucional, como ocurrió con profesores como Pérez Royo, González Encinar, Pedro de Vega —su maestro—, Vanossi, entre otros.

1 GONZÁLEZ ENCINAR, J. J.; «La constitución y su reforma», en *Revista Española De Derecho Constitucional*, n.º 17, 1986, Madrid, CEPC, p. 349.

2 Para ampliar DIAZ RICCI, S.; «La rigidez constitucional. Un concepto toral» en AA.VV. (Coord. CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H.; GONZÁLEZ-PÁREZ, L.R.; VALADÉS, D.): *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, Tomo IV, vol. I, pp. 551-587.

3 *Vid.* «Introducción a las mutaciones constitucionales» en *Revista «Estado & Direito»*, n.º 21-26 (1998-2000), revista semestral. Luso-espanhola de direito publico, pp. 93-125, Lisboa, Portugal.

II. Reforma-resultado y reforma-procedimiento

Como advertimos arriba no vamos a ocuparnos de ninguna modificación operada en alguna una constitución particular, o sea, del contenido material de una revisión normativa en concreto. Esto es lo que se conoce como «reforma-resultado». No abordaremos alguna enmienda constitucional concreta de un país determinado sino nos concentraremos en la idea de reforma constitucional en sí misma como proceso de revisión normativa reglado por un conjunto de normas positivas contenidas en la misma constitución a reformar⁴.

Como enseña la Real Academia Española, el sustantivo femenino «reforma» significa tanto la acción como el efecto de reformar». Nosotros centraremos nuestra atención en la acción (o proceso de revisión) y no en el efecto (lo reformado, o sea, las nuevas normas constitucionales emanadas de dicho procedimiento) porque estos contenidos son variables de un país a otro, por tanto, supondría analizar casos históricos concretos que, además, habría que clasificar, lo que es un intento imposible, ajeno a nuestro propósito.

La dimensión procesal nos permite obtener conclusiones generales muy valiosas para la Teoría Constitucional. Desde esta perspectiva podemos abstraer un esquema teórico-crítico que sirva como postulado general, claro está sólo válido dentro de un sistema de democracia constitucional, en su faceta de democracia deliberativa. En suma, un abordaje teórico de la reforma constitucional sólo es posible dentro de un Estado Democrático porque se funda sobre el principio de soberanía popular. Tal como remarca Pedro de Vega «*cuando el Estado se vertebra sobre supuestos ideológicos distintos, como serían los derivados del principio monárquico frente al principio democrático, la temática de la reforma pierde todo su sentido*»⁵.

Son numerosas las ventajas políticas y jurídicas que reporta el cambio a través de una revisión constitucional. En otros términos, muchos cambios en la región vinieron formalizados a través del empleo del procedimiento de reforma constitucional en ellas previstas (como Argentina en 1994) porque proporciona un valioso ingrediente de legitimidad jurídica y, además, facilita una técnica de deliberación, representación y control muy útil para conducir el proceso político en marcha.

A partir de esta dimensión formal-procesal de la reforma podemos discernir dos ideas distintas: la Reforma como institución y el procedimiento de revisión en sí mismo. La primera alude al concepto de Reforma, o sea, al sentido institucional de la «reforma» dentro del sistema constitucional. El

4 LOEWENSTEIN distingue entre reforma material y reforma formal en su *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel, p. 164.

5 DE VEGA, P.; *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Ed. Tecnos, 1985, p. 23.

segundo se ocupa de analizar los modelos de procedimientos que aquella se exterioriza en cada país. Ambos aspectos están íntimamente imbricados pues a través de estas formas se materializa aquella idea.

III. Reforma-institución

La reforma constitucional como institución podemos definirla, citando a Biscaretti di Ruffia, como «*aquella actividad normativa desplegada para modificar parcial o radicalmente una constitución rígida, valiéndose del particular procedimiento predeterminado en ella*»⁶.

Debemos aquí subrayar un dato central e inexcusable: que la reforma constitucional tiene como presupuesto la fiel observancia del procedimiento de revisión preestablecido por la misma Constitución. Cuando se dictan normas constitucionales sin seguir el procedimiento de revisión, deja de tener ser objeto de interés para una teoría de la reforma constitucional.

El motivo por el cual se cumple con el procedimiento de reforma predeterminado nos conduce a la doctrina del Poder Constituyente de Reforma. Otro tema crucial que no podemos aquí detenernos porque nos aleja de nuestro cometido. Sólo adelantamos nuestra posición que durante el procedimiento de reforma hay autentico poder constituyente. Desconocer esto es enviar la noción de Poder Constituyente al arcón de las cosas inútiles y que sólo sirva para hacer arqueología constitucional y para explicar cómo surgió un primigenio texto constitucional, sin verdadero valor operativo actual⁷.

Aparece aquí una nota muy propia y sumamente singular del *corpus iuris* constitucional: es el único orden normativo que prevé su propia revisión y establece —para sí mismo— la forma para hacerlo. Esto no ocurre en ninguno de los otros niveles jerárquicos donde la forma de producción normativa la encontramos ubicada en la categoría jurídica superior (en la Constitución se establece el modo de formación y elaboración de la ley; en la ley se regula la forma de emisión de decretos administrativos generales; y así sucesivamente). Pero la Constitución no tiene normas de rango normativo superior a ella. He aquí lo peculiar: ella misma contiene la forma de elaboración de las subsecuentes normas constitucionales a través del procedimiento de reforma constitucional.

(A.) Origen de la institución «reforma constitucional». Corresponde a Norteamérica el mérito de haber introducido la técnica jurídica de la reforma en los textos constitucionales. En efecto, los anteriores documentos constitucionales del ámbito anglosajón, como el *Agreement of the People* (1648) y

6 BISCARETTI DI RUFFIA, P.; *Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, p. 247.

7 Nuestra posición se expone ampliamente en DIAZ RICCI, S.; *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

el *Instrument of Government* (1653) no contenían un mecanismo de su propia reforma. Tampoco las *Fundamental Orders* de Connecticut (1639) ni la Carta de Rhode Island (1641).

La técnica jurídica de la reforma constitucional fue introducida en Norteamérica. Significó toda una innovación constitucional. En efecto, hasta entonces la idea aristotélica del cambio de las formas políticas por sustitución violenta (revolución) era la dominante. Como lo explica Stourzh «*reforma de la constitución de manera pacífica, sin aplicación de la violencia, con ayuda de un procedimiento regulado, era algo nuevo*»⁸ (cit. Pérez Royo).

Durante el Siglo XVIII se presentó el problema de cómo modificar las normas de un texto constitucional. Se propusieron tres soluciones: a) por consentimiento unánime de los ciudadanos, lo que en la práctica conducía a la inmutabilidad absoluta (Vattel); b) la ausencia de toda formalidad (Sieyès); y, c) por reglas establecidas por la propia constitución, que prevaleció en la práctica, siguiendo la sugerencia de Rousseau: «*es contra la naturaleza del cuerpo social imponerse a sí mismo leyes que no pueda revocar, más no es contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocar esas leyes sino a través de las solemnidades empleadas al establecerlas. Aquí está toda la cadena que puede darse para el futuro*»⁹.

A finales del Siglo XVIII el *Amending Power* era toda una novedad técnico-jurídica. El primer texto constitucional que incorporó un procedimiento especial para su propia reforma fue la Constitución de Maryland de 1776, que sirvió de antecedente para los Artículos de la Confederación (art. XIII) de 1777, de allí paso al Artículo V de la Constitución federal de 1787 desde donde adquirió aceptación y difusión.

(B.) La Reforma-Institución: esencia democrática del poder constituyente de reforma. A partir del ejemplo norteamericano las constituciones de origen democrático incluyeron en su texto un procedimiento para su propia revisión. Sin embargo, el uso del procedimiento de reforma constitucional en países con Constitución no fue uniforme. En los Estados Unidos gozó de amplia aceptación social y permitió una vigorosa juridización de la vida política cumpliendo una aceptable función de adaptación y completamiento de la normativa constitucional, al punto que la Constitución federal fue objeto de veintisiete enmiendas.

En cambio, en aquellos países donde hubo confrontación de principios políticos antagónicos, en Europa (monarquía vs. República) como en Ibe-

8 Cf. STOURZH, G.; *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Granz, 1974, p. 19, cit. por PÉREZ ROYO, J.; *La reforma de la constitución*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, p. 12 (nota 17).

9 Vid. ROUSSEAU, J. J.; *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988.

roamérica (democracia vs. autoritarismos) significó un escollo para el empleo del mecanismo de reforma constitucional para llevar a cabo cambios políticos. La esencia democrática de la reforma constitucional es repelida en cualquier régimen autoritario cuyo ordenamiento fundamental se halla sujeto a la voluntad del autócrata. Por ello, en Europa las *Chartes Otroyées* y los Pactos Constitucionales no contemplaron formas para su revisión ya que dependían de la voluntad del monarca o de las partes del acuerdo. Lo explica con su habitual claridad Pedro de Vega: «*La reforma constitucional es una técnica jurídica que sólo tiene cabida en el marco de la democracia constitucional. Lo que significa el reconocimiento previo e indiscutible del principio de soberanía popular. A través de la reforma se operan entonces los cambios constitucionales que la historia y las circunstancias imponen, pero actuando sobre la base de que el Poder Constituyente reside de modo inalterable en el pueblo*».

La reforma constitucional en definitiva es una técnica jurídica que organiza una mecánica democrática para llevar a cabo modificaciones a un texto constitucional fundado en la soberanía popular. Todas estas reglas en realidad consisten en procedimientos encaminados a articular la actuación de un pueblo, para llevar a cabo cambios políticos o institucionales por medio del derecho en clave democrática. El pueblo, en ejercicio de su función constituyente, dicta normas constitucionales dentro de una constitución escrita. La soberanía popular es un principio apodíctico de la teoría constitucional, es decir, el dictado de normas constitucionales proviene del ejercicio de su poder constituyente como, asimismo, las modificaciones, agregados o supresiones de normas constitucionales también proviene de ese mismo poder constituyente en clave de reforma. No vamos a detenernos en esta disquisición sobre lo cual ya nos expresamos en extenso afirmando que el poder constituyente reformador es poder constituyente que se caracteriza porque cumplimenta el procedimiento de reforma predispuesto en la propia Constitución¹⁰.

La actuación del pueblo se concreta en un proceso de sucesivas etapas marcado por la dialéctica representativa (representante-representados). En suma, el pueblo se revela a través de sucesivas instancias en ejercicio del principio de soberanía dividida. En lo formal es la observancia del procedimiento de elaboración de normas constitucionales conforme a la mecánica preestablecida, lo que revela, en lo político, la actividad constituyente popular. El pueblo, a través de manifestaciones múltiples y complejas, se convierte en fuente de derecho constitucional. Aquí emerge la superioridad política de su fuente (*We the people...*) que se transforma en supremacía jurídica (anglicismo: *super + primacy*). En una suerte de hipóstasis que trasfiere su superioridad política a la supremacía jurídica.

Por ello se concibe a la reforma constitucional como una garantía democrática con un sentido ambivalente porque, por un lado, procura la perma-

10 Sobre el Poder constituyente reformador en DIAZ RICCI, Sergio: *Teoría...*, ob.cit., p. 55 ss.

nencia de decisiones democráticas (dimensión conservadora operada por la rigidez constitucional) pero, por otro, habilita la posibilidad transformadora de la voluntad colectiva. Este principio quedó plasmado de manera categórica en la Constitución francesa de 1793 cuyo art. 28 expresa: *«le peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures»*.

En suma, la institución de la reforma constitucional es una garantía jurídico-política de democraticidad. a) política: porque asegura la vigencia del principio democrático proporcionando continuidad al poder constituyente, de donde abrevia la democraticidad del derecho constitucional. Poder constituyente no sólo existe en la primera constitución, sino también en las sucesivas reformas porque de lo contrario, como dijimos, sería un mero concepto de referencia histórica, sin valor actual. En realidad, el poder constituyente reformador es el que tiene utilidad teórica y práctica. b) jurídica: porque sustenta la validez normativa jurídica de las nuevas disposiciones constitucionales y con ello aporta seguridad y continuidad jurídicas al sistema. Por ello no es descabellado que algunas constituciones hayan ubicado la reforma constitucional en la parte dedicada a declaraciones, derechos y garantías como el art. 30 de la Constitución argentina¹¹. Aunque lo más habitual es que se coloque la reforma constitucional en la parte final del texto, inmediatamente después del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, casualmente ambos órganos de naturaleza garantística.

IV. La reforma-procedimiento

Todo este notable conjunto de ideas alrededor de la reforma constitucional, emerge de un reducido grupo de normas o reglas procesales: la reforma como procedimiento.

(A.) Cuerpos representativos: modelos. Pero la actuación de un poder constituyente reformador se concretiza a través de ciertos procedimientos que canalizan la participación popular. Siempre e inevitablemente se requiere la intervención a un cuerpo representativo para llevar a cabo la labor constituyente de elaboración normativa. Así como en muy pocos casos se acepta la sola intervención directa y exclusiva del electorado en una reforma constitucional (en Argentina se prohíbe como materia de iniciativa o de consulta popular, mientras en Colombia se permite parcialmente) por el riesgo de la manipulación plebiscitaria, también puede ocurrir que el cuerpo representativo no logre expresar la voluntad colectiva como ocurrió en el reciente plebiscito constitucional de Chile en setiembre de 2022.

11 En Argentina por influjo del proyecto de Constitución de ALBERDI (cuyos arts. 37, 38 y 39 se hallaban insertos en «Garantías públicas de orden y progreso») se incorporó a la Constitución argentina de 1853 que, por primera vez, recogerá en el art. 30 la institución de la Convención dentro del procedimiento de reforma respetando la ubicación sugerida por Alberdi, en la primera parte dedicada a Declaraciones, Derechos y Garantías.

Sea como fuere, siempre se recurre a la intermediación de un cuerpo representativo para llevar a cabo la labor de elaboración de nuevas normas constitucionales. Puede ser el Parlamento ordinario o puede encomendarse a un cuerpo especialmente elegido al efecto. En ambos casos esta función *ad hoc* se la distingue con la calificación de «constituyente». La naturaleza de ambos es en el fondo la misma: un cuerpo de representantes surgidos de los partidos políticos en elecciones populares a quien se encarga la específica tarea de producción de la normativa constitucional. La más significativa diferencia es que, en un caso, es el Parlamento ordinario quien interviene en la función constituyente mientras que, en el otro, aparece un cuerpo especial elegido exclusivamente para tal finalidad y que se disuelve una vez concluida su labor. En todos los casos resulta necesaria la intervención de un cuerpo de representantes elegidos por voto popular, que cumpla la función de redacción normativa, es decir, que convierta las decisiones políticas en normas jurídico-constitucionales vinculantes.

La posición institucional del cuerpo de representantes varía según el modo en que intervenga en el procedimiento de reforma constitucional. El derecho constitucional comparado nos ofrece cuatro modelos básicos de actuación del cuerpo de representantes en el proceso de reforma constitucional, conocidos como los sistemas alemán, italiano, escandinavo y francés.

1. Sistema Alemán o de la decisión parlamentaria única: Este modelo establece que la reforma tendrá lugar con la sola intervención del Parlamento que toma la decisión en un único acto con una mayoría especial, que generalmente es de los 2/3 de sus miembros. Hacemos notar que, no obstante, la aprobación de una enmienda constitucional se encargue al Poder Legislativo ordinario, siempre se exige una mayoría especial en la votación para marcar así una diferencia formal con la legislación ordinaria.

2. Sistema Italiano o de la doble deliberación del parlamento: Se asemeja al modelo anterior, con la diferencia que el Parlamento toma la decisión en dos etapas, separadas por un intervalo breve de tiempo.

El sistema italiano, llamado así porque se encuentra receptado en la Constitución italiana de 1947, cuyo art. 138 dispone que las leyes constitucionales de revisión serán aprobadas por un mismo Parlamento que deberá tomar la decisión en dos deliberaciones sucesivas separadas entre sí por un intervalo de tiempo (3 meses).

3. Sistema Escandinavo o de dos parlamentos sucesivos: El procedimiento se divide en dos tiempos porque exige una doble consideración de la cuestión constitucional por dos Parlamentos diferentes y sucesivos: 1) El primer momento corresponde a la aprobación de la iniciativa de reforma por el Parlamento que, una vez tomada la decisión de promover la revisión, se disuelve. 2) El segundo momento está a cargo del Parlamento renovado como consecuencia de la disolución del anterior y de la convocatoria a elecciones para elegir nuevos parlamentarios. Algunas Constituciones disponen la caducidad

automática del primer Parlamento (Constitución de la República española de 1931, Dinamarca, Suecia, Islandia, Luxemburgo, Bélgica, Holanda) mientras que otras no disuelven de inmediato el Parlamento, difiriendo el tratamiento de la cuestión constitucional, o sea, la segunda aprobación para cuando se renueve normalmente el subsiguiente Parlamento ordinario por el transcurso o cumplimiento de su mandato (Noruega, Finlandia, Grecia). Una vez constituido el nuevo Parlamento, recién entonces, tiene lugar la deliberación y votación definitiva de la reforma constitucional.

Tengamos en cuenta que por medio de la disolución y subsiguiente elección de un nuevo Parlamento se hace posible la votación directa del pueblo quien expresa su opinión constituyente a través de la elección de aquellos parlamentarios que representan las diversas posiciones respecto del asunto constitucional en debate, el que una vez establecido el nuevo Parlamento toma decisión constituyente final. Esta modalidad, de hecho, recoge la práctica inglesa que, cuando se quiere modificar alguna ley de relevancia constitucional, se procede a la disolución del Parlamento para consultar la opinión del electorado, cuya voluntad se reflejará en la composición del nuevo Parlamento. La modificación aprobada pasa a formar parte de la Constitución, por ello es que habitualmente no se requiera una posterior ratificación popular porque el electorado ya se ha pronunciado, si bien indirectamente, a través de la elección de sus representantes en el parlamento.

4. Sistema Francés o de la Asamblea Especial o Convención: Se denomina sistema francés porque esta modalidad fue consagrada por la mayoría de las Constituciones francesas de finales del Siglo XVIII y del Siglo XIX.

Este modelo es quizás el más interesante. Adquirió especial relevancia en el reciente proceso reformador chileno. Para el trámite del próximo proceso reformador se prevé una convención constituyente como un medio de dotar de mayor legitimación democrática a la reforma.

Este modelo se caracteriza por atribuir la elaboración y redacción concreta del contenido de la reforma constitucional —generalmente iniciada por el órgano legislativo— a un cuerpo representativo especial y transitorio. La institución de una asamblea distinta y extraordinaria persigue, precisamente, el propósito de privar al parlamento ordinario la posibilidad de revisar la Ley Suprema. Recordemos que el establecimiento de un cuerpo representativo especial es de raigambre francesa pues estuvo dirigido a materializar la idea de un poder constituyente diferente, separado, lógica y orgánicamente, de los poderes constituidos. Por lo tanto, el ejercicio del poder constituyente se asignaba a una asamblea especial, distinta del parlamento que, en tanto órgano constituido, se halla impedido de elaborar normas constitucionales.

Esta asamblea de representantes extraordinarios, elegidos especialmente para una función constituyente, ha recibido la denominación de «convención». Esta modalidad típica del constitucionalismo francés revolucionario encuentra algunos antecedentes en la revolución inglesa.

Aunque el término «convención» tiene connotaciones contractualistas, el significado político de la expresión «Convención» tiene otra génesis. Es de origen anglosajón. Se usó por primera vez en la Revolución Inglesa para indicar las reuniones del Parlamento inglés que tuvieron lugar en el año 1660 y en 1688 sin haber sido convocadas por el Rey, es decir, sirvió para denominar a aquel parlamento que había asumido la función de gobierno provisional con el fin de establecer un nuevo orden constitucional.

Posteriormente, este término pasó a América del Norte donde también se usó para referirse a aquellas asambleas populares representativas encargadas de las funciones de gobierno ordinario de las colonias. Cuando éstas se convirtieron en Estados independientes, las *Conventions* dictaron las primeras constituciones estatales sin contar con un mandato expreso de sus representados e, incluso, algunas lo hicieron con anterioridad a la constitución de la unión federal. Fue el Estado de Massachusetts, luego de la Declaración de la Independencia de 1776, que elaboró la primera Constitución por obra de una Asamblea representativa extraordinaria denominada *State Convention* que en realidad era «Congreso del Estado» elegido con el mandato único de preparar un plan de gobierno. Esta modalidad fue reproducida e incorporada en el propio texto constitucional, por lo tanto, la Constitución de Massachusetts de 1780 fue la primera que introdujo en su texto la modalidad de una asamblea especial, extraordinaria y temporaria investida de la función de llevar a cabo futuras enmiendas constitucionales. De allí pasó a otras constituciones estatales, como la Constitución de New Hampshire de 1783.

Nos detendremos en el surgimiento de estos cuerpos representativos llamados «Convenciones» porque cumplieron un interesante rol en la génesis del constitucionalismo. Esta manera de elaboración de normas constitucionales por un mecanismo de democracia indirecta, es decir, a través de un cuerpo constituido por representantes especiales elegidos con una misión singular por los distintos pueblos, aparece recién durante la Revolución norteamericana. Tanto las *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639 como la Carta de Rhode Island de 1641 fueron establecidas por una reunión general de todos los vecinos o habitantes de manera directa y por unanimidad. Tales asambleas populares no constituyeron una Convención integradas por representantes electos, y estaban fuertemente influenciadas por la idea religiosa individualista a imitación del modo como fundaban sus comunidades religiosas, esto es sobre el acuerdo voluntario y unánime de sus miembros, pactos fundacionales que casualmente se denominaban *Convenants* de donde, luego, pasa al orden político para aplicarse, por imitación a la institucionalización de las Colonias del nuevo mundo¹². En el Congreso de Filadelfia en su sesión de 3 y 4 de noviembre de 1775, con motivo de unas consultas dirigidas por algunas colonias, aconsejó a éstas convocar asambleas repre-

12 Vid. BORGEAUD, C.; *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, Thorin et Fils Editeurs, 1893, p. 8.

sentativas «para adoptar el plan de gobierno que les parezca más adecuado para asegurar el bienestar del pueblo y garantizar la paz y el buen orden»¹³. Impulsadas por esta recomendación, que se reitera posteriormente por un decreto de mayo de 1776, las propias Asambleas representativas ordinarias, sin que hayan recibido un mandato constituyente formal de sus electores —con la sola excepción de Delaware— comienzan, desde principios de 1776 a dictar sus Leyes Constitucionales provisionales (New Hampshire: 26 de enero; Carolina del Sur: 26 de marzo; Virginia: 28 de junio; New Jersey: 2 de julio; Delaware: 21 de setiembre; Pennsylvania: 28 de setiembre; Maryland: 8 de noviembre; Carolina del Norte: 18 de diciembre; Georgia: 5 de febrero de 1777; y New York el 20 de abril de 1777)¹⁴. Como vemos algunos Estados lo hicieron con anterioridad a la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776. Todas estas ex-colonias, antes regidas por una Carta Colonial establecida por el Parlamento británico, se dan a sí mismas por medio de una Asamblea representativa su propia Ley Fundamental de organización política. Como ya lo señalamos, algunos Estados lo hicieron aún antes de formalizarse la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776 e, incluso, con anterioridad a la constitución formal de la Confederación (Artículos de la Confederación del 5 de octubre de 1777) y de la posterior Federación (Constitución federal del 17 de setiembre de 1787)¹⁵.

El modelo de enmienda constitucional por la sola intervención de una Convención reformadora especialmente elegida para tal misión, consagrado por la Constitución de Massachusetts, fue parcialmente tomado por la Constitución Federal norteamericana de 1787 que, a diferencia de su modelo, requerirá la posterior ratificación por los Estados particulares como una exigencia de la estructura federativa del Estado (art. V)¹⁶.

13 Del *Journal of Congress*, vol. I, p. 219, cit. por BORGEAUD, ob. cit., p. 21.

14 No se mencionan a Connecticut y Rhode Island, porque éstas se limitaron a confirmar sus respectivas Leyes fundamentales, sustituyendo al Rey por el pueblo como soberano.

15 Cf. BORGEAUD, ob.cit., p. 174.

16 Es muy elocuente la Constitución de Massachusetts de 1780 que sirvió de modelo a varias Constituciones estatales y a la Constitución federal de 1787. En efecto, después de la Declaración de la Independencia, la ex-colonia de Massachusetts no había dictado su ley constitucional a pesar de las peticiones que se habían formulado en este sentido. La Corte General de Boston, asamblea representativa ordinaria de esta aristocrática colonia, se creyó con facultades suficiente para llevar a cabo esta tarea. El proyecto por ella elaborado fue sometido a las *Town Meetings* (asambleas primarias de vecinos de los municipios), quienes lo rechazaron por entender que aquélla no tenía competencia para dictar una Constitución. Como consecuencia de esta desautorización popular, se impulsó la elección de una Asamblea representativa especial (*a State Convention*), o sea, un Congreso del Estado elegido con el único mandato de preparar un plan de gobierno. A tal efecto, se convocó al pueblo para que apruebe la necesidad de dictar una Constitución (primera aprobación de una iniciativa constituyente popular) y proceda a elegir una Convención popular propiamente dicha, formada por representantes especiales con mandato exclusivo de elaborar el texto de un proyecto de nueva Constitución. La obra de esta Convención fue,

Estos cuatro modelos no pretenden constituir una clasificación completa y acabada de todos los sistemas de actuación de cuerpos representativos en una reforma constitucional, sino simplemente ofrecer un esquema que permita agruparlos en categorías análogas a fin de tener un panorama somero de su operatividad. En efecto, los procedimientos de reforma suelen ir acompañados por otros mecanismos como referéndums ratificatorios, o combinados: parlamento para revisiones menores, y convenciones para revisiones más importantes, numerosas o sustanciales.

(B.) Naturaleza de las reglas de revisión como normas de oferta. Dentro del conjunto normativo de un texto constitucional, los preceptos constitucionales que regulan el proceso de reforma revisten una naturaleza muy especial. El sentido de las reglas de revisión fue comprendido cabalmente por la Convención francesa de 1793 al declarar en su Constitución que «una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras» (art. 28). En efecto, la Asamblea legislativa francesa de 1792, influida por el principio de soberanía nacional, resolvió impulsar la convocatoria de una Convención constituyente para reformar a la Constitución de 1791, a tal efecto dictó un Decreto el 22 de agosto de 1792 en el que expresó: «La Asamblea Nacional, considerando que ella no tiene el derecho de someter el ejercicio de la soberanía a sus reglas imperativas para la formación de una Convención nacional, y que, sin embargo, importa al bien público que las asambleas primarias y electorales se constituyan al mismo tiempo y de manera uniforme, invita a los ciudadanos, en nombre de la libertad y de la patria, a conformarse a las reglas siguientes...».

Surge, entonces, el interrogante acerca del valor normativo de preceptos cuyo cumplimiento depende de un destinatario futuro a quién están dirigidas esas normas. En efecto ¿qué tipo de normas constitucionales son éstas destinadas a regular la actuación de aquella entidad colectiva que conformará una ulterior voluntad constituyente popular? O en terminología sieyesiana ¿Qué sentido tiene fijar un camino o procedimiento dirigido, no al Poder Constituyente autor de esas reglas actuando en ese momento histórico, sino para un subsiguiente Poder Constituyente que aparecerá (o no) en el futuro? Se trata de normas que no se dirigen a regular conductas actuales sino el comportamiento de un sujeto hipotético cuya existencia futura se ha considerado probable.

Las normas de reforma revisten la naturaleza de un ofrecimiento normativo u oferta que el poder constituyente de una época anterior hace a un postrer poder constituyente de algún tiempo ulterior. La «oferta» implica un acto jurídico unilateral destinado a integrarse con la aceptación que se manifiesta por una expresión de voluntad que se postula como penúltima. La Teoría de Derecho le reconoce pleno valor jurídico, pues se perfecciona con

finalmente, sometida a una ratificación popular que aprobó en 1780 la Constitución de Massachusetts (cf. BORGEAUD, Ch.; ob.cit., p. 167-171).

la conformidad del destinatario de ese acto del oferente, claramente, prevé la posibilidad de fracasar por no aceptación de aquel. La oferta está dirigida a integrarse con la aceptación. Ésta también es un acto jurídico unilateral, que debe ser congruente con la propuesta para llegar a ser aceptación de una oferta y no cualquier otra cosa. La doctrina admite que el destinatario pueda no estar determinado perfectamente así como que la aceptación no esté dirigida al oferente originario¹⁷.

En efecto, las normas de reforma no son disposiciones normativas cuyos destinatarios sean los órganos estatales ordinarios. Aunque éstos (parlamento, ejecutivo) puedan intervenir en el proceso reformador lo hacen desde otra dimensión. Son pues, normas dirigidas a un hipotético poder constituyente futuro, o sea, a aquella entidad en ejercicio de función constituyente reformador. Desde la dogmática constitucional diríamos que el primigenio poder constituyente popular (e igualmente algún posterior poder constituyente de reforma que haya enmendado las normas de reforma) puede establecer reglas procesales destinadas al poder constituyente postrero (que aún no existe). Estas reglas de procedimiento significan una «oferta» dirigida a un poder constituyente futuro para el cuando exista ese escenario posible. Estas normas no por ello carecen de valor jurídico, son «obligatorias» porque se han perfeccionado por la expresión de la voluntad normativa de su autor. Estas disposiciones deben integrarse con la «aceptación» del destinatario, es decir, de aquel pueblo que ejercite con posterioridad su actividad constituyente.

La plenitud de la efectividad normativa de estas reglas se alcanza cuando la «aceptación» guarda una relación de congruencia con la propuesta, es decir, cuando se las acata. Ello ocurre cuando en el ejercicio de la función constituyente reformadora se cumplen con rigor las disposiciones establecidas para la modificación de normas constitucionales. Es recién en este momento, cuando habrá ejercicio del poder constituyente de reforma y no poder constituyente originario. Entonces las disposiciones constitucionales de reforma alcanzan su plenitud normativa. De lo contrario, si el destinatario (el Pueblo del mañana en ejercicio de su función constituyente) no acepta congruentemente la propuesta normativa del constituyente del pasado, no habrá ejercicio de poder constituyente de reforma sino, en el mejor de los casos, nudo poder constituyente.

Ese nuevo poder constituyente al disponerse a desplegar su acción se encontrará con una propuesta u oferta normativa efectuada por un poder constituyente del pasado que ha dejado plasmado en el propio texto constitucional a revisar, la proposición de una vía para llevar a cabo la reforma constitucional en manos de un poder constituyente futuro, quien, de observar tal procedimiento de reforma obtiene un triple doble beneficio: 1. encuentra un canal predispuesto a través de cual formalizar la expresión de la voluntad

17 Cf. LOPEZ DE ZAVALIA, F.; *Teoría de los contratos (Parte General)*, Buenos Aires, Ed. Victor P. de Zavalia, 1971, pp. 103-108. En el derecho del consumidor esta idea ha adquirido gran desarrollo técnico-jurídico.

(señal de valor jurídico-político democrático); 2. consigue un sólido fundamento para la validez jurídico-formal de las nuevas normas constitucionales; y, 3. alcanza, por añadidura, la continuidad y previsibilidad política y jurídica indispensables para el desarrollo de las sociedades modernas.

El nuevo poder constituyente podrá encausarse en las normas de revisión, pues nada impide que observe las reglas preestablecidas de revisión. Siempre la actividad normativa constituyente está regida por algunas reglas que ordenen su desenvolvimiento, sea que se las impongan las fuerzas políticas constituyentes, o que se las fije a sí mismo al momento de desempeñar su actividad, o sea que las reciba ya formuladas de un poder constituyente anterior como ocurre en el supuesto de una de reforma constitucional. Así, por ejemplo, la historia nos ofrece numerosos casos en que se presentó esta necesidad práctica de contar con alguna vía para canalizar los cambios impulsados por una nueva voluntad colectiva; v.g. en Francia e Italia el procedimiento de formación constituyente se hallaba predeterminado legislativamente por normas de jerarquía inferior a las normas constitucionales a sancionar, pero con eficacia política vinculante. La Constitución francesa de 1946 se sanciona siguiendo el procedimiento fijado por una Ley del 2 de noviembre de 1945, la de 1958 en una ley del 6 de junio de ese mismo año. En Italia, la Constitución de 1947 se basa en el Decreto-Ley n.º 151 del 25.6.1944 y en los Decretos legislativos lugartenenciales n.º 98 (16.3.1946) y n.º 219 (23.4.1946).

La naturaleza de las normas de reforma como oferta normativa al poder constituyente de reforma futuro, además, brinda sustento y contribuye eficazmente con el principio de efectividad que se encuentra en la base de toda normación constitucional. Las normas de reforma están dirigidas a ser actuadas por un sujeto: el poder constituyente popular del futuro de quien depende, en última instancia, hacerlas efectivas en la realidad concreta.

La Constitución es un instrumento normativo singular que prevé sus propias reglas, de forma y de fondo, para la formación de nuevas normas constitucionales. Algunos se preguntan ¿qué valor tiene la regulación de las fuentes de producción de normas constitucionales (el procedimiento de reforma), si las disposiciones constitucionales que de éste emanen reciben prevalentemente su fuerza normativa de su efectividad? Para algunos estas disposiciones sobre reforma no invisten el carácter «constitutivo» de otros preceptos jurídico-constitucionales ordinarios sino tienen carácter «declarativo», es decir, como instrumento de reconocimiento, de comprobación del alumbramiento de una nueva norma jurídica constitucional. Tal el caso de Cicconetti para quien *«la normación sobre fuentes adquiere pues un valor instrumental de medio a fin, y, más en general la categoría de validez, adquiere importancia sustancial como índice de reconocibilidad para la incorporación de normas en un determinado ordenamiento jurídico»*¹⁸.

18 Cf. CICCONETTI, S. M.; *La revisione della Costituzione*, Padova, CE-DAM, 1972, p. 270.

Pero no se puede aplicar un doble criterio de validez de las normas constitucionales, porque tal perspectiva nos conduciría a reconocer en un mismo texto constitucional un doble tipo de normas en función de un injustificado criterio cronológico genético, a todas luces inadmisibles. En definitiva, las normas sobre reforma integran el texto constitucional en el mismo valor jurídico que todas las demás normas constitucionales. Que la misma normativa constitucional regule sus propias reglas de modificación, en contra del principio de la heteronomía de las normas jurídicas, no va en desmedro de su naturaleza jurídica. Justamente ello constituye la nota tipificante de lo específicamente «normativo constitucional», cuyo fundamento en definitiva debe buscarse en la fuerza política del pueblo constituyente. Que el destinatario de la norma tenga la misma jerarquía que el autor de la norma, o sea, que la observancia de la norma dependa del destinatario, no priva a ésta de juridicidad, pues ello significaría hacer depender la juridicidad de una norma de su obligatoriedad. Y desde un punto de vista de derecho positivo es un hecho que la casi totalidad de los ordenamientos constitucionales modernos prevén normas de reforma y que éstas son cumplidas en la mayor parte de los casos. La seguridad y previsibilidad jurídicas ganan mucho con ello.

¿Qué sentido tienen, pues, los preceptos de reforma establecidos por una generación constituyente cuando los mismos pueden ser desconocidos en un tiempo posterior por una nueva generación que ejerce su función constituyente? En otros términos ¿cuál es la razón que lleva al nuevo poder constituyente a someterse al procedimiento de reforma predeterminado por uno precedente? El cumplimiento por el constituyente ulterior del procedimiento dispuesto por un constituyente anterior, contribuye a mantener la continuidad jurídica y, por lo tanto, la identidad política del sistema democrático, con lo que se alcanza la finalidad última de todo sistema político: la paz social. Pues, admitiéndose el propósito transformador de una reforma constitucional, esta finalidad procura alcanzarse sin solución de continuidad. En un sistema democrático la Constitución, al prever un procedimiento de reforma, en el fondo, persigue el propósito de garantizar la continuidad de su fundamento democrático. En otras palabras, la técnica de la reforma constitucional se presenta como una garantía de la continuidad democrática.

Los preceptos de reforma constituyen proposiciones normativas que el constituyente del pasado dirige al constituyente futuro. La aceptación del procedimiento propuesto, que suele manifestarse en el hecho del cumplimiento de los recaudos establecidos, confiere «validez» a las nuevas normas constitucionales.

Históricamente, no es el mismo e idéntico poder constituyente como sujeto titular de función constituyente, el que permanece a través del tiempo sino que, siendo el pueblo la fuente última del poder constituyente, la mutación vital de las personas que integran dicho pueblo se refleja en la identidad de cada poder constituyente.

En efecto, la historicidad del poder constituyente es un dato básico para entender su irrupción, decisión y su potencia transformadora del ordenamiento constitucional. Para comprender el fenómeno de la reforma constitucional que se ajusta a normativas que regulan debemos incorporar la temporalidad de la entidad subjetiva que ejercita su función constituyente. Por eso preferimos acudir a la noción de pueblo como sujeto del poder constituyente en lugar de la idea Nación porque ésta, en su transhistoricidad, no nos permite comprender la emergencia y dar razón de los cambios que experimenta el propio poder constituyente en sus manifestaciones en el tiempo.

Y ello se explica perfectamente porque el pueblo es el sujeto de la función constituyente, y éste está integrado por hombres que viven en un tiempo determinado y luego son reemplazados por otros hombres diferentes. La doctrina de la revisión de las constituciones, justamente, emerge de la idea de Thomas Jefferson que las transformaciones políticas y sociales provocadas por el cambio vital del elemento humano señalan la conveniencia de prever los cambios en la normativa constitucional porque «los muertos no tienen derechos ni poderes»¹⁹. La justificación de los cambios constitucionales se apoya sobre el «derecho a la autodeterminación de las generaciones» predicada por Jefferson. Esta premisa, como ya vimos, quedó plasmada de manera categórica en la Constitución francesa de 1793 cuyo art. 28 expresaba: «*le peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*». Principio luego recogido por la Constitución mexicana cuyo art. 39, párrafo final, dice «El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno».

La doctrina de las generaciones nos aporta la explicación socio-histórica de los cambios constitucionales. La idea de un derecho intergeneracional ha sido recogida por algunos los textos constitucionales. Véase, por ejemplo, en materia de medio ambiente el artículo 41 de la Constitución argentina: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo».

19 JEFFERSON, T.; *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 517-521, en una carta 06/09/1789 a Madison desde París, donde era embajador de los Estados Unidos, le dice: «los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad... ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo. Toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años» cit. CARBONELL, M.; «Sobre la Constitución viviente» en *Estudios constitucionales*, vol.10, n.º 2, Santiago de Chile, 2012.

Para explicar cómo se producen estos cambios vamos a acudir a la noción de «generaciones» formulada por Jefferson, pero profundizada por Ortega y Gasset. El «método de las generaciones» fue expuesto por Ortega principalmente en su trabajo *En torno a Galileo*²⁰. Cada generación es poseedora de una «sensibilidad vital» y, precisamente, las generaciones que se suceden muestran un cambio en dicha perspectiva vital o, en otros términos, el cambio en la sensibilidad vital se manifiesta en forma de «generación». El motor de los cambios es el reemplazo de una generación por otra que, portadora de sus propias perspectivas vitales, de un sistema de convicciones diferentes y, a su vez, influido por las nuevas circunstancias en que se han desarrollado, va a interpretar y a aportar nuevas soluciones a viejos y a nuevos problemas de manera diferente a como venía haciéndolo la generación que biológicamente va abandonando los puestos de decisión y acción.

Sin embargo, en un mismo momento histórico coexisten varias dimensiones vitales, es decir, en un mismo tiempo coinciden personas de diferentes edades (niños, jóvenes, hombres y ancianos). Entre ellos son «contemporáneos». Pero dentro de una unidad histórica existe un anacronismo esencial pues «el conjunto de los que son coetáneos en un círculo de actual convivencia», es decir, cada generación, es diferente a la otra. Se distinguen por las edades respectivas y todo individuo está adscrito a la generación correspondiente a su edad.

Si una generación ha logrado plasmar su concepción de la organización política en una Constitución, es altamente probable que, mientras esta generación permanezca en la dirección política y no sobrevenga algún acontecimiento externo relevante, ésta no se vea en la necesidad de ejercer función constituyente.

En cambio, cuando una nueva generación portadora de nuevas ideas respecto a la forma de organizar el Estado pasa a ocupar el lugar de la anterior es altamente probable que ello impacte sobre el ordenamiento normativo fundamental para hacerlo concordar con sus nuevas perspectivas y aspiraciones.

En resumen, las reglas de procedimiento de reforma son «normas de oferta» que la generación constituyente que las estableció las ha dispuesto a favor de una generación constituyente futura para que, cuando ésta decida a modificar el texto constitucional, tenga predispuestas unas reglas que sirvan para canalizar su función constituyente reformadora a través de un cauce democrático para, de este modo, mantener la continuidad constitucional jurídico-política.

20 Cf. ORTEGA Y GASSET, J.; «En torno a Galileo», en *Obras Completas*, vol. V, p. 11-164; también: «El tema de nuestro tiempo» en *Obras Completas*, vol. III, pp. 260 ss.; Madrid, Espasa Calpe, 1936 (2.º edic.).

V. Conclusiones

La reforma constitucional es una institución que reúne *in nuce* toda la problemática del constitucionalismo.

Como no existe una norma por encima de la Constitución, en consecuencia, en una Constitución rígida, o sea, que prevea el procedimiento para su propia reforma, las normas que regulan su modificación aparecen como algo distinto, singulares respecto del resto de las normas constitucionales. Resuman una suerte de *Verfassung in zweiter Potenz*, es decir, las normas sobre revisión jurídicamente funcionan como una auténtica *Grundnorm* del ordenamiento constitucional pues encarnan el más alto presupuesto ideológico de dicho orden jurídico²¹.

Las normas de reforma contienen la autoridad suprema cuya competencia no deriva de otra autoridad que la voluntad colectiva²². «*Lo que significa — señala DE VEGA— que la verdadera competencia de la competencia, donde se centra realmente, es en la norma de procedimiento de la reforma constitucional, cuya autoridad es la única que no puede ser deducida jurídicamente y, por lo tanto, tiene que ser presupuesta*»²³. Efectivamente, por ser la *Grundnorm* del ordenamiento su validez debe ser referida a la soberanía popular.

Se advierte la enorme riqueza jurídica y política que emana de la reforma constitucional, algunas de sus notas hemos intentado mostrar en estas líneas.

21 Cf. Ross, A.; *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 79.

22 Cf. Ross, A.; *Sobre el Derecho y la justicia*, ob.cit., p. 78.

23 Cf. DE VEGA, P.; ob.cit., p. 281.

LA JERARQUÍA NORMATIVA BAJO LA LÓGICA JURÍDICA

Miguel Manuel Tenorio Adame¹

Profesor-Investigador

Universidad Católica de Colombia

mmtenorio@ucatolica.edu.co

I. Introducción

Las diversas sentencias que se han producido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos², en primera instancia han forjado un sólido bloque de convencionalidad vinculante en su observación para los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, sin embargo, dentro de las mismas resultan apreciables múltiples contradicciones en casos similares que se han juzgado. Algunas veces optando por una interpretación extensiva del contenido de la Convención y, otras tantas, con interpretaciones literales de la misma.

Las más de las veces, decretada la inconventionalidad de las normas de derecho interno de un determinado Estado, es criterio concurrente el precisar y sentenciar al Estado demandado, a modificar y ajustar su normativa a lo preceptuado por la propia Convención, ello en atención a la obligación adquirida a partir del denominado *PACTA SUNT SERVANDA*, que obliga a los

1 Este artículo es resultado del proyecto de investigación Derecho, Estado y Sociedad. El autor es miembro del grupo de Investigación en Derecho Público y TIC, de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico mmtenorio@ucatolica.edu.co – ORCID 0000-0002-8325-8087

2 En adelante la Corte, Corte IDH o Tribunal Interamericano.

3 En adelante la Convención o Pacto San José de Costa Rica.

firmantes de la misma a regirse por las normas en ella consagradas y hacer de sus preceptos una adherencia al derecho interno, en pro de la protección de los Derechos Humanos⁴.

Así, en no pocas ocasiones, la Corte ha determinado que los Estados sentenciados deben estar supeditados a lo consignado por la Convención, puesto que ésta hace las veces de norma suprema, dejando entre ver que, al serlo, las interpretaciones que en su momento puedan derivarse del ejercicio jurisdiccional de la misma, deben igualmente ser tomadas con toda fuerza y vigor, al ser considerada como mandato constitucional para el derecho interno de cada ente firmante debido al concepto de Bloque de Constitucionalidad.

No obstante, para un grupo de juristas la Corte no sólo se contradice en sus diversas interpretaciones, sino que pretende, vía «progresividad» de Derechos Humanos, realizar una suerte de control del derecho interno de los Estados, al grado de atentar contra la soberanía de éstos. Se confunde en medida la naturaleza jurídico-contractual de la Convención y la obligatoriedad de su cumplimiento por vía de complementariedad y/o adherencia. Mientras que para otro grupo de jurisconsultos la jurisdicción internacional de DDHH tiene un valor prevalente con respecto al ordenamiento constitucional interno.

La anterior contraposición de posturas hace revivir la pírrica discusión entre la prevalencia de jurisdicciones. Si esta contraposición argumentativa se cambiara por la complementariedad de jurisdicciones la ecuación de tensión jurídica se transforma en resultado de complementariedad funcional y orgánica de ambos sistemas. En el sentido de que, cuando ambos sistemas se fortalecen el Estado de Derecho propio del sistema constitucional sale robustecido y con ello el ejercicio de los DDHH inmersos en él.

Para poder dirimir este tipo de contradicciones, resulta indispensable comprender y repensar los conceptos de Constitución y Bloque de constitucionalidad, sólo a partir de este esquema se logra entender la vinculación y fuerza normativa de la Convención dentro del Derecho interno de cada Estado al que es incorporada.

El *quid* de ello consiste en determinar el paso de control de convencionalidad a bloque de constitucionalidad por complementariedad y adherencia. Determinar la forma en que instrumentos supranacionales como la Convención, deben ser observados y seguidos al tipo de directrices que informen el esquema normativo e interpretativo de un país firmante, y la forma en que vía contractual y en busca de un, cada vez más sólido, Estado Democrático, se adhieren al bloque de constitucionalidad con la fuerza jurídica vinculante de ley suprema. En otras palabras, interpretar los DDHH sin tomar en cuenta las características propias del Estado en específico que se juzga y no buscar

4 En adelante DDHH o Derechos inherentes a toda persona.

una armonización entre la jurisdicción constitucional y la supranacional es un error que se debe de evitar por ambas jurisdicciones. Recordemos que las constituciones son la base del Estado de Derecho y el esquema Convencional es una jurisdicción complementaria, ambas con un peso específico democrático en su respectivo espacio.

De esta forma, en el presente texto ofrecemos a discusión un análisis de esta problemática, sobre el entendimiento de Constitución y bloque de constitucionalidad, tratando de demarcar que el deber de convencionalidad y apego a la normativa supranacional, se vuelve ordenamiento interno, en cuanto así es considerado por la norma suprema de cada Estado en particular, adoptando para cada caso en específico, el modo y forma de su respectiva organización jurídico-política.

Hemos optado por dividir el presente escrito en tres capitulados. El primero de ellos, versará doctrinariamente sobre el entendimiento de bloque de constitucionalidad, concepto que se pretende concebir sobre la idea de relación biunívoca entre DDHH y facultades de las instituciones políticas sobre la cual, a nuestro decir, se forja la postura de Supremacía Constitucional, teniendo sobre la base estructural la unificación entre derechos inherentes al ser humano y las instituciones democráticas del Estado, es decir, entre parte dogmática y parte orgánica de una Constitución, que son elementos mínimos indispensables para hablar de ello.

En un segundo capítulo, nos hemos propuesto el desarrollo de lo que se denomina Control de Convencionalidad y cómo es que históricamente se ha llegado a él. Tal apartado trata de postular la forma en que la Convención como aparato normativo supra nacional, ha encajado dentro del derecho interno de los Estados parte.

En el último de los capítulos propuestos, desarrollaremos la naturaleza jurídica y política de la propia Convención, con la finalidad de sentar los cimientos sobre la función de ésta, con base en su característica de norma complementaria. De igual forma, se analizará el alcance del principio de complementariedad, en atención a la función de una norma adherente a la ingeniería constitucional del Estado colombiano.

Así las cosas, tratamos de evidenciar el sentido y modo en que el derecho supranacional, hace parte integral de la mecánica constitucional de Colombia, pero especificando los parámetros que deben seguirse y la forma y límite que este derecho tendrá dentro del Estado. Entendiendo siempre que éste surtirá las veces de derecho adherido a la norma suprema, más no será norma suprema, que se encuentre por encima de la ley fundamental que le hospeda. La norma principal es la Constitución en atención al artículo 4 que evoca su supremacía, mientras que, la norma accesoria es la Convención porque adquiere el grado de supremacía al adherirse a la Carta magna, fortaleciendo así a ambas jurisdicciones.

II. Del concepto de bloque de constitucionalidad

La figura del «Bloque de Constitucionalidad» (BC), necesariamente parte del concepto de adherencia de normas externas hacia normas constitucionales. Por lo que esa incorporación responde a la situación fáctica de que las normas incorporadas adquieren supremacía constitucional en virtud de que se adhieren a la Constitución.

Las normas adherentes hacen parte de la propia Constitución en sentido material, su incorporación es considerada conformadora de la unidad constitucional, bajo el fenómeno de la recepción en el modelo constitucional. Al formar parte de esa unidad, las normas que hacen parte del BC, se convierten en parámetros normativos e interpretativos de rango constitucional.

En un criterio muy reciente, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Ellas son (i) los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, y los del derecho internacional humanitario, bloque de constitucionalidad estricto sensu; y, (ii) aunque no tengan rango constitucional configuran parámetros para examinar la validez constitucional de las normas sujetas a control las leyes estatutarias, las leyes orgánicas y algunos convenios internacionales de derechos humanos, calificados como integrantes del bloque de constitucionalidad *lato sensu*⁵.

Por su parte, para Hans Kelsen⁶ el Bloque de Constitucionalidad es «la recepción y adopción de disposiciones jurídicas ajenas a un sistema jurídico es un procedimiento abreviado de creación jurídica, por medio del cual se le otorga validez y, por lo tanto, pueden ser consideradas como parte del sistema jurídico receptor».

Esta definición nos engloba gratificante dos elementos determinantes para poder distinguir entre Constitución y Bloque de constitucionalidad. Por un lado, nos establece la categoría de sistema jurídico ajeno, que, si bien le pondera como forma abreviada de creación normativa, no se trata tanto de una creación, sino de una adición a un apartado normativo ya existente. Realmente no se crea una nueva norma, se adapta una ajena, a otra ya creada por moción del soberano. Creando ahora una unidad entre derecho interno y derecho externo.

5 Corte Constitucional, sentencia C-181 de 1998, C-750 de 2008 y C-026/20, entre otras.

6 KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 138.

Un segundo elemento distintivo, es que la adherencia del derecho supranacional al ordenamiento constitucional, le dota al primero de validez en cuanto al régimen interno, lo que le postula no como un simple dispositivo normativo, sino que le ampara respecto de su observancia y obligatoriedad, con base en los dispositivos de salvaguarda que el propio sistema receptor tiene para su propia defensa. Adquiere rango supremo por ser recepcionado dentro de la misma norma de normas que es la Constitución.

Así, el derecho que se integra se vuelve vinculante por adherencia, al estar protegido por la norma fundante del Estado que le recepción y se compromete, contractualmente con instancias supranacionales, a su observación y acatamiento normativo, ya que su vinculación proviene de una relación contractual, de una manifestación de voluntades entre entes firmantes.

Para Louis Favoreu⁷, la noción de bloque de constitucionalidad es una construcción jurídica del derecho francés. La idea de 'bloque' evoca la de solidez y unidad. Se define un bloque como un 'conjunto que no puede ser escindido o dividido. Situación ésta que nos trae a la mente la idea de Constitución Total pugnada por Kelsen⁸. A nuestra interpretación, la mejor de las concepciones, en carácter formalista y normativista, para poder entender el tema que nos atañe. Esta concepción establece a la Constitución como un todo y no como una separata entre derechos e instituciones políticas.

El bloque de constitucionalidad alude a todas las normas que no están consignadas en una Constitución, pero que, debido a su contenido, tienen un tratamiento similar a los derechos fundamentales⁹.

La idea de «Bloque de Constitucionalidad», necesariamente parte del concepto de unión de normas externas hacia normas constitucionales. Por lo que esa incorporación responde a la situación fáctica de que las normas incorporadas adquieren supremacía constitucional en virtud de que se adhieren a la Constitución en cualquiera de sus partes, ya se la dogmática u orgánica.

Las normas adherentes hacen parte de la propia Constitución, su incorporación es considerada conformadora de la unidad constitucional, bajo el fenómeno de la recepción en el modelo constitucional. Al formar parte de esa unidad, las normas que hacen parte del BC, se deben de interpretar con forme a parámetros de norma suprema.

Es muy importante distinguir la norma adherente de la norma principal Constitución. Por lo que las normas adherentes se interpretan bajo paráme-

7 FAVOREU, L., «El bloque de constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, enero-abril, Madrid, 1990, pp. 45-68.

8 KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, 15.^a edición, editorial nacional, México, 1979, pp. 262-273.

9 PRIETO SALAS, M. A., «Semiótica y derechos humanos», en AGUDELO GIRALDO, O. A. (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial*, Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020, pp. 15-42.

tros constitucionales, y NO, la Constitución se interpreta bajo los parámetros de las normas adherentes. La suerte de lo accesorio (la norma adherente) sigue la suerte de lo principal (Constitución).

Esta idea se pueda confirmar dentro de la doctrina francesa que fue la creadora del concepto «Bloque de Constitucionalidad», la cual incorpora la declaración de «Los Derechos del Hombre y Ciudadano» de 1789 y el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, en su Constitución de 1958.

Como se puede observar, la incorporación de la «Declaración de los Derechos Hombre y Ciudadano» a la Constitución Francesa de 1958, responde al concepto de unidad de Constitución entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Ley Fundamental que crea la supremacía constitucional¹⁰.

Así la norma que se incorpora a la Ley Fundamental a través del concepto de Bloque de Constitucionalidad (BC), adquiere supremacía por adherirse a otra norma principal que es la Constitución. Esto tiene una especial importancia visto a la luz de un Principio General del Derecho utilizable en materia civil, que implicará pues que la suerte de lo adherido (accesorio), habrá de seguir la suerte del instrumento y Estado al que se adhiere (principal), en este caso específico la Constitución, por lo anterior adquiere rango supremo.

Bajo este entendimiento, cobra relevancia nuestra afirmación anterior sobre la percepción kelseniana de Constitución Total. Idea sobre la cual el profesor Rubio Llorente¹¹ basa la idea de BC, al precisar que éste con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado como la forma que el Estado adopta para sí.

Con un fundamento un tanto diferenciado, pero siguiendo la misma premisa de adherencia, Rodrigo Uprimny¹², refiere que «la noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional,

10 Artículo XVI de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789): Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.

11 RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder: estudios sobre la constitución*, 3.ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 103-124.

12 UPRIMNY YEPES, R., «El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal», en *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n.º 3, Perú, 2014, p. 118.

esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita».

Al final, la idea de Bloque de Constitucionalidad deja una idea principal, que es la incorporación de normas externas al ordenamiento interno. Podemos bien seguir la postura de Uprimny respecto de la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional, es decir, que se trata de un dispositivo normativo que contiene, como lo refiriera Bidart Campos¹³ disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental.

Sin embargo, a nuestra perspectiva, esta apreciación puede resultar un tanto ambigua, pues prestaría atención a interpretaciones consistentes en normas constitucionales existentes a la par de la propia Constitución, lo que implicaría la creencia o el panorama de una diversidad de normas Constitucionales, cosa que no resulta muy acertado.

Debe tenerse en consideración que, al menos para el Estado Colombiano, sólo existe una norma fundante, una Constitución, misma que marca, en términos shmittianos, el modo y la forma de un Estado. Sólo este texto en su totalidad e integridad es soberano, es decisión, es ordenamiento supremo. Las normas que no siendo constitucionales se adicionan a ella, adquieren calidad de norma suprema, más no fundante. Serán soberanas por incorporarse a ella, pero con las limitantes que ésta ha establecido a la valoración, interpretación y ejecución de sus normas internas.

Se tratará de dispositivos normativos, que siempre que sean adheridos a una Constitución, contendrán concretamente disposiciones materialmente constitucionales, pero que, si ello no es así, sólo serían normas abstractas de derecho externo, sin vinculación ni relación de obligatoriedad alguna.

De esta forma, el BC debe entenderse, para el caso de normas supra nacionales, como la adhesión de normas jurídicas ajenas a la Constitución, a las cuales se les otorga validez constitucional por los principios de unidad y totalidad, por lo tanto, pueden ser consideradas supremas como parte de la Ley Fundamental, a pesar de que puedan contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

Entender esto resulta sumamente importante para el Derecho Constitucional, ya que la norma adherida a una Constitución goza de validez por razón de unidad y totalidad, lo que les sitúa en un nivel de supremacía dentro del derecho interno al que se conjunta. No obstante, tiene limitantes de cambio por razón de su especial naturaleza, lo que de inicio implica un régimen diverso al contenido para con los poderes constituidos.

13 BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 430.

Si ello es así, es decir, si su procedimiento de reforma depende de un ente supra nacional, mismo que sale fuera del control interno de la norma fundante, lógico es pensar que, las reformas, interpretaciones o reinterpretaciones que sus normas y designios tengan, en todo caso, tendrán que ser igualmente valorados en su incorporación y obligatoriedad, respecto de la idoneidad de aplicabilidad dentro del derecho interno. De comprenderlo de manera contraria, ello acarrearía problemas que nada tienen que ver con el BC, ni con el control de convencionalidad, sino con conceptos como el de Soberanía y Ley Suprema.

2.1. Supremacía Constitucional

La Supremacía Constitucional obedece a dos razones básicas:

1. La idea de supremacía desde la Teoría y Metafísica Política;
2. El concepto de supremacía normativo.

La idea de la Supremacía desde la Teoría y Metafísica Política responde a la composición de la Política en su forma vertical (quién manda) instituciones que derivan de la idea del poder público, y en su forma horizontal (cómo se obedece) mediante el ejercicio de derechos inherentes a las personas.

Por lo que, desde el punto de vista de la Teoría y Metafísica Política, la Constitución es suprema, porque sin ella no hay organización social bajo la concepción actual de Estado Democrático y de Derecho, pues ella fundamenta la estructura del Poder Público y el ejercicio de los derechos fundamentales.

El concepto de Supremacía Constitucional desde el punto de vista normativo responde al mandato constitucional de que la Ley Fundante es norma de normas, y en caso de incompatibilidad entre ésta y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Así, la supremacía constitucional desde el punto de vista normativo adquiere un peso jurídicamente vinculante mayor a la de cualquier norma: Ley, Reglamento, Tratado Internacional o Sentencia. «El control de constitucionalidad es parte fundamental en todos los Estados, pues es el encargado de conservar la supremacía de la Constitución. En el Estado colombiano, este control forma parte importante de su sistema jurídico, ya que a través de este mecanismo se logra mantener a la Constitución como la norma de normas, estableciendo de esta manera que en ningún momento sea controvertida con una de menor jerarquía»¹⁴.

14 CUBIDES CÁRDENAS, J., ABRIL ZULETA, P. A. Y FAJARDO HERNÁNDEZ, A. O., «Control de constitucionalidad hacia un conflicto armado que afecta al medioambiente», en CUBIDES CÁRDENAS, J. Y VIVAS BARRERA, T. G. (ED.), *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y en etapas de posconflicto*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018, p. 198.

No obstante, en la comprensión de Constitución como norma de normas y superpuesta a cualquier otra, aun cuando sea adherida, ha traído al debate, cuando menos, tres posturas bien definidas:

1. La pírrica discusión de la prevalencia entre la jurisdicción de la norma adherente y la Constitución;
2. La supremacía de la norma por estar integrada a la Constitución; y,
3. La integración de sistemas normativos.

2.1.1. La pírrica discusión de la prevalencia entre la jurisdicción de la norma adherente y la Constitución

Por cuanto hace al primero de nuestros tópicos, debe precisarse que existen 2 hipótesis de normas adherentes: a) Normas de derecho interno; y, b) Normas de derecho internacional.

Cuando las normas adherentes provienen del derecho interno, es decir, pueden ser normas con menor jerarquía constitucional o normas que positivamente no son vigentes y vuelven a tener vigencia a partir de su inclusión en el concepto de BC¹⁵. Estas normas tienen carácter inferior al de la Constitución. Regularmente este tipo de normas van dirigidas a la parte orgánica constitucional y su función se circunscribe a delimitar conflictos de competencias en regímenes autonómicos. Ejemplo actual el caso español y el estatuto catalán.

Otro ejemplo estriba, en el caso francés el cual revive derecho aparentemente en desuso y lo convierte en derecho positivo nuevamente. Aquí el operador jurídico le vuelve a dar fuerza vinculante a normas jurídicas que consideró que se deberían de seguir aplicando.

La hipótesis en la cual la norma adherente es de derecho interno es un ejemplo típico del Derecho Europeo Continental. En este supuesto prima las cuestiones políticas sobre las jurídicas, es decir, se crea el consenso político entre los operadores jurídicos (jueces) para que la norma adherente haga parte de la Constitución a través del BC.

Cuando la norma adherente proviene del derecho externo, es decir, son normas provenientes de la jurisdicción internacional, generalmente son tratados internacionales o sentencia de tribunales supranacionales. Esto revive la pírrica disputa de la prevalencia entre jurisdicción nacional y la internacional.

La constante disputa entre la jurisdicción nacional representada por la Constitución y la jurisdicción internacional representada por los tratados internacionales. Esta es una disputa que pierde sentido a partir del concepto

15 Estatutos autonómicos (España); Incorporación de la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano o el preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 (Francia).

de BC, dado que son jurisdicciones distintas, y toda vez, que una se incorpora a la otra en un momento específico y fáctico, esta hace parte de la Constitución y adquiere la suerte de la Ley Fundamental.

La anterior aseveración es falsa, toda vez que las cláusulas pétreas en las Constituciones Latino Americanas y en específico en la colombiana y mexicana están prohibidas o no se encuentran contempladas.

Otro argumento para fundamentar la absurda prevalencia entre la jurisdicción internacional sobre la constitucional consiste en que el derecho internacional contempla una serie de principios a favor de los derechos humanos, que van desde el *Pacta Sunt Servanda*, *Ius Cogens*, *Pro Homine*, Universalidad, Progresividad, entre otros, y que los sistemas constitucionales no ofrecen esa clase de garantías.

Este argumento también cae de su peso, toda vez que, las Constituciones en Latino América en general, y en específico la colombiana y la mexicana, tienen expresamente en su articulado o por vía de interpretación estos principios que no sólo se aplican para la parte dogmática, sino también en su parte orgánica.

Hay que ser muy enfáticos en el sentido de que NO se busca la prevalencia de un sistema jurídico sobre otro. Lo que se trata es hacer un sistema jurídico integrado a través del concepto de BC, en el cual la norma adherente una vez integrada a la Constitución adquiera rango supremo y sea de obligatorio cumplimiento en el sistema jurídico receptor.

En América Latina, estamos acostumbrados al mestizaje jurídico, pues nuestros sistemas normativos siempre han recibido y adoptado normas que vienen de sistemas jurídicos diferentes desde la creación de nuestros Estados. América Latina, a través de la idea kantiana de la «Paz Perpetua», enriquecida bajo el concepto cosmopolita del mestizaje jurídico, puede crear a partir del derecho constitucional, unos parámetros normativos universales dentro de cada una de las jurisdicciones que se integran en el continente.

Construir desde los cimientos constitucionales la idea de BC, implica que la norma adherente tiene una adaptación inmediata y concreta dentro de todo el sistema jurídico constitucional. También nos ayuda la idea de la construcción de normas a nivel interno, en el sentido de que, cuando una norma proviene de un sistema normativo diferente, su adhesión es más tersa si se homologa con el resto de las normas del sistema jurídico receptor, pues su aplicación es más efectiva al tener menos contradicciones con las normas ya existentes.

Por lo que, al entrar a un modelo constitucional basado en la unidad y totalidad de la Constitución, la armonización con las demás normas y principios constitucionales implica una correcta adhesión al sistema jurídico receptor, trayendo eficacia y seguridad jurídica. Si, por el contrario, la norma adherente prevalece frente al conjunto de normas constitucionales a las cuales

se adhiere, crea inestabilidad jurídica y poca solidez en su carácter jurídico vinculante, teniendo como resultado ineficacia e inseguridad jurídica.

De Vergottini¹⁶, deja patente que la constatación de la relevancia de la recepción de normativas convencionales formadas en sede internacional, que seguramente están en condiciones de asegurar la uniformización en los ordenamientos constitucionales, trae como consecuencia la convergencia entre ellos.

2.1.2. La supremacía de la norma por estar integrada a la Constitución

Otro problema que viene a solucionar el concepto de «Bloque de Constitucionalidad», es el de la jerarquización normativa una vez la norma adherente entra en el modelo constitucional del cual va a ser parte.

Para que la norma adherente pueda ser considerada suprema, necesita ser recepcionada dentro de un modelo constitucional específico. La Constitución es el sistema normativo que crea el modelo que le da el grado supremo a la norma adherente, independientemente de que ésta provenga del derecho interno o del derecho internacional.

Para que una norma llegue estar insertada en una Constitución específica, por el concepto de BC, los actores encargados de su inserción deben hacer un test, de lo que De Vergottini¹⁷, ha denominado «La Relación entre Imitación de un Modelo Constitucional y la Innovación».

La innovación supone lo nuevo, es decir, la introducción de nuevas reglas en el sistema o modelo constitucional. Esta idea está ligada con el concepto del Poder Constituyente, el cual tiene libertad absoluta de creación normativa constitucional, por estar dotado de las prerrogativas provenientes de la soberanía.

El Poder Constituyente es fuente originaria de principios fundadores que condicionan los posteriores desarrollos normativos, incluyendo los que serán objeto de adhesión en el concepto de BC, por lo que poseen la característica de no ser condicionables por normas extrañas a los mismos procesos constituyentes.

Por esta razón, las normas adherentes relacionadas con procesos innovadores carecen de posibilidad de adaptación en el modelo constitucional que intenta ser introducidas. Por lo anterior, carecen de eficacia normativa vinculante en el sistema receptor.

16 DE VERGOTTINI G., *Modelos constitucionales e innovación. Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense de Madrid, España, 2001, pp. 1367-1384.

17 *Idem*.

Caso muy distinto para la imitación de modelos. La imitación supone tomar como referencia soluciones previamente maduradas en otro ordenamiento jurídico que pasa a constituirse en modelo diferente al modelo receptor. Hay que distinguir entre los grados de intensidad imitativa, en función del grado de amplitud y concreción de la apelación a opciones efectuadas por otro modelo jurídico.

En la adaptación que se propone, la norma imitante corresponde a la norma adherente y el ordenamiento imitado corresponde a la norma receptora, independientemente de donde provenga la norma, Derecho interno o externo. También es inverosímil, si estamos frente a una norma que corresponda a la parte dogmática u orgánica.

Cuando los valores que caracterizan al ordenamiento imitante (norma adherente), están próximos a los del ordenamiento imitado (norma receptora) y comparten la misma cultura jurídica, cabe esperar un resultado adecuado en la adaptación, creando eficacia normativa y seguridad jurídica.

Cuando los valores que caracterizan el ordenamiento imitante (norma adherente), no coinciden con los del ordenamiento imitado (modelo constitucional receptor) no comparten la misma cultura jurídica, cabe esperar un resultado inadecuado, creando ineficacia normativa e inseguridad jurídica.

Una vez verificadas las posibilidades de adaptación de la norma adherente a la norma principal, y si la primera cumple con las características de adaptación de la segunda, se procede a ser incorporada al sistema de constitucional específico. Al ser parte del sistema constitucional específico, la norma adherente hace parte de la Constitución y se considera suprema por el principio de totalidad y unidad constitucional.

2.1.3. De la integración de sistemas normativos

En este punto nace la interrogante de ¿Qué pasa con las normas constitucionales que fueron adheridas mediante el concepto de «Bloque de Constitucionalidad»? Bajo el esquema que hemos venido manejando al momento, la respuesta resulta obvia, se interpretan acorde a los parámetros constitucionales en su totalidad y unidad.

La Constitución normativamente, establece las reglas por las cuales las instituciones políticas ejercen sus facultades y a las personas se les reconocen el ejercicio de sus derechos. La Constitución políticamente, es el gran consenso de la sociedad en una jurisdicción específica.

Si las normas adheridas en el «Bloque de Constitucionalidad», provienen del derecho interno, y se adaptaron al gran consenso político y normativo que significa la Constitución, harán parte del derecho positivo constitucional dándole vida a ese reparto de facultades de diversa prevalencia constitucional, pero que forman parte de un mismo modelo.

En el caso en que las normas adherentes al «Bloque de Constitucionalidad», revivan Derecho que no estaba vigente, éste volverá a tener fuerza positiva, por lo que tendrá fuerza jurídica vinculante.

Para el caso de que la norma incorporada provenga del Derecho externo o jurisdicción internacional, ésta tendrá grado supremo constitucional por estar incorporada a la Ley Fundamental por los principios de unidad y totalidad constitucional. Estaremos frente al fenómeno de lo que Pedro de Vega¹⁸ ha denominado la Mundialización del Derecho Constitucional.

Al respecto hay que hacer dos precisiones en cuanto a la integración de sistemas normativos, una metodológica y otra sustantiva. La metodológica, consiste en que una vez las normas dentro del sistema Constitucional seguirán las mismas reglas de interpretación constitucional que cada Estado se haya dado para sí de acuerdo con la forma política y jurídica que este tenga.

Respeto a la de fondo o sustantiva, es enfocada al nivel de integración política respecto de los sistemas normativos. No es lo mismo la integración normativa cuando hay una unión política o la perspectiva de una (Unión Europea), que cuando NO existe si quiera esa perspectiva de unión (América Latina).

III. Control de convencionalidad

Cuando un Estado Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos que integran los Poderes del Estado, los autónomos constitucionales y en general todos sus órganos, están sometidos a éste, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los entes públicos, están en la obligación de ejercer de oficio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana¹⁹.

No obstante, este último punto debe tenerse y preverse con sumo cuidado, si bien se tiene obligación de interpretación convencional y de acatar las posturas dadas por la Corte, éstas sólo deberán entenderse cuando sean idóneas al derecho constitucional interno. Existiendo una interpretación

18 DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional», en *Obras Escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 13-56.

19 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile

que contrarie el mandato constitucional, podrían gestarse problemáticas de conceptos como soberanía, como *lex superior*, como adherencia de derecho supranacional al derecho interno.

El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben en el marco de sus respectivas competencias, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados de acuerdo con las normas establecidas en la Convención y su interpretación²⁰. En palabras de la propia Corte IDH, al resolver el caso *Gelman vs. Uruguay*, el control de convencionalidad es una tarea y función de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (párr. 239)²¹.

Función que implica conocer, así como los tribunales nacionales de constitucionalidad, al tratarse de derecho convencional, sobre el apego y control del derecho interno en materia de convencionalidad. En palabras de Sergio García Ramírez:

En cierto sentido, la tarea de la Corte [IDH] se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la «constitucionalidad», el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la «convencionalidad» de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía²².

Esto resulta ser una suerte de interpretación extensiva del principio de convencionalidad, ya que se está abarcando no sólo a los titulares del poder público, sino a todo órgano que pueda tener una relación de autoridad para con los gobernados²³.

20 Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158, párr. 128, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, supra, párr. 269.

21 Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2011 (Fondo y Reparaciones).

22 Corte IDH, *Voto concurrente razonado juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi vs. Ecuador*, 2004.

23 *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006).

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordena

Esto, en efecto, tiene cabida dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, ya que ello resulta más que necesario en su aplicación, el que toda autoridad tenga la obligación de emitir sus respectivos actos de autoridad, con base en los estándares Constitucionales y Convencionales indispensables.

IV. Principio de complementariedad

La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Preámbulo de la Convención Americana advierte que el sistema interamericano es, «coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». Es así, como el Estado «es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, **lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos**». Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un «control de convencionalidad»²⁴. (Énfasis añadido)

Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados, de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas

miento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana; sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

24 Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259

(primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma subsidiaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí para el respeto de la Convención.

El ámbito complementario de la Corte Interamericana no es un instrumento de sustitución a las potestades y jurisdicción de cada Estado parte de la Convención, sino al contrario, se creó como un mecanismo de apoyo que complementa esa potestad de los Estados miembros. De esta manera un adecuado control interno de convencionalidad es la herramienta más efectiva para lograr los fines de la Convención americana sobre derechos humanos, dando a cada Estado la función de garante de los mismos derechos.

En palabras de Sierra Zamora²⁵, lo que se busca con la implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es «salvaguardar los DDHH de los habitantes dentro de cada Estado latinoamericano. De esta forma, la Corte IDH no se impone sobre los Estados y mucho menos viola su soberanía, sino que coadyuva al cumplimiento de los DH».

V. Conclusiones

El control de convencionalidad implicará que los Estados miembros de la Convención, estarán facultados y obligados por su relación contractual derivado de la *Pacta Sunt Servanda*, para observar y aplicar las normas de este instrumento normativo, en cuanto a una argumentación mayormente protectora de derechos humanos, sobre el mentado principio de Progresividad de estos. Lo anterior, debido a la supremacía normativa que implica el sistema constitucional en su conjunto.

Debe considerarse que tal facultad y obligación, ha sido diseñada como un *imperium* normativo por la supremacía constitucional, derivado de una herramienta subsidiaria a través del bloque de constitucionalidad cuya función es fortalecer la realización de interpretaciones integrales. Que una vez unificadas en el derecho interno, actúa como un tamiz de ponderación sobre la idoneidad de normas jurídicas y actos de autoridad del Estado parte.

Como puede observarse, la línea que delimita la actuación de la Convención y de la Corte, no puede verse invisible, existen límites contractuales a la misma, ya que, en efecto, la Convención no es una norma suprema, no para efectos internos. Vía bloque de constitucionalidad forma parte de la norma suprema, pero no se encuentra por encima de ésta. Es sólo una parte inte-

25 SIERRA ZAMORA, P. A.; CUBIDES CÁRDENAS, J.; CARRASCO SOULÉ, H., «El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Derecho colombiano», en CHACÓN, N., *et al.* (Ed.), *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 100.

grante de la totalidad de ésta, no una norma superior a la Constitución. Ésta no es soberana sobre el Estado o su cuerpo electoral, es sólo una medida de racionalización y conducción Estatal.

Entendiendo que si bien, la Convención tiene fuerza vinculante para el derecho interno, lo es en la medida en que es el propio Estado quien le dota de tal carácter, al hacerlo parte de su ingeniería constitucional, de su norma fundante, pero siempre sobre el esquema particular de cada ente en particular. Así, el modo y la forma en que la Convención ingresa y se adhiere a la norma constitucional, dependerá siempre al caso concreto sobre el que se rige políticamente cada sujeto firmante. Se trata de una adhesión abstracta que encuentra forma, con base en la mecánica a la cual se implanta. Funcionará como un engrane que abarca y protege en mayor medida el núcleo de la *lex superior*, y es por esa razón que la propia norma suprema le dota de vitalidad y vigencia normativa al carácter constitucional.

Es pues, un ordenamiento que complementa al carácter de adherencia el esquema normativo de un determinado país, pero no resulta ser norma superior. Forma parte de la norma suprema y en consecuencia es de observancia obligatoria, pero no es norma suprema en sí misma. Su límite se encuentra en el designio constitucional concreto al cual se introyecta y dentro del cual entra.

Las jurisdicciones constitucionales e internacionales de Derechos Humanos deben ser concedidas en su efecto jurídico y político como complementarias. El asumir que una esta normativamente por encima de la otra es crear un falso debate que nos lleva a la pírrica discusión de prevalencia normativa donde no la puede haber, debido a su naturaleza jurídica.

El advenimiento de una cultura progresiva y vinculante de los Derechos Humanos es totalmente viable a través del Estado constitucional. Mientras no exista una jurisdicción superior a la Constitución, ésta seguirá siendo norma suprema, la cual acoge y comparte su fuerza vinculante superior con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

VI. Fuentes de consulta

AGUDELO GIRALDO, O. A. (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial*, Colección Jus Filosofía, Editorial Universidad Católica de Colombia.

BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

CHACÓN TRIANA, N. (et al.), *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Colección IUS Público 4, Universidad Católica de Colombia, Colombia, 2015.

Corte Constitucional, sentencia C-026/20.

Corte Constitucional, sentencia C-181 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C-750 de 2008.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2011. Serie C n.º 221.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259.

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158, párr. 128, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra, párr. 269.

CUBIDES CÁRDENAS, J., ABRIL ZULETA, P. A. Y FAJARDO HERNÁNDEZ, A. O., «Control de constitucionalidad hacia un conflicto armado que afecta al medioambiente», en CUBIDES CÁRDENAS, J. Y VIVAS BARRERA, T. G. (Ed.), *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y en etapas de posconflicto*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018.

DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional», en *Obras Escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

DE VERGOTTINI G., *Modelos constitucionales e innovación. Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense de Madrid, España, 2001.

Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789).

FAVOREAU, L., «El bloque de constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, enero-abril, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ LEMUS, M., *La novela «Los derechos en serio en el sistema regional interamericano»: una justificación teórica del control judicial de convencionalidad*, Universidad Carlos III, Madrid, 2016.

HITTERS, J., «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», en *Revista Estudios Constitucionales*, 2009, pp. 109-128.

- HITTERS, J.**, «El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (Supervisión supranacional. Cláusula federal)», en *Revista Peruana de Derecho Público*, 2011, pp. 13-46.
- KELSEN, H.**, *Teoría General del Estado*, 15.ª edición, editorial nacional, México, 1979.
- KELSEN, H.**, *Teoría pura del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1991.
- PRIETO SALAS, M. A.**, «Semiótica y derechos humanos», en **AGUDELO GIRALDO, O. A.**, *Derechos humanos, democracia y poder judicial*, Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020.
- RUBIO LLORENTE, F.**, *La forma del poder: estudios sobre la constitución*, 3.ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- SIERRA ZAMORA, P. A.; CUBIDES CÁRDENAS, J.; CARRASCO SOULÉ, H.**, «El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Derecho colombiano», en **CHACÓN, N., et al.** (Ed.), *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.
- UPRIMNY YEPES, R.**, «El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal», en *Ius Inkarrí. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n.º 3, Perú, 2014.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Rafael Colina Garea

Catedrático de Derecho Civil

Universidad A Coruña

(España)

rafael.colina@udc.es

I. Los presupuestos

1.1. El individualismo jurídico

Desde la perspectiva de la realidad actual asentada sobre los presupuestos del Estado Social, consagrado en el art. 1.º CE, no es de extrañar que en nuestra Constitución haya normas de Derecho Privado que regulen las relaciones entre los particulares¹. No siempre fue así. La presencia de normas de Derecho Privado en un texto constitucional es el resultado de una transformación de las Constituciones modernas, operada a través de un proceso histórico que transcurre simultáneamente a la crisis de las ideas liberales y alcanza su cenit, tras la Revolución Bolchevique de 1917, con la Constitución alemana de Weimar².

A lo largo del período que va desde finales del Siglo XVIII hasta bien entrado el Siglo XIX, las Constituciones se habían identificado con el proceso de desmantelamiento del Estado absoluto y la edificación del Estado de Derecho. La totalidad de las Declaraciones Fundamentales del orden liberal obedecían al propósito de superar los presupuestos del Antiguo Régimen³. Consecuentemente, como principios básicos del nuevo orden a instaurar, se erigían la

1 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *El derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 30.

2 GALGANO, F., *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*. 2.ª ed. Accr, Bologna, 1979; *Idem. Diritto civile e commerciale*, vol. I, *Le categorie generali, le persone, la proprietà*, Padova, 1990, p. 81; *Idem. Diritto Privato*, 7.ª ed., Padova, 1992, p. 46.

3 BARASSI, L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 41; BARCELLONA, P., *Gli istituti fondamentali del Diritto Privato*, Napoli, 1972, p. 126.

libertad de la persona humana, la igualdad de los ciudadanos, la fraternidad, el absolutismo de la propiedad y la plenitud de la autonomía privada⁴.

Debido a la influencia de las teorías y los avances logrados por la física, matemática, fisiología, astronomía, etc., tanto el racionalismo como el empirismo adoptan en sus explicaciones de la sociedad puntos de vista claramente atomistas, según los cuales la materia, es decir la sociedad, está formada por simples átomos, por individuos aislados. El individuo, al aparecer así como el centro de un sistema social en el que se han suprimido los cuerpos intermedios, constituye un valor primordial del que derivan todos los demás⁵. Para el nuevo orden, el sujeto individual es un dato presocial, y como tal se contrapone a la sociedad⁶. El individuo, por lo tanto, es un ser de carácter abstracto que se valora como una realidad en sí mismo, sin estar sumergido en el mundo de las relaciones sociales. Es un ser autosuficiente ajeno al contexto social que no necesita de los demás y se relaciona tan sólo en aquellas ocasiones en que lo quiere y en la medida que lo quiere⁷. Las relaciones humanas así existen y se gobiernan por voluntad de los individuos, que ha de ser plena, libre, e inviolable, constituyendo ley entre las partes contratantes. Es el reinado absoluto de la autonomía de la voluntad⁸. Desde este planteamiento, la sociedad aparece como una mera yuxtaposición de

4 COMPORTE, M., «Ideología e norma nel diritto di proprietà», *Riv. Dir. Civ.*, anno XXX, 1984, Parte I, p. 289. DE ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la Codificación (I)*, Sevilla, 1978, p. 112; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución del pensamiento económico y el Derecho Civil: ensayo para su enseñanza*, Barcelona, 1991, p. 25.

5 En la Francia inmediatamente posterior a la Revolución, la desaparición de las corporaciones o grupos intermedios quedaba garantizada mediante la interdicción que de las mismas efectuaba el Decreto de 14 de junio de 1791, cuyo art. 1 prescribía: «Siendo una de las bases de la Constitución francesa la supresión de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo Estado y profesión, queda prohibido reestablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y bajo cualquier forma». Al respecto, *Vid.* GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato e i suoi attuali confine», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Anno XV, 1961, p. 400; FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial*, Trad. L. López Guerra y N. Muñiz, Madrid, 1975, p. 29.

6 IRTI, N., *Dal Diritto Civile al Diritto Agrario. Momenti di storia giuridica francese*, Milano, 1962, p. 2.

7 Sobre el tema de las relaciones sociales del individuo en el orden liberal, *Vid.* LUCARELLI, F., *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Contributi di E. Briganti, M. Ciancio e L. Russo, Padova, 1990, pp. 10 y 11.

8 PORTALIS, («Discours Préliminaire», (Conseil d'Etat), *Naissance du Code Civil. An VIII-an XII-1800-1804*, Paris 1989, p. 78) afirmaba que «los hombres deben poder tratar libremente sobre todo lo que les interese; sus necesidades les acercan; sus contratos se multiplican tanto como sus necesidades. No hay legislación en el mundo que pueda determinar el número y fijar la diversidad de acuerdos de los que los asuntos humanos son susceptibles». Igualmente, *Vid.* COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965, p. 57; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «La propiedad privada y su función social», *Estudios de Derecho Civil*, vol. I., Pamplona, 1992, p. 613.

individuos⁹. Dentro del nuevo orden, la sociedad no es nada más que aquel lugar donde se produce el encuentro y racionalización de los intereses individuales. Ahora bien, sostener estas premisas dogmáticas no significa que la sociedad sea, en modo alguno, anárquica, sino que, por el contrario, posee un orden propio, unas normas intrínsecas que le son consustanciales, cuya vigencia resulta incluso anterior al Derecho positivo y al Estado mismo¹⁰. La sociedad liberal se encuentra solamente gobernada por las leyes de la naturaleza, por las reglas de un mercado de alto capitalismo, y es totalmente inmune a toda coerción jurídica.

En este contexto social, las leyes de la competencia se mostraban capaces de convertir los egoísmos privados en intereses comunes, (*private vices, public benefits*)¹¹. Lo primario es la realización del interés individual¹². El individuo únicamente ha de preocuparse por la satisfacción de sus propios intereses y necesidades, sin detenerse a pensar en el modo de procurar el interés social. El bien común no entra en consideración al decidir la estrategia de la acción individual, porque el individuo persigue exclusivamente sus intereses¹³. Los hombres al buscar libremente su beneficio procuran lo mejor para la sociedad, conducidos por una «mano invisible» a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención¹⁴. Consecuentemente, el individuo no ha de inquietarse por la consecución del interés general o social, porque éste ya se está inconscientemente llevando a efecto cuando actúa en su exclusivo beneficio.

Subyace en esta concepción de la relación entre el individuo y la sociedad la identificación del interés individual con el general. La asunción del pensamiento iusnaturalista permite superar así la dicotomía interés individual-social, apareciendo el primero como un eficiente medio para la realización del segundo, porque el fin del Derecho es el individuo y la sociedad un mero instrumento para la consecución de ese objetivo¹⁵. Se trata de un individual-

9 COSENTINI, F., *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, Trad y vers. esp. A. Aguilera, Madrid, 1921, p. 257.

10 GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1987, p. 119. *Idem. Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1986, p. 127.

11 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en AA.VV., *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 123. *Idem.* «Significación de la representación política», *REP, Nueva época*, n.º 44, 1985, p. 34.

12 BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985, p. 112.

13 ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado Social», en AA.VV., E. Olivás (dir), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, 1991, p. 159.

14 SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D., *Economía*, Trad. L. Toharia y E. Rabasco, 13.ª ed., Madrid, 1992, p. 49; ASCARELLI, T., «Ordinamento giuridico e realtà sociale», en AA.VV., *Il Diritto nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 80.

15 *Vid.* SALVIOLI, G., *El Derecho Civil y el proletariado*, Trad. B. Clavero, Sevilla, 1979, p. 60; COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 264.

lismo que se funda sobre la idea de la perfecta concurrencia de los intereses individuales. Su armonización y racionalización espontánea, mediante las leyes de la competencia, genera de manera inmediata el interés social de la comunidad¹⁶.

Constituyen puntos cardinales de este orden social natural, el reconocimiento de la propiedad privada como un derecho del individuo para la satisfacción de su interés personal y la libertad. La propiedad privada se considera como una atribución o prerrogativa del individuo¹⁷ que proviene del orden natural, entendido como aquel estadio en el que todos los hombres son libres e iguales por naturaleza¹⁸. El dominio es un derecho inherente a la persona humana del que el individuo goza *ex iure naturae*¹⁹ y que representa la exteriorización y proyección de la personalidad del propietario sobre las cosas que le pertenecen. Se entiende que los bienes son una prolongación del ser humano y, en consecuencia, negar el derecho de propiedad sobre ellos sería tanto como negar la persona misma. Por este motivo, no puede extrañar que se sostenga rotundamente que todo ataque a los derechos dominicales que hayan sido legítimamente adquiridos comporta también un daño a la persona misma que los detenta²⁰. En suma, el iusnaturalismo racionalista

16 Coco, G. S., *Crisi ed evoluzione...*, cit. p. 100.

17 RODOTÁ, S., «Proprietá. (Diritto Vigente)», en A. Zara e E. Eula (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIV., Torino, 1967, p. 133.

18 La teoría del orden natural constituye una aportación del iusnaturalismo racionalista que halla su máximo representante en LOCKE, quien desarrolla los dogmas iusnaturalistas, principalmente, en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Trad. J. Abellán, Madrid, 1991, pp. 206 y 207, donde estima que «el estado de la naturaleza es un estado de perfecta libertad en la regulación de las propias acciones y en el de los propios bienes y de la propia persona, dentro de los límites de la ley natural». Y es también «un estado de igualdad, en el que los poderes y jurisdicciones son recíprocos, no pudiendo uno más que otro, y esto porque el estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna, la cual obliga a todos: y la razón es que esta ley enseña a todo hombre que la interroga que, siendo todos iguales e independientes, ninguno debe ofender a otro en su vida, salud, libertad o propiedad». Para un más profundo análisis de los filósofos que incluyeron en su pensamiento la idea del orden natural, Vid. BOBBIO, N., *Estudios de historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Trad. J. C. Bayón, Madrid, 1985, pp. 104 y ss; IRTI, N., *Società Civile*, Milano, 1992, pp. 23 y ss.

19 Por alusión a la concepción iusnaturalista del dominio, véanse, entre otros, CROCO, P., *Propriété et garantie*, Paris, 1995, pp. 64 y 65; IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 10; MOLITOR, E., «Nueva problemática de la propiedad», *RDP.*, año XXXVIII, n.º 444, marzo 1954, pp. 170 y ss; BARASSI, L., *Proprietá...*, cit. p. 53. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione...*, cit. pp. 127 y ss.

20 Sobre la configuración de la propiedad como un derecho de la persona humana, Vid. COMPORATI, M., «Ideología...», cit. p. 298; IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 37. Esta afirmación de que la propiedad privada es un derecho natural había sido ya sostenida por PORTALIS («Discours Préliminaire», cit. p. 85) cuando en su Discurso de presentación del Code francés de 1804, retomando el pensamiento de LOCKE, manifestaba que «el hombre nace solamente con necesidades, él tiene la labor de procurarse su conservación [...], él tiene entonces un derecho natural a las cosas necesarias para su subsistencia y su mantenimiento. He aquí el origen de la propiedad [...]. El derecho de propiedad es una institución

que profesa el orden liberal y se positiviza en el Code de 1804 liga la idea de libertad a la de propiedad²¹, concibiendo a esta última como un derecho previo al Estado, cuya protección y disfrute determinan el nacimiento de la organización política a través del pacto o contrato social²². Ambas forman un binomio inescindible en donde se desarrolla una ligazón indisoluble, una relación directa e inmediata.

Esta concepción de la sociedad, como un orden autorregulado, y de la propiedad, como un derecho inherente al sujeto individual e inescindiblemente ligado a la idea de libertad, repercute directamente en el protagonismo que se concede al poder estatal y a la actividad que a éste compete. Ya desde mediados del Siglo XVIII, los Fisiócratas habían postulado la neta separación Estado-sociedad y la total prevalencia de ésta frente a aquél²³. Si los individuos son libres y capaces de proveerse a sí mismos, siendo iguales en ello

directa de la naturaleza, y la manera en que se ejercita es accesoria». En cuanto ideas que influyen en las palabras de PORTALIS, *Vid.* también LOCKE, J., *Dos ensayos...*, cit. pp. 222 y ss. Las opiniones vertidas son también recogidas por GLIOZZI, E., *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1989, p. 49. En la doctrina española, y durante los trabajos de elaboración del Código de 1889, la concepción de la propiedad privada como derecho natural fue sostenida por GUTIERREZ, quien participó activamente en la redacción de los Libros II y III del Código Civil y afirmaba que «la propiedad privada halla su fundamento en el derecho natural, como complemento de la personalidad del sujeto». Más ampliamente, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. II., Madrid, 1863, pp. 55 y ss; DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, pp. 76 y 77.

- 21 CROCC, P., *Propriété et garantie*, cit. p. 65; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. p. 32.
- 22 LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Trad. L. Ros., Madrid, 1969, pp. 100 y ss. *Idem. Dos ensayos...*, cit. pp. 300 y ss; POUGHON, J-M., *Que sais-je? Le Code Civil*, Paris, 1992, p. 50.
- 23 Los Fisiócratas sostenían que existía un orden general del universo establecido por la providencia divina y sometido a leyes universales e inalterables. Para estos autores, la única forma de superar la crisis económica era aumentar la riqueza, cosa que a su entender sólo podría lograrse mediante un incremento de la producción agrícola. Con esta finalidad, estimaban imprescindible el establecimiento de la libre disposición de bienes e intercambio de servicios. Los Fisiócratas consideraban la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado que quedaba plenamente sometido a la voluntad individual de su titular y fuera del alcance de la injerencia estatal, apoyando la reivindicación del absolutismo del propietario-explotador en nombre de la eficiencia económica. Para un análisis pormenorizado de las teorías dominicales fisiocráticas, *Vid.* PATAULT, A-M., *Introduction historique au Droit des biens*, París, 1989, pp. 144 y 145. Sobre el origen y los rasgos característicos del pensamiento fisiocrático TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, 1976, pp. 356 y ss. POUGHON, J-M., *Que sais-je?...* cit. pp. 49 a 52; COMPORI, M., «Ideología...», cit. p. 295. Estos últimos autores resaltan la influencia de LOCKE sobre el pensamiento fisiocrático. En la doctrina española, GARCÍA PELAYO, M., «La teoría social de la Fisiocracia», *Moneda y Crédito*, n.º 31, diciembre 1949. *Idem. Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1987, p. 147; DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. pp. 123 y ss; SANTAMARIA ROJAS, A., «Riqueza y propiedad. Aspectos de la vida de un hombre rico», *Propiedad y matrimonio*, Barcelona, 1956, p. 155; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. pp. 20 y 21.

a todos los demás, no tiene sentido el plantearse la intervención del Estado como medio para la satisfacción de las necesidades individuales. En congruencia con ello, se sostiene que la actividad estatal ha de ser reducida al mínimo y, desde luego, todo intento de injerencia en las relaciones económicas y sociales entre los particulares debe resultar condenado de antemano²⁴.

La divulgación y expansión del pensamiento fisocrático, pronto convirtió en general la idea de que la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado. Mientras que la libertad individual aparece como ilimitada en principio, correlativamente, la potestad estatal de limitarla es aislada y excepcional. Dentro de este esquema, corresponde al Estado aparato una extensión mínima, en congruencia con la atribución de unas funciones muy limitadas²⁵, que obedecen a insuprimibles exigencias colectivas, como el mantenimiento del orden público, la aplicación de la ley, la defensa de los confines nacionales, las relaciones con el exterior, etc.²⁶. La mediación estatal sólo es admisible excepcionalmente en aquellos supuestos en los que sea imprescindible para corregir las disfuncionalidades que puedan surgir en un sistema autorregulado mediante leyes naturales emanadas de la recta razón²⁷. Las verdaderas transgresiones del Derecho son las únicas que reclaman la intervención de un poder distinto del que posee todo individuo, porque sólo lo que impida aquéllas beneficia realmente a la formación del hombre, mientras que cualquier otro esfuerzo por parte del Estado pone obstáculos a este camino²⁸. El fin del Estado debe ser el de mantener el orden establecido y la seguridad, entendiendo por ésta la certeza de la libertad concedida por la ley²⁹. De esta forma, se relega al Estado a un segundo término,

24 GARRIDO FALLA, F., *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. I., Madrid, 1981, p. 37.

25 Tal y como señalaba PORTALIS en el Discurso de Presentación del Code Civil Francés de 1804: «governamos mal, cuando governamos demasiado [...]». *Vid.* PORTALIS, J. E. M., «Discours Préliminaire», cit. p. 82. No obstante, tal y como dice KEYNES, la misma frase había estado ya en boca del Marqués D'ARGENSON cuando afirmaba que «Para gobernar mejor, hay que gobernar menos». *Vid.* KEYNES, J. M., «El fin del Laissez faire», en AA.VV., *Lecturas de historia económica*, Madrid, 1983, p. 309; ALPA, G.; BESSONE, M., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. II. Storia, funzione sociale, pubblici interventi, Padova, 1980, p. 8; GLIOZZI, E., *Dalla proprietà...*, cit. p. 65 a 69.

26 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 37. Acerca de la actitud absentista del Estado liberal, *Vid.* HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Trad. P. Cruz Villalón, Madrid, 1986, p. 12.

27 MENGER, A., *El Derecho Civil y los pobres*. Vers. esp. A. Posada precedida de un estudio preliminar sobre «El Derecho y la cuestión social», Madrid, 1898, p. 266.

28 RITTER señala que «en el Siglo XIX se rechazó repetidamente el fomento del bienestar como un fin del Estado. Se veía en este fin una contraposición a las exigencias de autodeterminación individual, emancipación y libertad». *Vid.* RITTER, G., *El Estado Social, su origen y su desarrollo en una comparación internacional*, Trad. J. Abellán, Madrid, 1991, p. 18.

29 HUMBOLT, W., *Los límites a la acción del Estado*, Trad. J. Abellán, Madrid, 1988, p. 111; GALGANO, F., *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Trad. de C. Alborch y M. Broseta, Barcelona, 1990, p. 34; WIETHÖLTER, R.,

dejándolo reducido, según la formulación clásica de LASSALLE, a un simple «vigilante nocturno»³⁰. En las relaciones jurídico-privadas, y en concreto en el ejercicio del derecho de propiedad, el poder público estatal no comparece, y cuando raramente lo hace, se presenta más como guardián o protector del orden establecido que como uno de los protagonistas de las situaciones disciplinadas³¹. Por lo tanto, en el orden liberal, el Estado es un simple adjetivo de las relaciones sociales, cuya principal actividad es la inacción³². Se trata, lógicamente, de la vigencia del principio liberal del *Laissez faire, laissez passer, le monde va lui même*³³.

En conclusión, por aplicación de este principio, y todo lo que el mismo comporta, Estado y sociedad se muestran totalmente disociados. En el orden liberal, la sociedad aparece como sinónimo de pluralidad, como el ámbito de lo espontáneo y natural, donde se desarrolla el libre juego de las fuerzas individuales; mientras, el Estado se sitúa como una unidad dada que representa lo artificial y arbitrario³⁴. Ambos se colocan el uno frente al otro, sin relación alguna, como caminos que nunca llegan a cruzarse³⁵.

Este patente divorcio entre la sociedad (ámbito privado) y el Estado (ámbito público), proclamado por el orden liberal, produce el efecto de articular una contundente separación entre la ley común privada, constituida por los Códigos Civiles, y las Constituciones³⁶. Los Códigos se encargan de regular las relaciones jurídico-privadas bajo los presupuestos de la libertad y la autonomía privada *lato sensu* considerada. Se erigen, así, en la norma fundamen-

Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica, Trad. M. A. Extreoz, Madrid, 1991, p. 85; SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Trad. Fco. Ayala, Madrid, 1982, p. 141.

- 30 Vid. LASARTE, C., «El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, T. II., Madrid, 1990, p. 1120.
- 31 RODOTÁ, S., «Ipotesi sul Diritto Privato», en AA.VV., *Il Diritto Privato nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 12.
- 32 GARCÍA PELAYO, M., «La teoría social...», cit. p. 21 y ss; GLIOZZI, E., *Dalla proprietà...*, cit. p. 56.
- 33 Sobre el origen del dogma del *Laissez faire*, KEYNES, J. M., «El fin del laissez faire», cit. pp. 307 y ss.; GALGANO, F. «Gobierno de la economía y empresa pública», en AA.VV., *Derecho y Economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, p. 160. *Idem. Instituciones de la economía...*, cit. p. 34.
- 34 KEANE, J., *Democracia y sociedad civil*, Ver. esp. A. Escohotado, Madrid, 1992, pp. 186 y 187.
- 35 HESSE, K., *Escritos...*, cit. p. 12; LUHMANN, N., *Teoría política del Estado de Bienestar*, Ver. esp. F. Vallespín, Madrid, 1987, p. 41. IRTI, N. *Società civile*, cit. pp. 2 y 3; *Idem. Dal Diritto Civile...*, cit. p. 9.
- 36 El punto de conexión existente entre los Códigos Civiles y las Constituciones liberales radica en la pretensión derivada de sus presupuestos racionales de recoger de una forma sistematizada y racional las normas vigentes fundamentales. Vid. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional...*, cit. pp. 34 y ss.; *Idem. Escritos...*, cit. pp. 24 y ss.

tal y primaria de la sociedad, dentro del orden burgués³⁷. Por el contrario, el objetivo de las Constituciones decimonónicas es fijar los fines a los que ha de dirigirse la acción del Estado en su conjunto, así como los límites impuestos a su actividad³⁸. En este contexto, los Textos Fundamentales se limitan a regular el funcionamiento y organización de los poderes públicos, e igualmente las relaciones que se establecen entre los órganos mediante los cuales se ejerce la actividad pública o estatal³⁹. La Constitución liberal es, de este modo, la norma reguladora de la actividad del Estado y debe, como tal, circunscribirse al ámbito de la vida pública, e impedir que éste entre en competencia con los ciudadanos en la esfera privada. Consiguientemente, la vida privada queda fuera del campo de acción de las Constituciones decimonónicas. En ningún caso pretenden la normación de las relaciones jurídicas entre particulares⁴⁰. Siendo ello así, la única incidencia de las normas constitucionales sobre la vida de los particulares la representa la reglamentación de las posibles relaciones que nazcan entre los poderes públicos y los ciudadanos⁴¹. En este ámbito relacional (poderes públicos-ciudadanos), la finalidad que persigue la Constitución es la de garantizar plenamente la inviolabilidad e intangibilidad de los derechos individuales de la persona frente a la acción estatal⁴².

Desde esta perspectiva, ha de entenderse el reconocimiento a nivel constitucional de la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado. La Constitución liberal no atiende a las relaciones existentes entre propietarios individuales, sino que pretende única y exclusivamente proteger al individuo titular de un derecho de propiedad frente a los potenciales ataques que pudiesen provenir del Estado⁴³. Por esta razón, si bien es cierto que ya los primeros Textos Constitucionales liberales recogían instituciones de Derecho Privado, tales como la propiedad, no es menos cierto que no se preocupaban de regular las relaciones entre los particulares, sino de proteger a éstos frente a la acción del Estado⁴⁴. De esta manera, las Constituciones decimonónicas se eri-

37 De acuerdo con LÓPEZ Y LÓPEZ, («Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación», en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, p. 1165) «el Estado liberal confiaba el andamiaje jurídico de la sociedad civil al Derecho Privado, en rigor a los Códigos Civiles».

38 HUMBOLT, W., *Los límites...*, cit. p. 3.

39 FRANGI, M., *Constitution et Droit Privé. Les droits individuels et les droits économiques*, París, 1992, p. 6.

40 LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Constitución...», cit. p. 1165.

41 TARELLO, G., *Storia...*, cit. p. 22.; GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 46.

42 FRANGI, M., *Constitution et Droit Privé...*, cit. p. 6.

43 SUAREZ, F., «Los derechos sociales en las Constituciones», en AA.VV., *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, p. 203.

44 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 58; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 46.

gen como un importante mecanismo que impide el despotismo político, ya que se dirigen a garantizar la libertad individual de los propietarios frente a las posibles lesiones que pudieran proceder del ejercicio de la actividad estatal⁴⁵. Consiguientemente, mediante su reconocimiento constitucional, la propiedad privada se convierte en una barrera frente a los poderes públicos, ya que marca una frontera que la acción estatal en ningún caso puede sobrepasar⁴⁶.

Esta finalidad garantista frente a la acción estatal se puede entender justificada si se tiene presente el contexto histórico en el que nacen las Constituciones liberales. Habiendo triunfado la Revolución de 1789, cuando se elaboran las primeras Declaraciones de derechos, el principal objetivo que se persigue es conseguir la articulación de instrumentos normativos que impidan el retorno a la situación de pleno sometimiento a los poderes políticos (nobles, señores, aristocracia, instituciones eclesiásticas) en la que se hallaban los propietarios individuales en el Antiguo Régimen. En esta dirección, el pensamiento liberal estimó que la vía más adecuada para la consecución del citado objetivo era el reconocimiento a nivel constitucional de la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado.

Desde este planteamiento de la doctrina liberal decimonónica, la norma suprema del Derecho Público es la Constitución; la del Derecho Privado, en cambio, son los Códigos Civiles. Si esto es así, podríamos colegir que, durante el Siglo XIX, está totalmente vigente la frase: «la codificación corresponde en el campo del Derecho Privado a lo que son las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público»⁴⁷.

1.2. La crisis del Estado liberal de Derecho

Ya desde mediados del Siglo XIX, comienza a ser patente que los objetivos considerados como trascendentales en la ideología liberal burguesa se muestran inalcanzables en la práctica. En su mayor parte se convierten, a la postre, en quiméricas utopías y retóricas declaraciones, fruto del eufórico espíritu revolucionario, que pretendía marcar una radical frontera diferenciadora con el Antiguo Régimen. Las Constituciones y las Declaraciones de Derechos aparecían como simples normas programáticas que, como tales,

45 Para SCHMITT (*Teoría de la Constitución*, cit. pp. 137 y ss.), la esencia de las Constituciones liberales radica en ser un límite frente a la acción estatal. Así, afirmaba que «la Revolución francesa condujo a una Constitución del Estado burgués de Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente».

46 ASCARELLI, T., «Ordinamento...», cit. p. 77.

47 TARELLO, G., *Storia...*, cit. p. 25; GLIOZZI, E. *Dalla proprietà...*, cit. p. 33; ROCA GUILLAMON, J., «Codificación y crisis del Derecho Civil», en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, T. II., Madrid, 1990, p. 1760.

carecían de una auténtica eficacia y aplicación inmediata, porque adolecían de los mecanismos necesarios para ello. Como resultado de la misma causa, las normas constitucionales únicamente señalaban las directrices generales que precisaban el marco de actuación del legislador, pero que en ningún caso vinculaban, ni a él, ni a los órganos encargados de aplicar el Derecho⁴⁸. Las manifestaciones legales del orden liberal y la realidad de las mismas discurrían por caminos divergentes. Una cosa era lo que a nivel dogmático y formal declaraban las normas liberales y otra cosa, totalmente distinta, era el resultado de su aplicación práctica. Podemos afirmar, en definitiva, que frecuentemente la finalidad teórica perseguida por las disposiciones normativas liberales no alcanzaba verdadera realización. Se trataba quizás de puros ideales filosóficos que, aunque por circunstancias coyunturales se positivizaron en normas, difícilmente podrían tener aplicación efectiva.

La vigencia del dogma liberal del *Laissez faire* supuso un desarrollo irregular del capitalismo de tal calibre que produjo agudas crisis financieras y no menos importantes problemas sociales.

En el ámbito económico, la política liberal del «dejar hacer» provocó constantes crisis periódicas, derroche insustituible de recursos productivos, extremos de pobreza y riqueza, corrupción de la Administración por grupos de intereses dominantes y, a menudo, sustitución de la competencia autorreguladora por el monopolio⁴⁹. El principio del *Laissez faire* y la libertad plena en el ejercicio del derecho de propiedad, justificaron las conductas absentistas de los dueños de grandes extensiones de tierras fértiles que se mantenían sin cultivar ni explotar, con el subsiguiente importante descenso en la producción. Descenso que, a su vez, actuó como obstáculo al desarrollo económico y acabó por generar una aguda crisis financiera. La libertad y el «dejar hacer» trajo como consecuencia que cada individuo, inconscientemente mirando hacia sí mismo y despreocupándose de su entorno social, contribuyese a erigir un importante freno al desenvolvimiento económico y productivo de la colectividad.

La crisis económica en la que desemboca el sistema de mercado autorregulado propio del orden liberal ocasionó, igualmente, relevantes problemas sociales⁵⁰. El poder que surgía de las relaciones privadas de producción ori-

48 HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Trad. I. Gutiérrez, Madrid, 1995, p. 35.

49 Para un estudio desde el punto de vista económico de las negativas consecuencias del liberalismo, *Vid.* KEYNES, J. M., «El fin del Laissez faire», cit. pp. 307 y ss.; SAMUELSON, P. A., «La función económica del Estado», en AA.VV., «*Lecturas de Economía*», Madrid, 1981, p. 223; SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D., *Economía*, cit. p. 51; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. pp. 140 y 141; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Iniciativa privada y empresa», en AA.VV., *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, p. 59.

50 COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 161.

ginó, a medio y largo plazo, el sometimiento de las clases débiles a las dominantes; esto es, de aquellos que nada poseían a los detentadores del capital. El dominio sobre las cosas se transformaba así en autoridad sobre las personas que, dejada a la propia dialéctica, podía afectar más a los subordinados a ella que la autoridad misma del Estado⁵¹. Es así como la estructura social liberal refleja la dominación de los propietarios sobre los no propietarios⁵².

Con la industrialización y el sistema de producción en masa, se generó una demanda de mano de obra tal que suscitó intensos movimientos migratorios de población desde el ámbito rural hacia los núcleos urbanos. Pero, como las incipientes urbes no estaban preparadas para recibir a una ingente población trabajadora, ésta se vio forzada a vivir hacinada en los suburbios de las ciudades, en condiciones infrahumanas y degradantes⁵³. Esta angustiada realidad de las clases obreras se vio agravada por las circunstancias en las que se debía prestar la actividad laboral. Las larguísimas, duras e intensas jornadas laborales habían sumido en una de las peores esclavitudes no sólo a los hombres maduros, sino también a mujeres y niños. Además, la total falta de seguridad convertía la prestación del trabajo en un constante riesgo para la integridad física, que no se veía contrarrestado mediante ningún mecanismo compensatorio del daño surgido en los tan frecuentes accidentes.

Ante tal situación de crisis económica y social, deviene inevitable preguntarse acerca del verdadero resultado práctico de aquellas declaraciones formales que el orden liberal defendía como fundamentales, y que, como habíamos visto, eran la libertad, la igualdad, la fraternidad, la propiedad absoluta y la plena autonomía privada.

El ideal de la igualdad se tradujo en la más profunda de las desigualdades. Uno de los principales errores del liberalismo fue pretender individuos formalmente iguales ante el Derecho formal⁵⁴. La ley liberal nacía con una vocación de generalidad que aconsejaba hacer total abstracción de las diferencias de hecho o reales que pudiesen tener relevancia jurídica⁵⁵, ignorando

51 GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución», en AA.VV., M. Ramírez (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 34; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 143.

52 VON STEIN, L., *Movimientos sociales y monarquía*, Trad. E. Tierno Galván, Madrid, 1981, p. 40.

53 COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 304.

54 HELLER, H., «El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales», *Escritos políticos*, Trad. S. Gómez de Arceche, Madrid, 1985, p. 269.

55 Respecto la generalidad de la ley en el Estado de Derecho liberal, en tanto que parificación jurídica-formal de los ciudadanos, véanse, entre otros: FORSTHOFF, E., «Concepto y esencia del Estado Social de Derecho», AA.VV., *El Estado Social*, Trad. J. Puente Egido, Madrid, 1986, p. 87; GARRORENA MORALES, A., *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1984, p. 50; COSSIO DIAZ, J. R., *Estado Social y Derechos de Prestación*, Madrid, 1989, p. 28. DIEZ-PICAZO, L., «Constitución, Ley y Juez», *REDC*, n.º 15, sept-dic. 1985, pp. 9 y 10.

que «ejercitar la justicia imponiendo o aplicando el Derecho, significa tratar como igual al igual y como diverso lo diverso»⁵⁶. El equívoco radicaba, pues, en pretender hacer iguales a quienes no lo eran, porque la igualdad no consiste en dar a todos el mismo trato, sino en dar a cada uno el trato que le corresponde. De este modo, el fallo del orden liberal fue quizás aspirar a la parificación jurídica de individuos desiguales, intentando hacer formalmente iguales a quienes en realidad no lo eran⁵⁷. De nada servía que los ciudadanos fuesen formalmente iguales ante el Derecho y en el Derecho, si en realidad no eran iguales en derechos, en posibilidades de participación, etc.⁵⁸.

La parificación formal, pretendida por el orden liberal, propició la desigualdad real de las fortunas de hecho⁵⁹. La inadecuada distribución de la riqueza contribuyó a que unos pocos acumulasen grandes patrimonios, mientras que otros muchos ni siquiera poseían lo necesario para mantener una existencia en dignas condiciones. Este dato permitió constatar que la igualdad formal de posiciones jurídicas defendida por el liberalismo burgués no garantizaba la igualdad sustancial en la distribución de los bienes⁶⁰. Con la igualdad formal el rico se había enriquecido más y el pobre se había depauperado más aún si cabe⁶¹. La desigualdad había aumentado. La concentración capitalista, el industrialismo y otras causas económicas contribuyeron a acrecentarla, creando una clase de privilegiados que adquirieron individualmente una mayor suma de derechos efectivos, sin que la ley hubiese creado obligaciones correlativas. La falta de igualdad real se dejaba sentir con ímpetu en el mundo laboral. La equiparación formal encubría grandes desigualdades sustanciales que se ponían de manifiesto en el momento en que el trabajador debía vender «la fuerza de su trabajo». El hecho de que ambas partes se encontrasen en una posición de igualdad formal a la hora de contratar, no significaba que estuviesen en iguales condiciones para imponer sus intereses en la relación contractual laboral⁶².

La ausencia de igualdad material provocó, a su vez, que la tan reiteradamente proclamada libertad, tampoco lograra efectiva realización práctica. Por el contrario, los intentos de consecución de la libertad habían llevado,

56 RAISER, L., *Il compito del Diritto Privato*. Milano 1990, p. 11; RESCIGNO, P., *Persona e comunità*, Saggi di Diritto Privato, T. I., Padova, 1991, p. 351 y ss.

57 LUCARELLI, F., *Modelli privatistici...*, cit. p. 9.

58 WIETHÖLTER, R., *Las formulas...*, cit. p. 87.

59 COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 263; GROSSI, P., *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Trad López y López, Madrid, 1992, pp. 131 y 132; COMPORTE, M., «Ideología...», cit. p. 304.

60 RAISER, L., *Il compito...*, cit. p. 14.

61 FUENMAYOR, A. D., «La propiedad privada...», cit. p. 614.

62 Más ampliamente sobre lo que se denomina «materialización en las relaciones contractuales laborales», ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Estructura...», cit. p. 156.

lejos de su afirmación, a su negación. El orden liberal consideraba que la única fuente o foco de poder lo representaba la autoridad política estatal⁶³. Esta creencia llevó quizás a configurar el principio fundamental de la libertad en su faceta meramente negativa, como derecho de resistencia frente al Estado y, en definitiva, como la emancipación de los vínculos represivos y la discrecionalidad política que había caracterizado al Estado durante el Antiguo Régimen⁶⁴. Sin embargo, la práctica demostró la existencia de grupos formados por sujetos privados, de los que emanaba un poder que estaba en condiciones de rivalizar con aquél que surgía del aparato político estatal⁶⁵. Se producía así, a nivel fáctico, una traslación del poder del Estado hacia los grupos, en la medida en que éstos podrían ejercer, de hecho, una autoridad de igual o incluso mayor grado que la proveniente de la organización estatal.

Esta dramática coyuntura, provocada por las profundas desigualdades y por la falta de libertad, favorece, a mediados del Siglo XIX, el surgimiento de una nueva clase que pasa a desempeñar el papel de antagonista de la burguesía. Fue la clase obrera la que, desde la propia experiencia histórica, será inducida a descubrir en las relaciones privadas de producción, más allá de los aparatos formales del Estado, la fuente real de poder⁶⁶. Los trabajadores poco a poco se van percatando de que son un importante coeficiente de riqueza y de la propiedad misma y, en consecuencia, comienzan a exigir una transformación de su naturaleza que cristaliza en toda una serie de reivindicaciones⁶⁷ sobre la regulación de los máximos y mínimos laborales, la reducción de la jornada de trabajo, el auxilio a los parados, la educación, la seguridad e higiene en el trabajo, etc.⁶⁸, generando el fenómeno al que mayoritariamente la doctrina se ha referido con la denominación de «cues-

63 GALGANO, F., *Il Diritto privato...*, cit. pp. 58 y 58/1; *Idem. Diritto Privato*, cit. pp. 46 y 47.

64 Sobre la configuración de la libertad como un derecho negativo de resistencia frente a la acción estatal, *Vid.* ASCARELLI, T., «Ordinamento...», cit. p. 77; WIETHÖLTER, R., *Las fórmulas...*, cit. p. 88; LUCARELLI, F., *Modelli privatistici...*, cit. pp. 10, 11, 262 y 263; MENGER, A., *El Derecho Civil...*, cit. pp. 258 y 259.

65 GALGANO, F., *Il Diritto privato...*, cit. p. 58; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 46; *Idem. Diritto Civile...*, cit. p. 82.

66 GALGANO, F., *Diritto Civile...*, cit. p. 82; *Idem. Il Diritto Privato...*, cit. p. 58/1; *Diritto Privato*, cit. p. 47.

67 COSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 525; MARQUES y SEGARRA, M., *El nuevo derecho de propiedad individual*. Anales de la Universidad de Valencia, año XIV, cuaderno 107, Valencia 1933, pp. 80 y ss.

68 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123; *Idem.* «Significado...», cit. p. 34. RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución como norma jurídica*, Trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor, p. 45 del original mecanografiado; SALDANHA, N., «O pensamento constitucional e a teoría política no século XIX», en AA.VV., *Libro homenaje a M. García Pelayo*, T. I., Caracas, 1980, p. 17; COSSIO DIAZ, J. R., *Estado Social...*, cit. p. 32.

ción social»⁶⁹, la cual no fue algo exclusivo de los núcleos urbanos. También se puede hablar, aunque en menor medida, de una «cuestión social agraria», porque, en el ámbito rural, la desamortización había fracasado, haciendo más ricos a los que ya lo eran, toda vez que los pobres no habían podido adquirir las tierras puestas a la venta mediante subasta pública⁷⁰. El fracaso desamortizador y el nada equilibrado reparto de la propiedad de las tierras derivado del mismo, dieron lugar a injustas condiciones de los contratos agrarios y de los de trabajo, porque los propietarios abusaron de su privilegiada posición económica-social, al utilizar su poder jurídico para someter a su voluntad a los arrendatarios y trabajadores agrícolas del campo⁷¹.

Todo este proceso reivindicativo, que se desarrolla tanto en la ciudad como en el medio rural, va a tener su punto álgido en los movimientos proletarios franceses de 1848, en donde por vez primera se escucha la voz «Vive la République démocratique et social!»⁷². Esta exclamación demostraba que se trataba de exigencias sociales que iban dirigidas, en su mayoría, al Estado, para que corrigiese las desigualdades fácticas derivadas de las relaciones de producción, a la vez que se le solicitaban mayores posibilidades de participación en la organización política y económica. Finalmente, las reivindicaciones sociales se transformaron en políticas, desde el momento en que, al reconocerse el sufragio universal, las clases obreras y trabajadoras acceden al derecho de voto⁷³.

El conjunto de acontecimientos socio-políticos y económicos ahora descritos, pone de relieve la necesidad de replantearse las teorías liberales en torno a la sociedad, el Estado y sus relaciones recíprocas.

La armonía social pretendida por el orden liberal, difícilmente podía ser alcanzada de una manera espontánea. El libre juego de los intereses individuales no trajo como resultado el interés social de la colectividad, sino que, por el contrario, favoreció la formación de pretensiones egoístas que abocaron a la confrontación social. La estructura social, lejos de ser el marco donde se armonizarían los intereses individuales transformándose en generales, se erigió en el foro de los más profundos egoísmos individualistas, subvirtiendo el reino de la libertad para aparecer ahora como el reino de la

69 MENGER, A., *El Derecho Civil...*, cit. pp. 5 y ss.; COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 304; VANOSSI, J. R., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1987, p. 356.

70 DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad...*, cit. p. 91; BALLARIN MARCIAL, A., «Del Derecho Agrario al Derecho agroalimentario», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Lacruz*, vol. I., Barcelona, 1992, pp. 157 y 158.

71 BALLARIN MARCIAL, A., «Del Derecho Agrario...», cit. p. 159.

72 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 31; BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. p. 57.

73 LUHMANN, N., *Teoría política...*, cit. p. 37.

necesidad⁷⁴. De este modo, la imagen de la sociedad como orden autónomo, intangible y sacrosanto, en donde se conjugaban los distintos intereses individuales, resulta sustituida por una visión Hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables⁷⁵. Por esta y otras razones, la corrección de las graves disfuncionalidades sociales y la procura de la efectiva realización del interés general de la comunidad se convierten en las metas fundamentales a conseguir por las incipientes estructuras jurídico-políticas que surgen a principios del Siglo XX como respuesta al fracaso de los presupuestos liberales individualistas en el ámbito social.

La regla de la «perfecta concurrencia», que prescribía que el individuo actuando en su propia ventaja generaría el beneficio general de la comunidad, debía ser invertida en su sentido, interpretándola de la siguiente manera: el individuo actuando en la consecución del interés general de la comunidad obtendrá, a consecuencia de ello, su propio beneficio⁷⁶. Se trata de procurar que ya no sea la comunidad para el individuo, sino el individuo para la comunidad⁷⁷. Para conseguir la inversión de la mentada regla, el Estado ha de dejar de permanecer inactivo como un mero guardián nocturno o protector y ha de asumir un papel de protagonista activo en las relaciones sociales. En este sentido, LASSALLE, quien de manera convencida había caracterizado al Estado como un «vigilante nocturno», cambia de posición, y tras repudiar la vieja idea burguesa del Estado simple celador de seguridad y propiedades, pasa a reivindicar, como su verdadera naturaleza moral, la función de creación de las condiciones sociales suficientes para hacer efectiva la libertad del ser humano⁷⁸. Se piensa ahora que la auténtica naturaleza del Estado no consiste en asumir un comportamiento absentista permaneciendo inactivo, sino que ha de participar activamente, como un sujeto más integrante del entramado social. La finalidad que ha de perseguir la intervención del Estado es la consecución de una mayor equidad en las relaciones sociales, especialmente en las derivadas del ejercicio de la propiedad privada, para alcanzar así la corrección de las desigualdades fácticas y la eliminación de los desequilibrios sociales a los que había llevado el liberalismo a ultranza.

74 Es la pesimista visión Hegeliana de la sociedad recogida por GARCÍA PELAYO en *Escritos...*, cit. p. 128.

75 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...» cit. p. 123; *Idem*. «Significado...», cit. p. 34. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid 1988, p. 60.

76 El eslogan de MANDEVILLE *private vice, public benefits* se ha transformado en *public benefits, private vice*. ORESTANO, R., «Teoria e storia dei diritti soggettivi», en AA.VV., *Il Diritto Privato nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 106.

77 Vid. IHERING, R. V., *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, 1978, p. 47; CONSENTINI, F., *La reforma...*, cit. p. 269; NATOLI, U., «*Diritto soggettivo*», Milano, 1943, p. 1; ORESTANO, R., «Teoria e storia...», cit. p. 106.

78 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 32.

Con este objetivo, el Estado debe asumir la competencia de garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos y, en particular, la de aquellos que habían caído en una situación de necesidad social⁷⁹, asegurando al individuo la satisfacción de necesidades mínimas que le permitan vivir en dignas condiciones de existencia⁸⁰. El Estado inicia así una labor prestacional⁸¹ que permite al ciudadano alcanzar una serie de metas y objetivos que aisladamente nunca podría lograr. El desarrollo de esta función prestacional lleva paulatinamente a considerar que el Estado ya no es un «molesto compañero» cuya actuación hay que evitar, sino un «amigo desinteresado» cuya actividad se convierte en imprescindible para lograr la efectiva y material realización de los derechos individuales⁸², los cuales, por esta razón, dejan de ser meros derechos de resistencia frente a la acción estatal, para dar pie, precisamente, a esta acción que se configura ahora como un presupuesto fundamental para su plena efectividad. Esto comporta que el individuo ya no tiene solamente derechos al margen o ante el Estado, sino que la nueva concepción de los derechos individuales desemboca en pretensiones ejercitables en el Estado o dentro del Estado⁸³.

Se produce, en definitiva, una socialización del Estado a la que acompaña una correlativa estatalización o politización de la sociedad⁸⁴. La sociedad comienza a necesitar del Estado, a la vez que éste toma conciencia de la creciente participación, influencia y repercusión de la estructura social en sí mismo. El individuo empieza a buscar en el Estado aquello que no encuentra en la sociedad, generando una «politización» de las sociedades modernas en cuanto que apenas hay problemática o reivindicación que no se convierta

79 ABENDROTH, W., «El Estado de Derecho Democrático y Social», en AA.VV., *El Estado Social*, Trad. J. Puente Egido, Madrid, 1986, p. 29.

80 FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado Social», en AA.VV., *El Estado Social*, Trad. J. Puente Egido, Madrid, 1986, pp. 48 y 49.

81 Esta nueva función que ha de ser asumida por el Estado, lleva a SCHNEIDER a calificarlo como «Estado Prestatario» (*Leistungstat*), ya que las tareas de éste ya no se agotan en su papel protector, preservador, regulador y sólo ocasionalmente interventor, sino que van progresivamente insistiendo en una activa prestación de servicios y distribución de bienes. *Vid.* SCHNEIDER, H. P., «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», Trad. J. Abellán, en *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 144. En el mismo sentido, IRTI (*Società Civile*, cit. p. 169) reconoce la labor prestacional que al aparato estatal le corresponde desempeñar bajo el actual Estado Social, cuando afirma que «mientras que el Estado de Derecho garantiza la libertad mediante limitaciones de la propia esfera, el Estado Social garantiza las pretensiones de los particulares mediante prestaciones positivas».

82 MENGER, A., *El Derecho Civil...*, cit. p. 266.

83 FORSTHOFF, E., «Problemas...», cit. p. 50; *Idem. El Estado...*, cit. pp. 250 a 252; VANOSI, J. R. *El Estado...*, cit. p. 358.

84 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123. BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. pp. 78 y 79.

inmediatamente en demanda al Estado y produzca una intervención política⁸⁵. La realización del interés general de la comunidad social se convierte ahora en uno de los principios fundamentales que ha de regir la actuación del Estado. De este modo, la sociedad, que durante el Siglo XIX constituye un mero dato condicionante de la actividad administrativa, se transforma, con la crisis del sistema burgués, de dato en mandato para la Administración⁸⁶. En este sentido, hablamos de una socialización del Estado. La sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actuación de las voluntades individuales, para convertirse en lugar de encuentro de un complejo conjunto de grupos y organizaciones, en el que protagonismo del individuo, correspondiente al Antiguo Orden, desaparece paulatinamente, siendo sustituido por una potenciación definitiva del Estado como medio idóneo para la solución de los problemas que el libre juego de la competencia social se muestra incapaz de resolver⁸⁷.

Para corregir las negativas consecuencias a las que condujeron los presupuestos del liberalismo individualista no era suficiente con que la intervención estatal se proyectase únicamente en el ámbito social, sino que además era necesario que ésta también actuase en el seno de las relaciones y procesos económico-productivos⁸⁸. La práctica había evidenciado que la política económica del viejo individualismo carecía ya de sentido. La crisis económica a la que llevó el sistema de mercado autorregulado, puso de relieve la ineptitud del capital para regirse por sí mismo. La mano invisible había sido incapaz de convertir los beneficios individuales en públicos⁸⁹. La consecución del provecho individual no produjo, mediante la perfecta concurrencia, el bien general de la comunidad, sino que, por el contrario, favoreció el interés egoísta de la acumulación. El sistema liberal había colocado en una situación de «estado de necesidad» a la economía capitalista, ya que se mostraba incapaz de autogobernarse según los mecanismos de mercado⁹⁰. Por lo tanto, el propio desarrollo del capitalismo advirtió sobre la imposibilidad de prolongar los esquemas económicos del liberalismo individualista y reveló la necesidad de acudir a una «dirección consciente» de la economía que, mediante la introducción de los oportunos correctivos de intervencionismo público en sentido comunitario⁹¹, mantuviese el sistema en funcionamiento como un

85 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123.

86 FORSTHOFF, E., «Concepto...», cit. pp. 77 y 78; *Idem. El Estado...*, cit. pp. 31 y 32.

87 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis...», cit. p. 123.

88 BARCELONA, P.; CANTARO, A., «El Estado Social entre crisis y reestructuración», en AA.VV., *Derecho y economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, pp. 56 y 57.

89 DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica Española*, Madrid, 1984, p. 73.

90 GALGANO, F., «Gobierno...», cit. p. 161; *Idem. Il Diritto Privato...*, cit. p. 129; *Las instituciones...*, cit. p. 49.

91 COMPORTI, M., «Ideología...», cit. p. 311; GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 40.

«capitalismo razonable», conducente a un desarrollo económico equilibrado y acorde con el progreso civil y social⁹². Todo aconsejaba que la acción de la mano invisible fuese sustituida por la dirección de la mano pública⁹³.

En este sentido, empezó a tomar cuerpo el enfoque de los fallos del mercado, consistente en la creencia de que éste no garantiza la asignación suficiente y la adecuada distribución de los recursos. Se defendió teóricamente la intervención estatal para corregir dichos fallos, y se acometió una profunda reestructuración, terminando así con la idea abstencionista del Estado liberal⁹⁴. Se estima, pues, que el Estado ha de asumir un nuevo papel en relación con los procesos económicos-productivos. El poder estatal ya no ha de fijar sólo el marco jurídico-formal en el que se desarrolla la actividad económica, sino que, por el contrario, ha de hacer suya la tarea de intervenir activamente y participar en el ámbito económico. En suma, al Estado le compete ahora la función de disciplinar y organizar «el orden económico desordenado» mediante su intervención, actuando como guía que dirige su desarrollo⁹⁵. Es precisamente en este sentido de organización y dirección general, como ha de ser correctamente valorada la intervención estatal, ya que en ningún caso se pretende una total colectivización de la economía. Por el contrario, se aboga por una tesis mixta en la que la propiedad privada y la iniciativa económica individual deben ser mantenidas, pero ahora dirigidas, coordinadas y limitadas por el Estado a fines de interés general⁹⁶.

92 ROJO, L. A., «Interdependencia y Desarrollo», en AA.VV., *Lecturas de historia económica*, Madrid, 1983, p. 407. GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 129; *Idem*. «Gobierno...», cit. p. 161; LUCARELLI, F., *Modelli privatistici...*, cit. p. 272.

93 GALGANO, F., *Las instituciones...*, cit. pp. 38 y ss.; *Idem*. «Gobierno...», cit. p. 160; *Il Diritto Privato...*, cit. p. 129.

94 *Vid.* CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, T. II., vol. II., Situaciones jurídico reales, Trad y notas de M. Zorrilla, Barcelona, 1965, p. 150. ULRICH, K. P., «El concepto de los derechos y el Estado de Bienestar», en AA.VV., *Problemas de legitimación en el Estado Social*, E. Olivas (dir), Madrid, 1991, p. 68; BARCELONA, P.; CANTARO, A., «El Estado...», cit. pp. 56 y 57; GARCÍA COTARELO, R., «Crisis y reformulación del Estado de Bienestar», en AA.VV., *Derecho y Economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, pp. 20, 21 y 22. GONZÁLEZ TEMPRANO, A.; TORRES VILLANUEVA, E., *El Estado del Bienestar en los países de la OCDE*, Madrid, 1992, p. 27.

95 Esta nueva faceta del Estado, ha sido recalcada, de manera muy expresiva, por DIEZ-PICAZO («Constitución, Ley y Juez», cit. p. 11) cuando lo califica como «el director de la orquesta económica». De igual modo, HEDEMANN ha caracterizado al Estado del Siglo XX como un rector de la economía, al precisar que «en todos los pueblos de Europa el Estado se sitúa hoy, próximos a la mitad del Siglo XX, en una posición respecto la economía totalmente distinta de aquélla que mantuviera en el Siglo XIX. El Estado rige la economía. No solamente tiene súbditos personales, humanos, sino que también le está sometida la economía en su conjunto». *Vid.* HEDEMANN, J. W., «El Derecho Económico», *RDP*, XXVII, 1943, p. 281.

96 Se trata de la «teoría mixta» de la economía que fervientemente defendiera KEYNES en el período de entreguerras. *Vid.* KEYNES, J. M., «El fin del Laissez faire», cit. pp. 319 y ss.; DIAZ DE LA GUARDIA, C., «La revolución keynesiana», en AA.VV., *Lecturas de Historia Económica*, Madrid, 1983, pp. 255 y ss.; COMPORTE, M., «Ideología...», cit. p. 311.

Como consecuencia de esta creciente intervención estatal en el ámbito económico y social, podemos concluir que, a comienzos del Siglo XX, la dicotomía Estado-sociedad, postulada por el orden liberal, se muestra totalmente superada⁹⁷. A partir de este momento, uno y otro aparecen como una realidad inescindible. Esta nueva forma de concebir la relación sociedad-Estado, y el papel que cada uno de ellos asume en la misma, supone que la actuación del aparato estatal ya no puede configurarse como meramente excepcional para situaciones puntuales en las que surja una disfunción del sistema autorregulado. La excepción se ha transformado en regla, pues la intervención estatal se ve ahora como un adecuado instrumento para la consecución de las necesidades económicas y sociales de la entera colectividad.

Ahora bien, la intensa mutación operada en la concepción de las relaciones sociedad-Estado no implica que este último pueda intervenir libremente. El poder estatal ha de seguir estando sujeto a la ley, pero ésta debe permitir, a su vez, que aquél actúe impulsando a la sociedad en su desarrollo. La nueva realidad no supone en absoluto cuestionarse el mantenimiento del Estado de Derecho, sino únicamente dotar a éste de un contenido económico y social⁹⁸, porque la finalidad garantista y protectora de este modelo de Estado no ha desaparecido. Lo que sucede es que el Estado de Derecho ha de aportar ahora el conjunto de sus medios para la realización de objetivos de intenso sentido social. Aunque es cierto que no se reniega del principio de legalidad, no es menos cierto que éste varía en su contenido, ya que asume un agudo compromiso social. La ley ha de contribuir a crear las condiciones necesarias que hagan posible un fortalecimiento de la sociedad y de sus miembros, con especial atención a sus sectores más necesitados⁹⁹. Se trata simplemente de operar un cambio en la concepción de la ley, la cual ya no puede ser vista como medio que garantice el libre desenvolvimiento de la existencia burguesa¹⁰⁰. Por el contrario, la acción legislativa ha de procurar la satisfacción de las necesidades de la sociedad en su conjunto, sin primar o favorecer a ninguna clase social específica.

97 Al fin de la dicotomía Estado-Sociedad se ha referido FORSTHOFF (*El Estado...*, cit. pp. 27 y 31), cuando afirma que «la separación Estado-Sociedad empieza y acaba con las Constituciones jurídicas liberales».

98 HELLER, H., «¿Estado de Derecho o dictadura?», *Escritos políticos*, Trad. S. Gómez Arceche, Madrid, 1985, pp. 283 y ss.; GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1982, p. 17.

99 VANOSSI, J. R., *El Estado...*, cit. p. 357.

100 VILAS NOGUEIRA, J., «Los valores superiores del ordenamiento jurídico», *REDC*, n.º 12, septiembre-diciembre 1984, pp. 89 y 90.

II. El proceso de constitucionalización de las relaciones jurídico privadas. La Constitución alemana de Weimar

Las reivindicaciones de carácter social planteadas desde las agitadas jornadas parisinas de 1848, comienzan a tener respuesta en toda una gama de leyes especiales que ven la luz a finales del Siglo XIX¹⁰¹ y, posteriormente, encuentran acomodo en los textos constitucionales que se promulgan desde la segunda década del Siglo XX. Así, la Constitución alemana de 1919, asume seriamente la pretensión de crear un orden jurídico, económico y social justo¹⁰², dando cabida a todo un conjunto de nuevos principios que, por primera vez en la historia del constitucionalismo, entrañan la recepción en un texto constitucional de la ideología socialdemócrata y el inicio del surgimiento del Estado social, como punto intermedio entre el capitalismo y el socialismo¹⁰³. En este ambiente, la citada Norma Fundamental nace presidida por un profundo espíritu socializante que supone, de una parte, la integración de un gran número de cláusulas económicas y sociales dirigidas a regular los procesos productivos, la actividad prestacional del Estado y su intervención en la economía, pero que, por otra parte, también comporta la incorporación, junto a los clásicos derechos individuales, de una nueva categoría de derechos denominados económico-sociales, a la vez que se juridifica a nivel constitucional la propiedad y otras instituciones privadas. Ante esta última afirmación referente al dominio, nos podríamos preguntar en qué lugar se encuentra el aspecto novedoso de corte socializante, pues, como es generalmente conocido, la propiedad privada aparece ya reconocida y garan-

101 ABENDROTH, W., «El Estado...», cit. p. 29; GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. pp. 37 y 38. GARCIA COTARELO, R., «Crisis...», cit. p. 19.

102 ALPA, G.; BESSONE, M., *Poteri dei private...*, cit. p. 96.

103 En sentido estricto, podemos decir que la primera vez que se reciben a nivel constitucional los derechos económicos y sociales fue en la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917. No obstante, aunque este texto constitucional gozaba de un marcado sentido social, la doctrina mayoritaria ha creído ver en la Constitución alemana de 1919 una mayor trascendencia en orden a la constitucionalización del Derecho Privado y el subsiguiente nacimiento del Estado Social. De este modo, los estudios que se refieren al análisis de los derechos sociales en las Constituciones, al nacimiento del Estado Social e indirectamente (muy escasos) a la constitucionalización del Derecho Privado, normalmente resaltan la capital relevancia de la Constitución de Weimar en este proceso, mientras que sólo por alusiones se refieren a la Constitución Mexicana de Querétaro. Algunas indicaciones sobre el contenido social de la Constitución de Querétaro nos las facilita SUAREZ, F., «Los derechos sociales...», cit. pp. 205 y ss. En un marco de mayor generalidad, y sobre el trascendente cambio que supone la Constitución de Weimar, *Vid.* HELLER, H., «El Derecho constitucional...», cit. pp. 169 y ss. ABENDROTH, W. «El Estado...», cit. pp. 117 y ss. FORSTHOFF, E., «Problemas...», cit. pp. 49, 50 y ss.; *Idem.* «Concepto...», cit. pp. 75 y ss. HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Trad. G. Hernández, Barcelona, 1987, pp. 123 y ss. RAISER, L., *Il compito...*, cit. pp. 169 y ss.

tizada como tal en las primeras Declaraciones de Derechos y Constituciones del orden liberal¹⁰⁴. Para dar respuesta a este interrogante, quizás resulte conveniente acudir al estudio de las circunstancias en las que se desarrolló el proceso constituyente en la República de Weimar.

La Constitución alemana de 1919 surge de múltiples transacciones entre los divergentes puntos de vista presentes en la Asamblea Constituyente¹⁰⁵, en cuyo seno, además de fuerzas políticas de tendencia demoliberal que pretendían el mantenimiento de una economía capitalista basada en la propiedad privada de los medios de producción y en el sistema de mercado, existían también (como efecto del reconocimiento del sufragio universal, que permitió ejercer el derecho al voto a las masas obreras y trabajadoras)¹⁰⁶ otras fuerzas políticas que postulaban la instauración de un régimen económico socialista, mediante la abolición de la propiedad privada y la colectivización de los medios de producción. Debido a motivos tales como la creciente conflictividad y la situación de paro masivo, agravadas por la Primera Guerra, la ideología socialista aumentó en muchos enteros su fuerza y poder efectivos. Ante el reforzamiento de los sectores socialistas y, por lo tanto, ante el temor de que la experiencia de la Revolución Bolchevique se repitiese en Alemania, la burguesía demoliberal, presente en la Asamblea constituyente weimariana, se vio obligada a retroceder en sus posiciones iniciales para intentar la integración y estabilización del disenso obrero.

De esta forma, la Constitución de Weimar nace sobre la base de lo que la doctrina ha denominado «compromiso socialdemócrata»¹⁰⁷, en orden al cual el movimiento obrero renuncia a poner en cuestión el estado de las relaciones de producción, la propiedad privada y el control privado del proceso de acumulación, a cambio de la garantía consistente en que el Estado intervenga en el proceso redistributivo, para asegurar condiciones de vida más igualitarias, para garantizar la seguridad y el bienestar, bien mediante la puesta en marcha de servicios, bien por medio de medidas de asistencia y también a través de la defensa de la ocupación. Por lo tanto, el Estado debe hacerse cargo del problema de la distribución más equitativa de la riqueza y

104 HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit. p. 48.

105 HATTENHAUER, H., *Conceptos...*, cit. pp. 123 y ss.; VANOSI, J. R., *El Estado...*, cit. p. 355.

106 BARCELLONA, P., «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social», pp. 34 y 35; PREUSS, U. K., «El concepto de derechos y el Estado de Bienestar», p. 67. Ambos en AA.VV., *Problemas de legitimación en el Estado Social*. E. Olivás (dir.), Madrid, 1991; GARCÍA COTARELO, R., «Crisis...», cit. p. 26.

107 Se han referido a la idea del compromiso socialdemócrata, entre otros autores: DARHENDORF, R., *Oportunidades vitales*, Madrid, 1983, pp. 145 y ss.; HATTENHAUER, H., *Conceptos...*, cit. p. 123; BARCELLONA, P.; CANTARO, A., «El Estado...», cit. p. 57; BARCELLONA, P., «Los sujetos...», cit. pp. 33 y 34; VANOSI, J. R., *El Estado...*, cit. p. 355. GARCÍA COTARELO, R., «Crisis...», cit. p. 24.

el pleno empleo¹⁰⁸. Se pretende compaginar la existencia del mercado, con una regulación del mismo que posibilite la articulación de políticas redistributivas en favor de los sectores sociales menos favorecidos.

En este contexto de compromiso y consenso, se obtiene la redacción definitiva del art. 153 de la Constitución de Weimar, que prescribe: «La propiedad será garantizada por la Constitución. Su contenido y límites se deducen de las leyes. Solamente se podrá expropiar en bien de la comunidad y con fundamento de Derecho, teniendo siempre como contrapartida la correspondiente indemnización, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta en caso de litigio la vía legal de los tribunales competentes, excepto cuando una ley del Reich determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Länder, municipios, y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad». Del tenor literal del citado precepto, parece deducirse que la propiedad deja de ser concebida como un derecho natural, inviolable, sagrado y de mera resistencia frente a la acción gubernamental, para quedar su ejercicio ligado (por obligaciones jurídicas) inescindiblemente al bien de la comunidad¹⁰⁹. Ligazón que legitima la imposición, en vía legislativa, de límites que, lejos de ser considerados excepcionales, se encuadran dentro de la normalidad. De esta manera, la Constitución alemana de 1919 pretende la consecución, en el ejercicio del derecho de propiedad, de un delicado equilibrio entre el interés individual y el bien social de la comunidad. Equilibrio que se pone de manifiesto cuando observamos que, por un lado, la Constitución garantiza el derecho de propiedad («La propiedad será garantizada por la Constitución»), pero, por otro lado, se habilita a la ley para que limite y module su contenido; eso sí, siempre con base en la realización del bien de la comunidad («su contenido y límites se deducirán de las leyes [...]. Su uso debe servir al bien de la comunidad”).

Consiguientemente, la vital trascendencia de la Constitución del Reich, por la que en un principio nos interrogábamos, estriba en operar una radical transformación en la configuración jurídico-constitucional de la propiedad privada que había asumido el orden liberal. Ahora, se juridifican a nivel constitucional, no sólo las relaciones jurídico-públicas que se entablan entre el Estado y los individuos a él sometidos, sino también las relaciones de los ciudadanos privados entre sí, hallándose, de este modo, en la Constitución una adecuada respuesta al despotismo económico de los particulares. Es así como por vez primera se produce en Weimar la constitucionalización del Derecho Privado.

108 BARCELLONA, P.; CANTARO, A., «El Estado...», cit. p. 57; BARCELLONA, P. «Los sujetos...», cit. pp. 33 y 34.

109 HELLER, H., «El Derecho constitucional...», cit. p. 272.

Sin embargo, la experiencia práctica demostró que en Weimar fue más la ilusión que la realidad. La Constitución alemana de 1919 había aparecido en un momento de máximo poder socialista. Empero, cuando éste decayó, tras las primeras elecciones generales de 1920, las declaraciones de contenido social recogidas en la Carta se convirtieron en meros programas políticos faltos de auténtica eficacia y aplicación efectiva¹¹⁰. Paradójicamente, fue el compromiso en el que se asentó la Constitución de Weimar el que la privó de auténtica fuerza reformadora¹¹¹, al impedir la articulación de los mecanismos suficientes para garantizar y hacer efectivo el cumplimiento de los derechos económicos y sociales, programados en la misma. Sería preciso esperar a la Ley Fundamental de Bonn para que los principios económicos y sociales, que, en un primer momento, se recogen en Weimar tengan total efectividad, porque es entonces cuando la ideología socialdemócrata se asienta y el Estado social pasa a ser una realidad consolidada¹¹². A diferencia de Weimar,

110 Sobre este punto estima ABENDROTH («El Estado...», cit. p. 19.) que, a partir de la Revuelta de Kapp y las posteriores elecciones generales de 1920, «quedó claro lo que en realidad antes había sido ya decidido, a saber, que la República de Weimar, en contra del texto constitucional seguiría siendo una República liberal. [...] La jurisprudencia de la República de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipadas en la Constitución, al afirmar que se trataban de fórmulas programáticas que carecían de significación concreta y no tenían carácter vinculante para el legislador del Reich». Refiriéndose a la Sección V de la Constitución de Weimar, en la que bajo el título «De la Economía» se contenían los derechos económicos y sociales, comenta HELLER («El Derecho constitucional...», cit. p. 271) que en esa Sección «la Constitución contiene, en mayor medida que las precedentes, una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar». Para HESSE (*Derecho Constitucional...*, cit. p. 49) «tales preceptos (alude principalmente a los contenidos en la citada Sección V) no fueron entendidos como directamente vinculantes, sino como principios programáticos; debían resultar decisivos cuando se produjera una regulación legal de la materia, pero no fundaban ningún derecho subjetivo». En la misma dirección se manifiesta FORSTHOFF («Concepto...», cit. pp. 76 y 77.) cuando señala que «las normas de contenido social hubieron de ser relegadas en buena parte, por así decirlo, en la antesala del Derecho Constitucional establecido», a lo que añade «la caracterización de las cláusulas sociales de la Constitución de Weimar como un conglomerado de programas de partido se encuentra igualmente en las críticas a las promesas sociales del Preámbulo». En concreto y acerca del valor meramente programático de las declaraciones contenidas en el art. 153 de la Constitución de Weimar y que afectaban al derecho de propiedad, *Vid.* COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, p. 211.

111 RAISER, L., *Il compito...*, cit. pp. 172 y 173; SALVIOLI, G., *El Derecho Civil...*, cit. p. 64.

112 Aunque es cierto que apenas texto constitucional alguno había expresado la idea de lo social con tanta consistencia y tan ampliamente como lo hizo la Constitución de Weimar, no es menos cierto que en ningún lugar de su articulado se declaraba expresamente que la República de Weimar fuese un Estado Social. Sin embargo, la GG. sí reconoce de manera expresa que la República Federal Alemana es un Estado Social. La prueba la encontramos en los arts. 20.1 y 28.1 GG; art. 20.1 GG: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social»; art. 28.1 GG: «El orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios básicos del Estado de Derecho, republicano, democrático y social de la Ley Fundamental». *Vid.* ABENDROTH, W., «El Estado...», cit. pp. 13 y 17; FORSTHOFF, E., «Concepto...», cit. p. 75.

las cláusulas económicas y sociales incluidas en la *Grundgesetz*, encuentran inmediata aplicación práctica, ya que se adoptan todas las medidas y garantías necesarias para asegurar la efectiva vinculación a la Norma Fundamental de la totalidad de los poderes públicos y de los ciudadanos. Solamente de esta manera se podrá otorgar a un texto constitucional la calificación de Constitución Social de Derecho¹¹³.

III. Consecuencias de la constitucionalización del Derecho Privado en orden al significado y alcance del Derecho común

3.1. Las relaciones Código Civil y Constitución

La verdadera trascendencia de Weimar radica en dotar a las nuevas Constituciones de una dimensión distinta a la que tenían a comienzos del Siglo XIX¹¹⁴. A partir de la Constitución alemana de 1919 y, particularmente, desde el Texto Fundamental italiano de 1948 y la *Grundgesetz* de 1949, las Constituciones comienzan a albergar la regulación de instituciones y la garantía de derechos que tradicionalmente no tenían cabida en las mismas¹¹⁵, pero al mismo tiempo también se opera en ellas una radical variación en la forma de concebir otras instituciones y derechos que con anterioridad ya tenían acogida en las Cartas Fundamentales.

Así pues, esta transformación en la naturaleza de las Constituciones a la que ahora aludimos puede ser apreciada tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Desde el punto de vista cuantitativo, las Constituciones experimentan una ampliación de su contenido¹¹⁶. Las modernas Normas Fundamentales, surgidas bajo la vigencia del Estado Social, enriquecen el catálogo tradicional de los derechos de libertad con nuevas figuras ligadas a una distinta valo-

113 FORSTHOFF, E., «Concepto...», cit. p. 89; COSSIO DIAZ, J. R., «Estado Social...», cit. p. 32.

114 De la misma opinión es LASARTE ALVAREZ, C., *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 37.

115 HELLER, H., «El Derecho constitucional...», cit. pp. 270 y 271. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías...*, cit. p. 37.

116 Ya desde antes de mediados del Siglo XX, los textos constitucionales dejan de aparecer como un sencillo y breve catálogo o declaración de derechos, para desarrollar su contenido mediante un amplio y minucioso articulado. En este sentido, es como la doctrina comienza a calificar a los Textos Constitucionales como «Constituciones extensas». Así GIORGIANNI («Il Diritto Privato...», cit. p. 401), al referirse a las Constituciones posteriores a 1919, habla de *Costituzioni lunghe*. En la misma línea, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil a finales del Siglo XX*, Madrid, 1991, p. 79.

ración del hombre y de las relaciones económicas y sociales¹¹⁷. Así, junto a los clásicos derechos individuales, aparece recogida una nueva categoría de derechos denominados «económico-sociales», los cuales se establecen en beneficio de aquellos grupos o sectores sociales que tradicionalmente habían ocupado posiciones menos favorecidas. Además, se incorporan también un conjunto de normas que van dirigidas a regular los procesos económicos-productivos y el comportamiento que le corresponde al Estado respecto los mismos.

Desde la perspectiva cualitativa, las Constituciones dejan de ser meras declaraciones programáticas carentes de eficacia y aplicabilidad inmediata, para convertirse en auténticas normas jurídicas que, colocándose en la cúspide de la pirámide normativa, vinculan a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. A lo largo del Siglo XIX, el legislador, en cuanto se refiere a las normas de conducta, tenía en la Constitución sólo las directrices generales de su actuar, pero no hallaba en ella disposiciones vinculantes que condicionaran jurídicamente su comportamiento¹¹⁸. Sólo desde el período de entreguerras, el poder legislativo se encuentra directamente vinculado a la Constitución. Vinculación que se hace particularmente efectiva con el mecanismo de la justicia constitucional, ya que el control de constitucionalidad obliga al legislador a respetar en su actuación los valores y derechos constitucionales, si no quiere ver anulada su labor como inconstitucional¹¹⁹.

Si bien la mutación cualitativa ahora referida reviste una indudable trascendencia, ésta no puede hacernos ignorar otra transformación del mismo género de no menos importancia: tras 1919 los textos constitucionales dejan de ser sólo respuesta al despotismo político para comenzar a serlo también al despotismo económico¹²⁰. Las Constituciones ya no son únicamente un mecanismo jurídico cuya misión consista en asegurar la libertad del individuo frente a la arbitrariedad política que pudiese provenir de la acción estatal, sino que se convierten, a partir de este momento, en una sólida garantía frente al desmesurado poder económico que puede ser ejercitado por privilegiados *de facto* desde la sociedad civil¹²¹.

Consiguientemente, los textos fundamentales ya no se encargan tan sólo de regular las relaciones ciudadano-Estado, protegiendo a aquél frente a éste. Por el contrario, ya desde Weimar, se juridifican a nivel constitucio-

117 IRTI, N., *La edad de la descodificación*. Trad. L. Rojo Ajuria. Barcelona, 1992, p. 24.

118 COSSIO DIAZ, J. R., «El Estado Social...», cit. p. 98.

119 DE CASTRO y BRAVO, F., «El Derecho Civil y la Constitución», *RDV*, año XXII, n.º 257, febrero 1935, p. 47. Como había resaltado KELSEN, la justicia constitucional es ante todo control de constitucionalidad.

120 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1.

121 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1; *Idem. Diritto Civile...* Vol. I, cit. pp. 82 y 83; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 47.

nal las relaciones recíprocas entre los individuos, a la vez que se articula la necesaria protección frente a los potenciales ataques que de éstos mismos pudiesen provenir¹²², bien aisladamente, o bien reunidos en grupos. La Constitución no se limita ya a la ordenación de la vida estatal, dedicándose exclusivamente a la organización y actividad de los poderes públicos, así como sus vínculos con los ciudadanos. Sus normas, abarcan también (de forma especialmente clara en garantías como la propiedad, la familia y el matrimonio) las relaciones entre los particulares, fijando así las bases de la ordenación de la vida no estatal¹²³. De esta suerte, las Constituciones ya no aparecen sólo como fuente suprema del Derecho Público, reguladora de la forma de gobierno y garante de la libertad de los ciudadanos frente a el Estado, sino que al mismo tiempo se muestran como Ley Fundamental del Derecho Privado¹²⁴. La Constitución abandona su papel de Norma Suprema del Estado para convertirse en la Norma Superior de la Comunidad Política (*Gemeinwesen*), en cuyo ámbito quedan comprendidos tanto el aparato estatal como la sociedad¹²⁵.

En consecuencia, si ha cambiado la forma en que se conciben las Constituciones, es obvio que también variará la manera en que se entienden sus relaciones con los Códigos. En este contexto, se percibe fácilmente que cada vez se hace más inviable seguir afirmando que la Constitución es en el mundo de «lo público» lo que los Códigos Civiles son en el privado¹²⁶. Los fenómenos acaecidos desde finales del Siglo XIX y principios del XX provocan una ruptura en la identificación Derecho Privado-Código Civil. Indudablemente, todo aquello que contiene el Código Civil es Derecho Privado. Sin embargo, no todo el Derecho Privado vigente se encuentra recogido en el Código Civil¹²⁷, habida cuenta que la totalidad de los principios inspiradores de la vida jurídico-privada ya no se contienen únicamente en las disposiciones civiles codificadas, sino que ahora hallan igualmente acomodo en cuerpos normativos distintos¹²⁸. Por una parte, como ya hemos visto, la

122 HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit. p. 84; GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. pp. 58 y 58/1.

123 IRTI, N., *La cultura del Diritto Civile*, Torino, 1990, p. 35.

124 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 58/1. Asimismo, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución como norma jurídica*, cit. p. 47.

125 HESSE, K., *Escritos...*, cit. pp. 13 y 17; *Idem. Derecho Constitucional...*, cit. p. 82.

126 TARELLO, G., *Storia...*, cit. p. 25.

127 IRTI, N., *La cultura...*, cit. pp. 48 y 96. También en desarrollo de este argumento, RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 17. TORRALBA SORIANO, O. V., «El Derecho Civil desde la Codificación hasta el tiempo presente», *RGLJ*, septiembre-octubre 1975, p. 355; ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J., *El Derecho Civil constitucional*, cit. pp. 33 y 34.

128 Es obvio que aquella fuerza absorbente del Code Civil, que predicaba BUGNET cuando manifestaba «yo no conozco el Derecho Civil, yo no enseño nada más que el Código de Napoleón», o que postulaba DEMOLOMBE cuando afirmaba: «mi divisa, mi profesión de fe

Constitución, al juridificar las relaciones que se entablan entre particulares, se convierte en Norma Fundamental de la vida privada que se desarrolla en sociedad, abandonando, en consecuencia, su carácter de Norma de Derecho Público exclusivamente reguladora de la vida estatal. Por otra parte, la industrialización y el subsiguiente desarrollo del capitalismo producen, ya desde mediados del Siglo XIX, una serie de acontecimientos sociales, políticos y económicos respecto los cuales los Códigos son incapaces de ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias. Ante estas nuevas circunstancias, se comienzan a promulgar disposiciones legislativas que, situándose fuera del ámbito del Derecho Civil codificado, pretenden contrarrestar y suplir la insuficiencia de los Códigos Civiles¹²⁹. Es a partir de este momento cuando las leyes especiales cobran relevancia en el campo del Derecho Privado. El alejamiento de los Códigos de los procesos económicos y sociales que circulan paralelos a la crisis del liberalismo impulsa la proliferación de la legislación especial, o también denominada «extracodicial»¹³⁰. Es la obsolescencia política, económica y social de la normativa codificada la que impone reaccionar mediante leyes que den respuesta a los nuevos problemas que se plantean¹³¹. Como consecuencia del incremento de las leyes especiales y, por lo que a nosotros nos interesa, debido a la constitucionalización del Derecho Privado, los Códigos Civiles pierden el monopolio de la reglamentación normativa de la vida jurídico-privada, pues ya no representan el Derecho exclusivo de las relaciones privadas, sino el Derecho común; es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales¹³².

Con base en estos acontecimientos, no han sido pocos los autores que se han apresurado en calificar al Código Civil como normativa totalmente desfasada, caduca e insuficiente para responder a las nuevas situaciones sociales que el surgir del Estado Social va imponiendo¹³³. Así, se ha hablado de la

es esta: los textos sobre todo [...] mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo...», ya no puede ser mantenida. Sobre esta particular cuestión, *Vid.* GENY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. 2.ª ed. Madrid 1925. IRTI, N., *La cultura...*, cit. p. 8. HERNÁNDEZ GIL, A., «En defensa del Código Civil», *RDP XXXII*, n.º 378, septiembre 1948, p. 780. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil...*, cit. p. 65.

129 Según señala DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 119), «cuando el Derecho Civil está recogido en un Código, las leyes especiales que se dictan para atender las nuevas situaciones sociales nacen separadas del cuerpo del Derecho Civil».

130 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil...*, cit. pp. 51 y 52.

131 ASCARELLI, T., «Ordinamento...», cit. p. 85; IRTI, N., «Leggi speciali», *Riv. Dir. Civ.*, anno XXV, 1979. Parte I, p. 144. *La edad...*, cit. pp. 22, 96 y 185; RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 13.

132 IRTI, N., *La edad...*, cit. p. 22.

133 La discordancia entre la normativa codificada y la realidad social fue puesta ya de relieve en el primer tercio del Siglo XX por CASTAN y BATLLE, quienes se mostraban a favor de posibles reformas del texto del Código Civil y, en concreto, de su art. 348 referido a la propiedad. *Vid.* BATLLE VÁZQUEZ, M., *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado*,

«crisis del Código Civil», de «la edad de la descodificación», o incluso de «la muerte del Código Civil»¹³⁴. Además, también han existido sectores doctrinales que, ante la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas y la creciente intervención del Estado en las mismas, no han dudado en afirmar que ello supone una violenta invasión del Derecho Público en un campo que tradicionalmente era propio del Derecho Privado¹³⁵. Se ha llegado a hablar incluso de una «peligrosa publicación» del Derecho Privado, en el sentido de que éste sería paulatinamente absorbido por aquél¹³⁶. La citada doctrina, defendiendo la tradicional autonomía del Derecho Privado, estimaba que, con la influencia publicista, derivada de la mayor intervención estatal y de la constitucionalización de las relaciones jurídicas entre particulares, las instituciones privadas se vincularían a un conjunto de normas constitucionales preordenadas hacia objetivos e intereses distintos de los que les son propias¹³⁷. Finalmente, se añadía que las normas constitucionales sobre Derecho Privado tendrían efectos

Madrid, 1933, pp. 56 y 57 y también la nota bibliográfica a esta obra de CASTAN TOBEÑAS, J., *RDP*, XX, n.º 237, junio 1933. Esta discordancia, que incipientemente apuntaban los autores citados, es subrayada por MARÍN PÉREZ («La estructura del Estado y el Derecho Privado», *RGLJ*, abril 1956, pp. 11 a 13) cuando literalmente manifiesta que «la falta de concordancia entre las normas de nuestro viejo Código Civil y la realidad social que, inexorablemente está llamado a regular, es tan grande que se manifiesta tanto en su orientación y principios inspiradores marcadamente individualistas y capitalistas como en cuanto a las extraordinarias y numerosas lagunas que presenta el análisis más somero. En sentido contrario, HERNÁNDEZ GIL, A., «En defensa del Código Civil», cit. pp. 776 y ss.

- 134 CARNELUTTI (*Metodología del Derecho*, [Padova 1939]; y, *Teoría Generale del Diritto*, [Roma 1940]) se había referido a la muerte del Derecho Civil al contrastar la influencia publicista, siendo partidario del criterio de la unidad del ordenamiento jurídico y advirtiendo también del peligro de que la Ciencia del Derecho fuese sustituida por las Ciencias del Derecho. A su vez, compartía con PASSARELLI la idea de que el Derecho Civil es todavía el Derecho del Código Civil. Para un estudio más profundo acerca de estas consideraciones, IRTI, N., *La cultura...*, cit. pp. 30, 80, y 139 y ss; *Idem. La edad...*, cit. p. 186; ARCE Y FLOREZ-VALDES, J., *El Derecho Civil Constitucional*, cit. p. 52.
- 135 SAVATIER, R., *Droit Privé et Droit Public*, Paris, 1946, p. 25; *Idem. Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, Paris 1964, p. 43; RIPERT, G., *Le déclin du droit*, Paris, 1949, pp. 37 y ss.; GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 392.
- 136 MAZEAUD, H-L-J., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte I., vol. I., Introducción al estudio del Derecho Privado, Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos, Trad. Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1959, p. 44; GIORGIANNI («Il Diritto Privato...», cit. p. 392) describe muy gráficamente la consternación de aquellos sectores doctrinales que, ante la socialización del Derecho Privado, comparan a ésta con la situación de quien regresando de una larga ausencia, encontrase su casa invadida de gente extraña, que ha abatido paredes y puertas, modificando tapicerías y muebles. Igualmente, resalta el temor hacia la influencia publicista Menger (*El Derecho Civil...*, cit. p. 270), cuando señala, refiriéndose a las cada vez más frecuentes limitaciones al derecho de propiedad, que «el término de este proceso histórico habría de ser, sin duda, que la propiedad, y todo el Derecho Privado serán inundados por el Derecho Público, al modo de la Isla de Helgoland, que todos los años desaparece bajo las aguas, y que acabará por sumergirse en el Océano».
- 137 RAISER, L., *Il compito...*, cit. p. 174.

sólo indirectos en las relaciones jurídico-privadas, en cuanto que vincularían la interpretación de las normas jurídico-privadas al respeto de los valores sancionados en la norma constitucional, pero nada más.

No obstante, al contrario de las consideraciones expuestas, estimamos que la creciente intervención de los poderes públicos, (favorecida por la proliferación de leyes especiales y la constitucionalización de las relaciones entre particulares) no implica que el Derecho Privado se vea totalmente expropiado por el Derecho Público, ni muchos menos la crisis del Derecho Civil. No hay que mostrar temor ante una total y absoluta publicación del Derecho Privado, ya que ésta no puede deducirse de la mera presencia del Estado en las relaciones jurídico-privadas. Es verdad que la parte de libertad que el Derecho Privado dejaba a los hombres para regular sus relaciones entre sí va disminuyendo, pero este fenómeno sólo es el resultado de la socialización del Derecho, porque para defender el interés general ante el interés egoísta de los particulares, es necesario limitar la libertad individual¹³⁸. Limitación tal que, sin embargo, no conlleva una radical penetración del Derecho Público, ya que, muy frecuentemente, la intervención estatal que la opera se canaliza a través de mecanismos propios del Derecho Privado. Tal es el caso de la intervención del Estado en la economía. En muchos supuestos, incluidos aquellos en los que se actúe en la realización de intereses generales, la naturaleza pública del agente económico no se corresponde con la aplicación del Derecho Público, sino con la aplicación del Derecho Privado¹³⁹. Quiere ello decir que el Estado no publica todo aquello que toca, sino que, al contrario, en múltiples ocasiones resulta privatizado al entrar en contacto con la economía¹⁴⁰. El Derecho Privado ha adquirido nuevos campos imponiendo el uso de sus instrumentos a la actividad del Estado y de los entes públicos¹⁴¹.

Por estas razones, podemos concluir que la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas y la creciente intervención estatal en las mismas, así como la proliferación de leyes especiales y extracodiciales no supone la crisis del Derecho Civil, ni mucho menos del Derecho Privado. La sedicente crisis a la que nos venimos refiriendo resulta, por el contrario, predicable en relación a los Códigos Civiles, que, por un lado, han sido destronados por la Constitución en su posición de norma suprema de las relaciones jurídico-privadas y, por otro lado, han sido expropiados de una gran cantidad de materias, respecto las cuales inicialmente pretendían tener un absoluto y exclusivo monopolio.

138 MAZEAUD, H-L-J., *Lecciones...* cit. p. 44.

139 GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 21; *Idem. Diritto Civile...*, cit. p. 43; *Idem. La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1973, p. 203; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Constitución...», cit. p. 1167.

140 GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 419.

141 GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 419. LASARTE, C., «El Derecho Civil...», cit. p. 1127.

Ahora bien, estas consideraciones, no pueden hacernos desconocer que «la Constitución ejerce influencia sobre el Derecho Privado, tanto de un modo directo, como de un modo indirecto»¹⁴².

De un modo indirecto influye la Constitución, no sólo al organizar sobre nuevas bases el Estado dando atribuciones a sus distintos órganos y poderes, sino al sentar mandatos vinculantes que el legislador futuro ha de seguir necesariamente en el desarrollo su función legislativa, si no quiere correr el riesgo de ver anulada su labor como inconstitucional¹⁴³. Desde el momento en que se admite que la Constitución es una auténtica norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos, el legislador ordinario encuentra en ella no un mero programa carente de obligatoriedad, sino auténticas directrices e indicaciones generales que le vinculan jurídicamente en su actuar. De esta manera, a las ya tradicionales limitaciones formales impuestas por los Textos Fundamentales, se añaden ahora toda una serie de limitaciones materiales que inexcusablemente han de ser observadas en el desenvolvimiento de la actividad legislativa¹⁴⁴. Esto significa que el legislador ordinario, además de respetar el procedimiento formal establecido en la Constitución para la elaboración de las leyes, está obligado a dotar a las disposiciones legislativas de un contenido que, en todo caso, sea materialmente conforme con la Norma Fundamental. Por lo tanto, se podrán estimar inconstitucionales aquellas normas que alberguen una regulación que vulnere derechos o contravenga principios constitucionalmente consagrados y garantizados.

La influencia constitucional, por otra parte, no deja de tener trascendencia directa. En la actualidad no es arriesgado afirmar que los principios legitimadores de la vida comunitaria y de las relaciones jurídico-privadas ya no se encuentran sólo en los Códigos, sino también en las leyes de rango constitucional, donde reside la infraestructura de todo el sistema jurídico¹⁴⁵. La Constitución es la Norma Fundamental del Estado que contiene los principios rectores y generales conforme a los cuales ha de interpretarse la totalidad del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, también el Derecho Privado y el Código Civil¹⁴⁶. Los principios constitucionales actúan así como guía interna

142 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Civil...», cit. p. 47; HESSE, K. *Derecho Constitucional...*, cit. p. 34. BARBANCHO TOBILLAS, J., *Evolución...*, cit. p. 74; BATLLE VÁZQUEZ, M., *Repercusiones...*, cit., pp. 15 y 16; CASTAN TOBEÑAS, J., «Nota bibliográfica...», cit., pp. 189 y ss.

143 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Civil...», cit. p. 47.

144 COSSIO DIAZ, J. R., *Estado Social...*, cit. p. 98.

145 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho Civil...*, cit. p. 50; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Intervención durante el 1.º Congreso de Derecho Vasco (Dic. 1982)», *ADC*, abril-junio 1983, p. 486; TORRALBA SORIANO, V., «El Derecho Civil...», cit. p. 355; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *El Derecho Civil Constitucional*, cit. pp. 81 y 82.

146 PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil constitucional español», *ADC*, T. 36 I, 1983, p. 1; HESSE, K. *Derecho Constitucional...*, cit. p. 58.

y criterio inspirador de las normas civiles¹⁴⁷. En este sentido, podemos concluir que el hecho constatado de que en nuestro Código Civil sólo hayan sido objeto de modificación preceptos y partes concretas e individualizadas del mismo, no es óbice para reconocer que el espíritu informador de la normativa codificada ha cambiado profundamente¹⁴⁸. Aunque la letra del Código pueda permanecer intacta desde el momento de su redacción, su fundamento lógico, aplicación e interpretación ya no pueden ser abordados desde los viejos planteamientos que contemplaron su nacimiento¹⁴⁹. La interpretación de los antiguos textos legales todavía vigentes en el Código Civil habrá de hacerse de acuerdo con los nuevos principios que son asumidos, ahora, por nuestra Norma Fundamental. La Constitución española, por tanto, incide profundamente sobre todas las instituciones del Derecho Privado y, en particular, sobre la normativa codificada, actuando como fuerza disolvente de los viejos esquemas y de los tradicionales conceptos que deben ser necesariamente revisados¹⁵⁰.

3.2. Del Derecho excepcional al Derecho normal

Una de las consecuencias más trascendentales del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado, quizás haya sido la de operar un cambio en la delimitación del ámbito del Derecho normal y excepcional¹⁵¹.

En el Siglo XIX, Códigos y Constituciones respondían a los mismos presupuestos ideológicos del liberalismo, coincidiendo en señalar a la libertad plena como un principio general y valor esencial, cuya presencia invade todo

147 HESSE, K., *Derecho Constitucional...*, cit. pp. 34 y 84.

148 DE CASTRO Y BRAVO, F., «El Derecho Civil...», cit. p. 47.

149 O'CALLAGHAN MUÑOZ, J., «La constitucionalización del Derecho Civil y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS». *Libro homenaje al Prof. Vallet de Goytisolo.*, vol. VI., Madrid, 1988, pp. 427 y ss.

150 PERLINGIERI, P., «Por un Derecho...», cit. p. 4.

151 Antes de entrar en el fondo de la cuestión, es necesario tener presente que la tarea de efectuar una distinción entre el Derecho normal y excepcional no está exenta de dificultad, ya que nos hallamos ante nociones de carácter relativo. En palabras de IRTI, «la distinción no reposa en un elemento estructural de la norma jurídica, sino sobre la relación que existe entre una norma y las restantes normas del sistema. La calificación de Derecho normal o excepcional proviene de un juicio de comparación. Ninguna norma considerada en sí es normal o excepcional.» *Vid.* IRTI, N., «Leggi speciali...», cit. p. 146; *Idem.* *La edad...*, cit. pp. 43 y 47; *Idem.* *Introduzione allo studio del Diritto Privato*, Padova, 1990, p. 98. La doctrina española también ha puesto de manifiesto la dificultad en la distinción. *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit. p. 102; MONTES PENADES, V., «Comentario al art. 4.2 CC2, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*, vol. I., Madrid, 1977, p. 223.

el ordenamiento jurídico¹⁵². Es así como la autonomía privada de la voluntad ocupa un lugar de privilegio en el sistema liberal, al constituir el individuo y su capacidad decisoria los ejes principales en torno a los cuales giran todas las instituciones jurídicas. Sin embargo, en ciertas normas, que habían sido concebidas para la reglamentación de las nuevas circunstancias sociales, políticas y económicas surgidas tras la industrialización, se sustentaba, de manera ocasional y aislada, la posibilidad de imponer límites a la autonomía de voluntad del individuo. Normas que, al ser divergentes con el principio general de libertad plena consagrado en el Código Civil, rompían con la lógica del Derecho normal e introducían una lógica propia y distinta. No nos referimos, en este caso, a leyes que desarrollaban o especificaban para supuestos concretos los principios generales que establecía el Código, sino a disposiciones normativas que discrepaban de aquéllos¹⁵³, derogando su vigencia en la regulación de una específica materia¹⁵⁴. Como consecuencia

152 La coincidencia se aprecia ya en un mero análisis comparativo del art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el art. 544 del Code francés. El art. 17 de la Declaración prescribe que: «Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización». Por su parte, el art. 544 del Code francés dispone que: «La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes y los reglamentos». Esta coincidencia ha sido también resaltada por GIORGIANNI, M., «Il Diritto Privato...», cit. p. 399.

153 Se trata de la diferencia fijada por IRTI con la terminología de leyes especificantes y leyes decodificantes. Para este autor, las leyes especificantes no generan ningún tipo de problema, pues desarrollan y especifican para supuestos concretos la más amplia y general normativa que se residencia en el Código. Por leyes decodificantes entiende IRTI aquellas leyes especiales que regulando materias ya contenidas en el Código, no se colocan junto a éste, sino que más bien lo vacían de contenido y lo destinan a sede de disciplinas generalísimas. *Vid.* IRTI, N., «Leggi speciali...», cit. p. 144; *Idem.* *La edad...*, cit. p. 96. A nuestro modo de ver, IRTI se refiere a la distinción entre Derecho especial y Derecho excepcional. Lo que el citado autor denomina leyes especificantes no son otra cosa que normas integrantes del Derecho especial, las cuales no producen una derogación de los principios generales, sino una adaptación de tales principios a una parcela de la realidad jurídica. Leyes decodificantes parecen las normas de Derecho excepcional que se apartan de los principios generales derogando su vigencia para un supuesto concreto. Sobre esta cuestión, MONTES PENADES, V., «Comentario al art. 4.2 CC», cit. p. 224. Ahora bien, conviene tener presente que la distinción entre Derecho especial y excepcional juega en dos planos distintos, lo cual no impide que ambas calificaciones puedan entrecruzarse en una misma norma. Así, toda ley excepcional es especial, pero no toda ley especial es excepcional. Una ley especial sólo será excepcional cuando procediendo a regular una materia ya comprendida en una norma general, derogue totalmente los principios generales contenidos en esta última. En otra hipótesis, la ley de que se trate deberá ser calificada solamente como especial, aunque pueda contener excepciones puntuales al régimen general.

154 Es necesario que las disposiciones legislativas a las que ahora aludimos versen sobre una misma materia ya contemplada con anterioridad en el Código. Si esa coincidencia objetiva no existiese, no habría problema alguno. Simplemente estaríamos en presencia de una nueva ley que, al regular una nueva materia, sienta nuevos principios generales, siendo,

de su alejamiento de los principios generales, las normas que contenían restricciones a la libertad plena, eran calificadas como excepcionales. Excepcionalidad que, al suponer la interdicción de su aplicación analógica, ponía un importante freno a su posible fuerza expansiva. Se trataba de normas que iban *contra tenorem rationem* de la organización general y que carecían, por ello, de *vis expansiva*. Habiendo perdido toda fuerza creadora, o habiendo nacido con eficacia restringida, no podían sus reglas ser interpretadas extensivamente contra el Derecho normal, ni tener poder expansivo como regulación racional y ejemplar¹⁵⁵.

El fundamento de la falta de expansividad las normas excepcionales se hallan, precisamente, en el carácter expansivo de los principios generales. Las normas que imponían límites a la autonomía privada suponían, para un caso específico, una derogación aislada y excepcional del principio general de libertad consagrado en el Código Civil, justificado por particulares razones de *utilitas*. Por lo tanto, si la norma limitativa era una excepcional derogación de los principios generales del sistema para un supuesto concreto e individualizado, no tendría sentido extender a otro no previsto la *ratio* deducible de la misma. A este supuesto no contemplado normativamente debería ser extensible la aplicación del principio general y nunca del excepcional. Por este motivo, la norma de Derecho normal, acorde con los principios generales, goza de una fuerza expansiva de la que carecen las normas de Derecho excepcional, por introducir éstas últimas una derogación de tales principios generales para un caso concreto.

Si bien esta forma de entender el porqué de la interdicción de la aplicación extensiva de las normas excepcionales podría ser extrapolable a la actualidad, es conveniente subrayar que, en el Siglo XIX, estas razones descansaban además en una pura lógica de corte liberal. Coartar la *vis expansiva* de las normas que se distanciaban de los principios generales codificados, tenía como objetivo fundamental constituir un dique a favor de la unidad del ordenamiento jurídico, con la intención de evitar que las normas excepcionales desplazaran al Código de su posición central en el sistema y, de esta manera, mantener su hegemonía en el mismo¹⁵⁶. Así pues, la prohibición

por lo tanto, su aplicación susceptible de ser extendida a supuestos análogos. *Vid.* IRTI, N. «Leggi speciali...», cit. p. 144; *Idem La edad...*, cit. p. 96. Como señala BATLLE VÁZQUEZ (*Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* (art. 4), T. I., arts. 1-41, Madrid, 1978, p. 92). Se trata de leyes cuyo principio inspirador no es al que de un modo normal, general y común han de servir, sino que responden a una razón particular o de especial *utilitas*, en virtud de la cual se justifica la desviación o excepción. La propia práctica resalta como en determinadas leyes se recoge una reglamentación que se inspira en principios divergentes y no concordantes con los calificados como generales en el CC.

155 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit. p. 103.

156 IRTI, N., *La edad...*, cit. pp. 60, 186, 187; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Constitución...», cit. p. 1170.

de aplicación analógica de aquellas normas que rompían con los principios generales codificados constituía un adecuado instrumento de «esterilización de la excepción»¹⁵⁷, en favor de una pretendida unidad del ordenamiento jurídico privado asentada sobre un modelo de Código Civil que se calificaba como completo, perfecto y definitivo.

Descendiendo de esta panorámica general a lo que acontecía en materia de propiedad, hay que señalar, al respecto, que Códigos y Constituciones, en cuanto que concordantes, fijaban los principios generales que debían regir el ejercicio del derecho. La propiedad se presumía completamente libre y se configuraba como un derecho fundamental, sagrado e inviolable de la persona, que sólo dependía de la omnimoda voluntad de su titular individual. Por lo tanto, los límites al libre ejercicio del derecho de propiedad, eran vistos como algo aislado y excepcional que respondía únicamente a la necesidad de lograr una armoniosa coexistencia de los distintos derechos dominicales, para así, evitar una situación de *bellum omnium contra omnes*. Las limitaciones dominicales, aunque existían, integraban simplemente el Derecho excepcional y tenían como única finalidad permitir la convivencia de los distintos derechos de propiedad y el mantenimiento de un orden público que, precisamente, se basaba en la protección de la propiedad libre¹⁵⁸. En consecuencia, las normas que contemplaban limitaciones al libre ejercicio del derecho de propiedad, al romper con los principios generales, eran consideradas como excepcionales y, por las mismas razones antes aludidas, no susceptibles de aplicación analógica. En el orden liberal, el Derecho normal lo constituye el ejercicio absolutamente libre de la propiedad privada, mientras que las restricciones y limitaciones a la misma, en cuanto se apartan del principio general de libertad plena, integran el ámbito del Derecho excepcional.

Sin embargo, este orden de cosas comienza a resquebrajarse, no tardando en entrar en crisis, porque las consecuencias a las que había llevado el liberalismo a ultranza pusieron de relieve que era necesario impedir que la propiedad continuase siendo limitada tan sólo a título excepcional en cuanto a su libertad de ejercicio.

La práctica jurídica constataba la proliferación de disposiciones legislativas que, apartándose de los principios generales consagrados en el Código Civil, comenzaban a imponer restricciones a la omnimoda e ilimitada voluntad del propietario. Con el paso del tiempo y la correlativa evolución de las circunstancias políticas, sociales y económicas, las leyes limitativas del derecho de propiedad, que habían nacido como provisionales excepciones coyunturales, adquieren una insospechada estabilidad y consolidan su vigencia, dando lugar a que el principio de la limitabilidad se acerque paulatinamente al ámbito de aquello que queda comprendido bajo la categoría del Derecho

157 Terminología utilizada por IRTI, N., *La edad...*, cit. pp. 21 y 185.

158 SALVIOLI, G., *El Derecho Civil...*, cit. p. 57.

normal¹⁵⁹. Toda esta evolución finaliza con la configuración a nivel constitucional de la limitabilidad en el ejercicio del derecho de propiedad como un principio operativo en sede general. Ya en 1919, la Constitución alemana de Weimar prescribía en su art. 153 que «La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien de la comunidad». El sentido de esta disposición constitucional va a consolidarse en el art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn, a la vez que paulatinamente se recibe en las modernas Constituciones que nacen a partir de ese momento. Este es el caso de la Constitución española de 1978 que, en su art. 33.2, señala «la función social de estos derechos (refiriéndose a la propiedad y la herencia) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». La propia dicción de este precepto (La función social... delimitará su contenido) parece indicar que los límites no constituyen medidas excepcionales que, justificadas por las circunstancias específicas, se adopten para un caso concreto, permaneciendo en el ámbito externo del derecho de propiedad, sino que forman parte de lo que constitucionalmente se entiende por su contenido¹⁶⁰.

La modificación que nuestra Norma Fundamental ha ejercido sobre la disciplina de la propiedad ha llevado a la categoría de regla general la limitabilidad en el ejercicio del derecho, que era considerada, en la etapa liberal, como una excepción al principio general de libertad plena. Desde la excepcionalidad del principio de la limitabilidad dominical, se ha pasado a la generalidad del mismo, porque, al dejar de tener vigencia los presupuestos liberales, la «inviolabilidad sagrada» del derecho de propiedad carece de todo fundamento¹⁶¹. Por lo tanto, las trabas y limitaciones dominicales ya no pueden ser vistas como algo excepcional, que se prevea únicamente para casos aislados. Ahora bien, el cambio acaecido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha de ser interpretado en sus justos términos. El hecho de que la limitabilidad en el ejercicio del derecho de propiedad haya dejado

159 IRTI se había percatado de que las normas que habían sido concebidas para ser aplicadas a un momento y supuesto concreto se prolongaban en el tiempo y adquirirían una insospechada estabilidad. En torno a cada norma que había nacido como excepcional, se disponían otras leyes que completaban la disciplina, trazándose lo que el jurista italiano califica como un «microsistema»; es decir, un pequeño mundo de normas de las que el intérprete puede recabar ya principios generales y en las que descubre una propia lógica interna. Nos referimos al fenómeno al que IRTI ha acuñado con la denominación de «consolidación de las leyes especiales», que descubría en su estudio «Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili», *Riv. Dir. Civ.*, anno XXXIX, n.º 3, maggio-giugno 1993, p. 307; *Idem. La edad...*, cit. p. 38; *Vid.* también, SANTOS BRIZ, J., *Derecho Económico y Derecho Civil*, Madrid, 1963, p. 223; DIEZ-PICAZO, L., «Propiedad y Constitución», en AA.VV., *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, p. 42.

160 HERNANDEZ GIL, A., «La propiedad y su función social en la Constitución», *Poder Judicial*, Nueva época n.º 14, junio 1989, p. 21.

161 ZENATI, F., «Pour une rénovation de la théorie de la propriété», *Rev. Trim. Droit. Civ.*, n.º 2 avril-juin 1993, p. 305.

de ser una excepción aislada para convertirse en un principio general, no significa que este razonamiento sea automáticamente trasplantable en sentido inverso al ámbito de la libertad dominical, entendiéndose que ésta ha cesado de ser un principio general para transformarse en una excepción. Nada más lejos de la realidad. Con el modelo de Estado que instaura la Constitución de 1978, la libertad dominical ha mudado definitivamente su aspecto y cambiado su fisonomía esencial, pues ahora ésta, como principio general, ya no se identifica con un conjunto de posibilidades de actuación, tendencialmente ilimitadas y sólo excepcionalmente restringibles, sino con una libertad normalmente limitable y susceptible de ser configurada, desde su propio interior, en sentido social. Entonces, lo único que ha dejado de ser un principio general es la libertad absoluta, plena, sin trabas ni obstáculos y sólo ocasionalmente limitable que, a ultranza, defendía el orden jurídico liberal.

Consiguientemente, desde la perspectiva constitucional, aquellas normas que vengán a determinar la acción de la función social del derecho de propiedad para cada categoría de bienes, pierden toda consideración de excepcionales, pasando directamente a integrar el ámbito de la normalidad. Es así como las leyes que concretan la función social adquieren, ahora, una verdadera *vis expansiva*, al caer la prohibición de su aplicación en vía analógica a los supuestos que no sean expresamente contemplados por una disposición nacida para un caso concreto. Todas aquellas leyes que limiten, restrinjan o condicionen el ejercicio de las facultades que corresponden al propietario por razón de las exigencias constitucionales ya no pueden ser consideradas como una excepción a la normal absolutividad de la propiedad privada, sino como manifestación de la normal limitabilidad dominical que es inmediato efecto de la constitucionalización de la función social como un principio de valor operativo general¹⁶². La consecuencia operativa es que la aplicación de normas de tal género podría ser extendida analógicamente a otros supuestos similares no contemplados legalmente, al haber decaído el principal obstáculo que impedía su *vis expansiva*¹⁶³.

No obstante, que las normas limitativas del libre ejercicio del derecho de propiedad hayan entrado a formar parte del Derecho normal no quiere decir

162 PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil...», cit. pp. 6 y ss; RODOTÁ, S., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Rapporti economici, T. II, arts. 41-44, Bologna, 1982, p. 117; *Idem*. «Poteri dei privati e disciplina de la proprietà», en AA.VV., *Il Diritto Privato nella società moderna*, Saggi a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 381; *Idem*. *El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada*, Trad. Díez-Picazo, Madrid, 1986, pp. 326 y ss. RESCIGNO, P., Voz «Propiedad», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Milano, 1988, p. 275; BARCELLONA, P., *Gli istituti...*, cit. p. 185; MONTES PENADES, V., *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 198; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina...*, cit. pp. 77 a 79; DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, pp. 196 y 208.

163 GALGANO, F., «Immagini della proprietà», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Anno XXXVI 1982, pp. 818 y 819; *Il Diritto Privato...*, cit. p. 152; *Idem*. *Diritto Civile...*, cit. p. 330.

que la disciplina dominical codificada se haya convertido automáticamente en Derecho excepcional. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en relación al principio de libertad, no se produce un total intercambio recíproco, en el sentido de que lo comprendido bajo el Derecho excepcional se transforme en normal y viceversa. Lo único que sucede es que, al fijar la Constitución los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil ya no está en posición de cumplir la función de delimitar, al máximo nivel, aquello que se comprende dentro del Derecho normal y excepcional¹⁶⁴. El paso a la normalidad tiene su causa en que los principios generales son históricamente relativos y cambiantes en breves años. Basta modificar la disciplina de un sólo instituto para que un principio general sea sustituido por otro distinto¹⁶⁵. Por lo tanto, una mutación en los principios generales del ordenamiento producirá la subsiguiente modificación en el ámbito que queda comprendido bajo el Derecho normal o excepcional. Es obvio que la Constitución española de 1978 ha supuesto una trascendente variación de los principios fundamentales y generales de nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁶. Generales son verdaderamente los principios constitucionales y, al estar dotados de un mayor rango normativo, deben prevalecer sobre la legislación ordinaria, dentro de la cual se incluye el Código. En consecuencia, corresponde a la Constitución, en tanto que Norma Suprema que fija los principios generales del nuestro sistema jurídico, y no al Código Civil, trazar la frontera última que separa el ámbito del Derecho normal y excepcional. La Constitución ha venido a sustituir a los Códigos en la función delimitadora de los principios y disposiciones que quedan comprendidos bajo una y otra categoría de Derecho.

Aunque no podemos ser partidarios de posturas radicales que degraden al Código, en esta materia, *in toto* a la categoría de norma excepcional, estamos de acuerdo en que «el Código es rebajado, en la concreción de la experiencia jurídica a Derecho residual»¹⁶⁷, en la medida que contenga excepciones a los principios generales de superior rango contenidos en la Constitución. Para algunos autores¹⁶⁸, la residualidad del Código Civil se explica en base a que la disciplina codificada de la propiedad actúa sólo para aquellas categorías de bienes que, por su peculiar naturaleza, no quedan especialmente sujetas a las exigencias sociales que, en concreción de la función social, vengan a ser determinadas por el legislador. Aquí obra la distinción entre bienes de

164 IRTI, N., *La edad...*, cit. pp. 38 y 39.

165 IRTI, N., *Introduzione...*, cit. p. 99.

166 RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 14; PERLINGIERI, P., «Por un Derecho Civil...», cit. p. 9.

167 IRTI, N., *Introduzione...*, cit. p. 99.

168 LASARTE, C., «Propiedad privada e intervencionismo administrativo», *RGLJ*, n.º 2, agosto 1975, p. 151. BASSOLS COMA, M.; GOMEZ FERRER MORANT, R., «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos», en AA.VV., *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. Madrid 1976, pp. 48 y 49; MONTES PENADES, V., *La propiedad privada...*, cit. p. 229.

consumo y productivos¹⁶⁹. Estos últimos son los que verdaderamente deben cumplir una función social, porque su utilización repercute en el interés de la colectividad, al ser su destino crear nuevos bienes. Los bienes de consumo raramente sirven a fines que no sean la satisfacción del interés de su titular individual y no suelen quedar especialmente sujetos a exigencias de tipo social en su utilización. Por consiguiente, desde el punto de vista de los sectores doctrinales ahora aludidos, se entiende que la disciplina codificada de la propiedad privada es residual en tanto que los principios de libertad y autonomía consagrados por la misma sólo rigen en un estado puro a nivel de pequeñas decisiones económicas; es decir, a nivel de economía doméstica de consumo (microeconomía)¹⁷⁰.

Sin embargo, la afirmación de la total residualidad de la disciplina codificada de la propiedad privada debe relativizarse para dar cabida a la naturaleza de Derecho común patrimonial que todavía contienen los principios y normas patrimoniales del Código Civil, aunque ahora con los límites o correctivos interpuestos al orden liberal por el advenimiento del Estado Social.

La Constitución es una norma de naturaleza abierta, incompleta e inacabada que, tanto en materia de propiedad, como en otras muchas materias, fija principios y directrices generales que, aunque vinculantes, han de ser concretados o desarrollados por el legislador ordinario para cada supuesto específico. No obstante, las leyes que desenvuelven los dictados patrimoniales de la Constitución a menudo nacen para dar una respuesta normativa a problemas excesivamente particulares o específicos que casuísticamente se plantean. Por esta razón, debido a su propia naturaleza puntual, las leyes que desarrollan y concretan la disciplina constitucional de la propiedad privada albergan regulaciones muy dispares entre sí. En este contexto, la normativa codificada actúa como telón de fondo, como parámetro de referencia o denominador común que facilita el orden y la coherencia en el *mare magnum* legislativo que surge tras la CE de 1978. La Constitución española fija los principios rectores e inspiradores del régimen jurídico de la propiedad privada, mientras que al Código le corresponde la función de dar sistematización y coherencia interna a la amalgama de disposiciones legislativas que especifican los contenidos constitucionales en materia patrimonial. En otros casos, las leyes que desarrollan los principios constitucionales, al ser concebidas para supuestos concretos, contienen una regulación incompleta y, por lo tanto, imperfecta. De nuevo en este punto el Código Civil cumple la importante función de ser un útil instrumento para colmar las lagunas normativas que puedan existir en este

169 Vid. COCO, G. S., *Crisi...*, cit. pp. 219 y 220; RODOTÁ, S., «Note critiche in tema di proprietà», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Anno XIV 1960, p. 1323; *Idem. El terrible derecho...*, cit. pp. 250 y 251; PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo Diritto*, Milano, 1964, p. 275. LENER, A., «Problemi generali della proprietà», en AA.VV., *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, pp. 14 a 17.

170 RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 13.

tipo de disposiciones, dándoles completitud. De este modo, la disciplina codificada de la propiedad privada desempeña el papel de Derecho común que se aplica residual y supletoriamente para completar y ordenar sistemáticamente la reglamentación patrimonial que se recoge en las leyes especiales que concretan los postulados constitucionales.

En definitiva, si esto es así, la proliferación de leyes especiales que desarrollan los principios patrimoniales fijados por la Constitución no puede servir de alegato en base al cual se propugne la residualidad absoluta del Código Civil. La normativa codificada es el marco armonizador que dota de un cierto orden racional y coherente a la totalidad del sistema patrimonial, incluyendo también aquellas leyes que derivan de la disciplina constitucional.

IV. Preceptos nucleares en la constitucionalización española del Derecho Privado patrimonial

La concepción liberal de la propiedad privada como un derecho sagrado, inviolable y libre en su ejercicio, lejos de servir al interés general de la colectividad, había favorecido la satisfacción egoísta del interés individual, que no tardó en convertirse en un importante freno al desarrollo económico-productivo, así como en factor que suscitó, no menos trascendentes, problemas sociales. Las negativas consecuencias socio-económicas que había producido la configuración liberal del dominio, demostraban que la libre procura del interés individual de cada propietario no generaba, automática e inconscientemente, el beneficio global de la comunidad social. Esta situación que, se hizo patente a principios del siglo XX, demandaba arbitrar una solución mediante la cual se consiguiese evitar que la realización del interés individual de cada titular dominical se erigiese en obstáculo a la consecución del interés social. Precisamente, para lograr este objetivo, y hacer efectiva la compatibilidad interés individual-social, se mostraba como una necesidad acuciante sujetar el derecho de propiedad sometiéndolo a Derecho, mediante la imposición de los necesarios límites a la actividad del propietario.

La configuración jurídica actual de la propiedad se encuentra íntimamente ligada a la declaración constitucional de que España es un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1)¹⁷¹, que propugna, y no solamente declara, como valores superiores de su ordenamiento jurídico (entre otros) la libertad y la igualdad, con la firme intención de instaurar así un orden económico-social justo. La utilización por nuestro último constituyente del verbo «propugnar» prueba que su *desideratum* es lograr una efectiva y material realización de la igualdad y la libertad, cosa que difícilmente sería factible si se hubiera preferido usar el verbo «declarar», ya que éste podría llegar a justificar inter-

171 LEGUINA VILLA, J., «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 3 mayo-agosto 1994, p. 12.

pretaciones que pretendiesen reducir estos derechos a meras declaraciones programáticas carentes de efectividad práctica. Quizás, sea ésta la razón por la que se omite el verbo «declarar» optándose por la expresión «propugnar», mucho más coherente con el espíritu del Estado Social que la misma Constitución proclama.

La posible duda que, en el contexto del art. 1.1. CE., se pudiese plantear acerca de la posición del constituyente en orden a la efectividad atribuible a los principios de igualdad y libertad, aparece totalmente disipada a favor de un concepto material de estos derechos, cuando se acude a la lectura del párrafo 2.º del art. 9 CE, que prescribe lo siguiente: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Como ya resulta deducible de su tenor literal, el art. 9.2 CE persigue la superación de la rígida igualdad formal propia del orden liberal, para promover un principio de igualdad que sea más acorde y coherente con la definición del art. 1 CE que constituye a España en un Estado Social y Democrático de Derecho. Ahora la Constitución no se conforma, como ocurría en el orden liberal, con hacer individuos formalmente libres e iguales ante el Derecho formal¹⁷², ya que lo que verdaderamente le preocupa es dotar de auténtica efectividad a estos derechos, porque no es admisible que queden a nivel de meras declaraciones programáticas vacías de contenido.

Si esto es así, el art. 9.2 CE no puede ser concebido como una mera directriz simplemente orientadora de la acción pública. Por el contrario, no cabe duda que el citado precepto, además de ser un auténtico derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato igual, constituye una auténtica obligación que compele a los poderes públicos para que adopten cuantas medidas sean necesarias en orden a garantizar la efectiva realización material del derecho a ser tratados igualmente, habida cuenta que la Constitución española de 1978 vincula de manera directa e inmediata a todos los poderes públicos sin excepción, de acuerdo con el párrafo 1.º del art. 9 CE que dispone «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución ...». Por lo tanto, la igualdad deja de ser un derecho negativo, que quedaría garantizado con la mera inacción estatal, para convertirse en un auténtico derecho positivo, en cuya efectiva realización los poderes públicos desarrollan un papel imprescindible. La tutela de la personalidad, mediante la promoción de la igualdad sustancial, supera el ámbito meramente defensivo, solicitando la intervención del poder público para su integral realización¹⁷³. Libertad e igual-

172 Para una crítica del formalismo juricista propio del orden liberal, HELLER, H., «El Derecho Constitucional...», cit. pp. 269 y ss.

173 RODOTÁ, S., «Ipotesi...», cit. p. 15.

dad adquieren así una auténtica dimensión material, porque la verdadera realidad de estos derechos se logra a través de mecanismos constitucionales que promueven su efectividad. De esta forma, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos, para que mediante su comportamiento activo logren una auténtica efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en los que se integran, opera como freno respecto a la posibilidad de que instituciones jurídico-privadas vuelvan a ser, como lo eran en la etapa liberal, origen de una ausencia total de libertad y de la más profunda desigualdad. Una concepción formalista excesivamente rígida de la igualdad, podría constituir un obstáculo que los poderes públicos habrían de remover para lograr la real y efectiva realización de este derecho.

En consecuencia, los postulados del Estado Social, y en concreto el art. 9.2 CE, parecen aconsejar una cierta flexibilización o materialización de la igualdad formal que permita el pleno desenvolvimiento de la igualdad sustancial. En el marco actual del Estado de Bienestar proclamado por la CE, el principio de igualdad ya no puede ser comprendido como sinónimo de la mera interdicción de toda diferenciación jurídica formal, ya que ahora no se trata de lograr una parificación jurídica de individuos y situaciones desiguales, sino de distinguir aquello que merece ser distinguido en realidad. La constitucionalización de la igualdad material compele a los poderes públicos para que a la hora de desempeñar sus cometidos no ignoren situaciones de hecho diferenciadas que puedan tener relevancia jurídica. Esto implica que la regulación legislativa de una institución ha de considerar necesariamente las diferencias fácticas que puedan existir, para obrar en consecuencia otorgándoles el trato que les corresponde. Diferencia de trato que no resulta vulneradora del principio de igualdad siempre y cuando se halle justificada objetiva y razonablemente, en base a circunstancias que aconsejen distinguir jurídicamente aquello que en la realidad fáctica merezca ser distinguido¹⁷⁴.

174 En esta materia existe reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Destacamos la primeras Sentencias que se dictaron al respecto por ser las que contribuyeron de modo determinante a sentar la referida doctrina: SSTC 22/81, de 2 de julio, Fto. 3.º, 23/81, de 10 de julio, Fto. 3.º, 34/81, de 10 de noviembre, Fto 3.º, 7/82, de 26 de febrero, Fto. 3.º, 19/82, de 5 de mayo, Fto. 3.º, 59/82, de 28 de junio, Ftos. 2.º y 3.º, 3/83, de 25 de enero, Fto. 3.º, 14/83, de 28 de febrero, Fto 3.º, 49/83, de 1 de junio, Ftos. 4.º y 5.º, 75/83, de 3 de Agosto, Fto. 2.º, 109/83, de 29 de noviembre, Fto. 3.º, 114/83, de 6 de diciembre, Fto. 2.º, 6/84, de 24 de enero, Fto. 2.º, 23/84, de 20 de febrero, Fto. 6.º, 26/84, de 24 de febrero, Fto. 3.º, 43/84, de 26 de marzo, Fto. 3.º, 46/84, de 28 de marzo, Fto. 1.º, 60/84, de 16 de mayo, Fto.2.º, 78/84, de 9 de julio, Fto. 2.º, 93/84, de 16 de octubre, Fto. 3.º, 99/84, de 5 de noviembre, Fto. 2.º. Esta doctrina constitucional igualmente ha sido recogida por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Citaremos tan sólo aquéllas que, inicialmente, reprodujeron con mayor fidelidad los argumentos del Tribunal Constitucional: SSTs 9 abril 1986 Fto. Dcho. 4.º (RJA 1738), 7 julio 1986 Fto. Dcho. 1.º (RJA 4194), 27 noviembre 1986 Fto. Dcho. 3.º (RJA 7093), 1 junio 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4.º (RJA 3980), 14 enero 1988 Fto. Dcho. 2.º (RJA 277), 10 marzo 1988 Fto. Dcho. 5.º (RJA 2257), 12 septiembre 1988 Fto. Dcho. 5.º (RJA 6613), 7 octubre 1988 Fto. Dcho. 5.º (RJA 7579).

Esta dimensión que el principio de igualdad adquiere en nuestro ordenamiento, permite apelar al art. 9.2 CE (y en concreto a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva) para introducir legislativamente un trato diferenciado que tenga como fin la protección de intereses desasistidos o de sectores tradicionalmente discriminados y dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos¹⁷⁵. La distinción jurídica que se lleva a cabo de este modo no puede ser considerada como una medida discriminatoria, pues aparece justificada objetivamente en razones de equidad, de justicia material y de satisfacción de una demanda social que se conecta con objetivos de justicia que la propia Constitución ha elevado a la categoría de valores superiores del ordenamiento. De esta manera, encuentran justificación en el art. 9.2 CE todas aquellas normas que, habiendo sido dadas en cumplimiento de la obligación constitucional de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva, pretendan la adopción de medidas compensatorias de las desigualdades de hecho en favor de aquellos sujetos que, por las razones a las que haya lugar, se encuentran en una más frágil posición en las relaciones jurídicas, contractuales y económicas. Tal es el caso de los trabajadores, consumidores, arrendatarios, menores, personas mayores, personas con discapacidad y, en general, de todos los destinatarios de la normativa integrante del orden público de protección. Forman parte en la Constitución de esta normativa del orden público de protección, al máximo nivel, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (art. 39.1 CE), de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), el deber de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE), de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (art. 51.1 CE) o, finalmente, el deber de establecer cuantas medidas sean necesarias para facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2 CE)¹⁷⁶.

175 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 70.

176 Particularmente, con esta medida de cogestión se conseguirá, como afirma GARCÍA PELAYO («Consideraciones...», cit. p. 36) «que la autoridad derivada directa o indirectamente de la propiedad privada de los medios de producción pueda ser compatible con la derivada del trabajo que la hace productiva», lo que a su vez reducirá la desigualdad fáctica existente en las relaciones laborales entre la posición que ocupa el empresario-propietario y el lugar en que se sitúa en las mismas el trabajador. Este es el correcto sentido que ha de ser descubierto en la interpretación del art. 129.2 CE. Desde esta perspectiva, se podrían rechazar potenciales pretensiones que quisieran ver en el citado precepto la consagración constitucional de la propiedad colectiva de los medios de producción. Una lectura tal sería totalmente contraria al modelo de Estado proclamado por nuestra Norma Fundamental, así como también a todos cuantos preceptos constitucionales lo concretan. La obligación de los poderes públicos de facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los

Por consiguiente, el art. 9.2 CE, además de ser un correctivo de la rígida igualdad formal, extiende su eficacia hasta impulsar y servir de soporte a una interpretación convenientemente material o sustancial de los demás contenidos constitucionales (en especial la propiedad, las relaciones de producción, las relaciones sociales, la planificación, etc.)¹⁷⁷ y, tras ellos, la totalidad del ordenamiento jurídico. En este sentido, no es arriesgado afirmar que el art. 9.2 CE es premisa fundamental en la constitucionalización del Derecho Privado, ya que ofrece el marco en el que se van a desenvolver las restantes disposiciones constitucionales que regulan las relaciones entre los particulares y, en concreto, actúan la función de limitar y sujetar a Derecho el derecho de propiedad¹⁷⁸.

La propiedad privada se encuentra limitada por el obligado respeto a los restantes derechos constitucionalmente garantizados y protegidos, como lo son la igualdad y la libertad. Desde el punto de vista constitucional, no resulta tolerable una reglamentación legislativa que prevea una disciplina del ejercicio de las facultades dominicales que se traduzca en situaciones patrimoniales de ventaja absolutas, inviolables o intangibles, pues tal posibilidad aparece de antemano condenada por el art. 9.2 CE. Para el caso de que este tipo de situaciones se planteasen en la práctica, éstas podrían constituir obstáculos en orden a la realización material de la libertad e igualdad que, en todo caso, los poderes públicos tendrán la obligación de remover, en virtud del mandato que les dirige el citado precepto de la Norma Fundamental de 1978¹⁷⁹. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico actual, toda pretensión de seguir viendo a la propiedad como un derecho en principio intangible y tendencialmente ilimitado en su ejercicio, está condenada al fracaso, ya que la Constitución española lleva hasta sus más últimas consecuencias la declaración de que España es un Estado Social Democrático y de Derecho (art. 1 CE). Por este motivo, seguir refiriéndose a la propiedad con el calificativo de derecho inviolable y sagrado no resultaría demasiado congruente con el modelo de Estado que asume nuestro Texto Fundamental, así como con los derechos fundamentales y las declaraciones constitucionales que lo concretan.

medios de producción deberá llevarse a cabo con el pleno respeto a la propiedad privada constitucionalmente garantizada y mediante las legítimas formas de su adquisición. Consecuentemente, es en el marco de estos parámetros, y en general en el de la legitimidad constitucional, donde se ha de desarrollar la acción estatal tendente a facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Más ampliamente sobre el tema, PRADOS DE REYES, F. J.; VIDA SORIA, J., *Comentarios a las Leyes Políticas* (art. 129), O. Alzaga (dir), T. X (arts. 128 a 142), Madrid, 1985, pp. 88 y 89.

177 GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. p. 60.

178 Análogamente, y para el art. 3.2 de la vigente Constitución italiana, GALGANO, F., *Il Diritto Privato...*, cit. p. 58/2; *Idem. Diritto Privato*, cit. p. 48; *Idem. Diritto Civile...*, cit. p. 83.

179 COSTANTINO, M., «Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes», Trad. V. Montés, en LIPARI, N. *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, p. 231.

El profundo sentido social que asume nuestra Norma Fundamental en su Título Preliminar (arts. 1.1 y 9.2 CE), se desarrolla y especifica a lo largo de su articulado mediante toda una serie de principios que tienen como fin la consecución del interés social de la comunidad.

A la cabeza de todos ellos se encuentra la función social que el art. 33.2 CE asigna a la propiedad privada en su ejercicio. El citado precepto dispone: «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». La consagración constitucional del principio de la función social confirma la intención de nuestro último constituyente (manifestada básicamente en el art. 9.2) de evitar cualquier traba que impida o dificulte el desarrollo económico y social, pues, por aplicación de este principio, la propiedad privada no podrá ser utilizada como alegato para estorbar u obstaculizar la realización de políticas estatales tendentes a favorecer las transformaciones sociales y económicas. Para que este loable propósito constitucional se vea hecho realidad, es conveniente operar una relativa ruptura del vínculo que, en el Siglo XIX, unía indisolublemente propiedad y libertad. En el ámbito del Estado Social, y totalmente superados los esquemas liberales, resulta, cuando menos, poco factible que el ejercicio de las facultades dominicales se confíe completa y absolutamente a la omnipotente y soberana voluntad del titular para la realización de sus necesidades individuales. Por el contrario, de lo que ahora existe necesidad es de limitar la voluntad del propietario para que éste ejerza su derecho de un modo que repercuta positivamente en el interés social de la comunidad. Límites tales que, desde el momento en que entran a formar parte del contenido dominical, alteran su esencia, dejando de ser la propiedad un derecho intangible y tendencialmente libre en su ejercicio, para pasar a convertirse en normalmente limitable por razón del interés social.

Sin embargo, el principio de la función social, y su consideración como límite normal del contenido dominical, no ha de ser mal interpretado, pues con su consagración constitucional en ningún caso se pretende eliminar completamente y de raíz la libertad de la que goza el propietario en el ejercicio del derecho que le corresponde¹⁸⁰. Una quiebra total y absoluta de la ligazón libertad-propiedad sería contraria al reconocimiento y garantía constitucional de este último derecho, ya que su titularidad se sigue atribuyendo al sujeto individual para la satisfacción de sus necesidades particulares (como su propio nombre indica). La Constitución española de 1978 garantiza y protege la libertad que tiene todo propietario para elegir el destino aplicable a los bienes que le pertenecen. Tan sólo en aquellos supuestos en los que el destino elegido convierta al ejercicio del derecho de propiedad en un insalvable obstáculo a la realización del interés social, la imposición de límites será no sólo constitucionalmente legítima, sino también necesaria. En estos

180 PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, T. I., Paris, 1994, p. 151.

supuestos, los poderes públicos podrán acudir a medidas como la expropiación o venta forzosa, la exacción de impuestos, los planes de mejora forzosa, la intervención de empresas, etc. para garantizar, en el ejercicio del derecho de propiedad, la satisfacción del interés social o general que el propietario no fue capaz de alcanzar por sí mismo. No hay duda de que la Constitución reconoce, garantiza y protege un ámbito de libertad en el ejercicio del derecho de propiedad. No obstante, lo que sí resulta censurable, desde la perspectiva constitucional, es que el titular dominical use de su libertad en una forma egoísta que transforme al dominio en un serio impedimento para el desarrollo económico-social y el bien de la colectividad en general. Así las cosas, preferimos calificar como relativa la ruptura del vínculo propiedad-libertad, porque, mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad, nuestra Norma Fundamental y las disposiciones legislativas que la desarrollan solamente pretenden llevar a efecto un control social de la libertad del propietario, orientando y encauzando su actividad individual hacia la consecución del interés social de la comunidad¹⁸¹.

En consecuencia, desde los postulados del Estado Social proclamados por la CE de 1978, no es sólo lícito, sino conveniente, un relativo sacrificio de la libertad individual del propietario, siempre y cuando así lo aconseje la realización de un interés social relevante y específico constitucionalmente promovido. Quiere ello decir que, dentro de aquellos objetivos que presiden el modo de actuar del propietario, ya no se halla únicamente presente la satisfacción del interés individual, sino que simultáneamente aparece la realización del interés social de la colectividad. Ambos tipos de interés aparecen íntimamente ligados en el seno del derecho de propiedad. Entre ellos se aprecia un delicado equilibrio que constituirá el marco de referencia con base en el cual ha de deducirse el sentido que la función social de la propiedad privada cobra en nuestro ordenamiento constitucional.

Para mejor comprender la verdadera operatividad de este principio constitucional, el art. 33.2 no puede ser interpretado aisladamente, sino que es necesario interrelacionarlo sistemáticamente con otros múltiples preceptos constitucionales que vienen a determinar su acción respecto de las distintas situaciones jurídicas de propiedad¹⁸². Entre ellos, son dignos de mención la

181 PAULIAT, H., *Le droit de propriété...*, cit. p. 153.

182 Sobre la conveniencia de este tipo de interpretación, MONTES PENADES, V., «Panorama de la propiedad privada después de la Constitución de 1978», en AA.VV., *Propiedad, urbanismo, Derecho comunitario europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ciclo de conferencias de los Centros Hipotecarios de Galicia y Madrid, 1984-1986, pp. 73 y 74; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 118; DIEZ-PICAZO, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la CE», en AA.VV., *Estudios sobre la CE en homenaje al Prof. García Enterría*, vol. II., De los derechos y deberes fundamentales, Madrid, 1990, p. 1257; BARNES VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, p. 141. PÉREZ LUÑO, A. E., *Comentarios a las Leyes Políticas Españolas* (art. 33), T. III (arts. 24 a 38), O. Alzaga (dir.), Madrid, 1983, p. 405.

subordinación de la riqueza al interés general (art. 128.1 CE), el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), el deber de los poderes públicos de defender la productividad (art. 38 CE), de promover las condiciones favorables para el progreso económico y social (art. 40.1 CE), de atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1 CE), de estimular el crecimiento de la renta y la riqueza, así como su más justa distribución (art. 131.1 CE), etc. Al analizar conjuntamente las disposiciones citadas, se deduce que las genéricas exigencias derivadas de la indeterminada cláusula de la función social contenida en el art. 33.2 CE se concretan en diversas autorizaciones o, en su caso, mandatos que, a nivel constitucional, legitiman a los poderes públicos para que intervengan en los procesos económico-productivos.

A fin de cumplir con lo que dispone el art. 33.2 CE, la mediación pública ha de procurar que la actividad económica de empresarios-propietarios se desarrolle en una forma coherente con los fines de interés general constitucionalmente consagrados (art. 128.1 CE). En orden a alcanzar este fundamental objetivo, el Estado ha de garantizar la defensa de la productividad, el incremento de la riqueza y su más justa distribución, adoptando, para ello, toda una serie de medidas que van desde el simple incentivo de la actividad productiva a la imposición de límites en el ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes productivos, pasando por la organización general de sectores económicos mediante la planificación:

Aunque el art. 38 CE reconozca la iniciativa económica privada, la intención de nuestro último constituyente de evitar que la propiedad se convierta en un obstáculo para el desarrollo económico (arts. 9.2 y 33.2 CE.), justifica, e incluso a veces convierte en necesaria, la existencia de intervenciones legislativas que impulsen, favorezcan o incentiven en determinados sectores económicos la actividad productiva del propietario, cuando el destino del bien objeto de su derecho sea la producción de otros bienes o servicios. A título de ejemplo, se podría citar, entre esos mecanismos incentivadores, el establecimiento de subvenciones, inversiones, contribuciones económicas a fondo perdido, exenciones o bonificaciones tributarias, etc.¹⁸³.

Ahora bien, para el caso de que estos incentivos no logren orientar la actividad económica de los sujetos privados hacia fines de interés general, el Estado, con base en los arts. 128.2 y 131 CE, podrá disciplinar y organizar de modo general la actividad económica de un determinado sector, mediante la planificación de las grandes decisiones y opciones macroeconómicas (art. 131 CE)¹⁸⁴. Del mismo modo, y gracias al reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), el Estado podrá desarrollar por sí mismo la actividad económica-productiva actuando como un empre-

183 GALGANO, F., *La sociedad...*, cit. p. 198.

184 BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 145.

sario más, con la finalidad de conseguir la realización de aquellos intereses generales que los sujetos privados fueron incapaces de lograr¹⁸⁵.

Finalmente, la actividad económica de los propietarios de bienes productivos podrá ser encauzada hacia la consecución de fines de interés general (entiéndase defensa de la productividad art. 38 CE, aumento de la riqueza y más justa distribución de la renta arts. 40 y 131 CE) mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad privada. La recepción a nivel constitucional de la función social de la propiedad y la intervención Estatal en la economía, legitimada por las exigencias del interés general y la defensa de la productividad (arts. 128 y 38 CE.), impiden que la autonomía de la voluntad se proyecte sobre el mercado con la disponibilidad de antaño¹⁸⁶. A diferencia de lo que acontecía en el orden liberal¹⁸⁷, y como consecuencia del rol interventor que corresponde ahora al Estado, el titular de un derecho de propiedad ya no es plenamente libre en la determinación del destino económico de aquellos bienes cuya forma de utilización incida en la colectividad, pues, en el ejercicio de su derecho, ha de tener siempre presente la realización del interés económico subyacente¹⁸⁸. Un objetivo finalista (desarrollo económico y aumento de la productividad) irrumpe ahora en el ejercicio de las facultades dominicales, limitando así la inicial libertad de disposición que tenía el propietario. La autonomía de voluntad del individuo viene condicionada por la específica relevancia económica y social de los bienes que le son propios. En este sentido, podemos afirmar que el ejercicio del derecho de propiedad ya no está únicamente en función de la voluntad de su titular, sino que depende también del destino económico de las cosas que constituyen su objeto.

En síntesis, de todas las afirmaciones vertidas hasta este punto, podemos concluir que la actuación de la función social en el seno del Estado del Bienestar y su concreción en la permanente acción de los poderes públicos en nombre de los intereses generales, la defensa de la productividad, el desarrollo económico, y en suma, la efectiva realización de la libertad e igualdad materiales, han ido desplazando el centro de gravedad de la institución de la propiedad, de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo

185 Nos hallamos ante la figura que ha sido denominada por GALGANO como *Stato-impreditore*. GALGANO, F., *La società...*, cit. pp. 198 y 199; *Idem. Las instituciones...*, cit. pp. 39 y ss. En la doctrina española, DUQUE DOMINGUEZ, J., «Iniciativa privada y empresa», cit. p. 59. BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 142. GARRORENA MORALES, A., *El Estado...*, cit. pp. 78 y 79.

186 IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 142; BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 142.

187 En el orden liberal, el ejercicio del derecho de propiedad de la tierra, y de los bienes productivos en general, no se encontraba ligado a ningún tipo de objetivo finalista de carácter social. Tal y como recalca IRTI (*Dal Diritto Civile...*, cit. p. 14), se trataba de la perspectiva subjetiva del «haber», del señorío sobre las cosas externas, faltando la perspectiva del «producir».

188 FINZI, E., «Diritto di proprietà e disciplina della produzione», *Atti I Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, 1935, p. 160; IRTI, N., *Dal Diritto Civile...*, cit. p. 41.

aislado, hacia una concepción jurídica vinculada socialmente y concretada por la acción administrativa, que si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento¹⁸⁹.

189 BASSOLS COMA, M., *Constitución...*, cit. p. 122.

QUINTA PARTE

La Democracia constitucional

RESPONSABILIDAD SOCIAL Y MILITANCIA A FAVOR DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA OBRA DEL PROFESOR RUIPÉREZ ALAMILLO

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Valencia

(España)

luis.jimena@uv.es

I. Presupuestos: formación y vocación universitarias y compromiso democrático- constitucionalista, desde el inicio

De entrada, he de confesar que el título de mi contribución responde a una doble motivación placentera y, al tiempo, cómoda: lo primero, porque resulta sumamente gustoso homenajear al profesor Ruipérez Alamillo como amigo y maestro, pues su amistad y su magisterio han sido y siguen siendo una constante y ejemplar fuente de inspiración para quien se desempeña como constitucionalista preocupado por forjar —como reza el Preámbulo de la Carta Magna española de 1978— una sociedad democrática avanzada acorde con un orden económico y social justo; lo segundo, porque se me antojaba más sencillo trazar unas pinceladas sobre su inmensa obra que elaborar —pretendida y pretenciosamente— una aportación mínimamente original susceptible de siquiera emular la calidad de sus escritos sobre las diversas parcelas del Derecho Constitucional que él ha cultivado.

En efecto, tuve el placer y el honor de conocer al profesor Ruipérez hace ya tres décadas, primero ilustrándome con la lectura de sus trabajos en mi formación como investigador doctoral y joven profesor ayudante, y a continuación personalmente a través de múltiples actividades universitarias organizadas o dirigidas por él y en las que siempre ha tenido la generosidad de implicarme; del mismo modo que ha implicado a otros amigos y discípulos, coadyuvando así al progreso y consolidación de nuestras carreras universita-

rias. A este respecto, me consta que su formación y vocación universitarias desde los inicios en su amada tierra salmantina han venido marcadas por la gratitud, como más dilecto discípulo, hacia el ínclito maestro constitucionalista Don Pedro de Vega, así como hacia el también maestro administrativista Don Enrique Rivero Ysern. Ese reconocimiento ha llevado a Javier Ruipérez a predicar con el ejemplo y el magisterio recibidos, dando pábulo —como decía— a las personas que hemos tenido o seguimos teniendo la fortuna de trabajar con él, tanto en España como en el extranjero (en el resto de Europa y, sobre todo, en Iberoamérica y su querido México, en donde me consta asimismo que le complace alardear del título de ilustre «español mexicano» que le atribuyen).

Naturalmente, su formación y vocación universitarias como constitucionalista comprometido con la Democracia Constitucional ha sabido transmitir las a sus estudiantes y a la gente que se ha acercado a él para compartir inquietudes académicas. Así, según el profesor Ruipérez, para la consolidación, desarrollo y profundización de la Democracia Constitucional debe tenerse en mente en todo momento, parafraseando al maestro De Vega, que se trata del «único régimen éticamente defendible, políticamente coherente y científicamente explicable»¹. La obra de Javier Ruipérez se caracteriza por una defensa lúcida y al tiempo apasionada del pensamiento democrático radical, lo que él ha denominado «democratismo radical» de origen rousseauiano².

Con tal espíritu, nuestro autor deja meridiano igualmente en su obra que dicho pensamiento comporta no perder de vista que los principios medulares y basilares que cimentan el edificio de un Estado Constitucional que realmente lo sea son el principio democrático (Teoría Democrática del Poder Constituyente), el principio liberal (defensa de la libertad a través de los institutos inseparables de las declaraciones de derechos y la separación de poderes que consagra el celeberrimo artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789) y el principio de la supremacía de la Constitución (sujeción de gobernantes y gobernados a la Constitución, y concordancia del Derecho ordinario con ella). Desde esta óptica, entrelazando dichos principios, el doctor Ruipérez insiste una y otra vez en que para los estudiosos de las Ciencias Jurídicas —y mucho más para los que centran su atención preferente en las Ciencias Constitucionales— no debiera admitir discusión alguna que la atribución de la condición de verdadera Constitución a un instrumento de gobierno comporta la aprobación por la autoridad superior competente, que no puede dejar de identificarse con el

1 DE VEGA GARCÍA, P., *Estudios político constitucionales*, Ciudad de México, UNAM, 1.ª reimpr., 1987, p. 8 (en el «Prólogo»).

2 Para comprender el alcance de esa defensa que impregna su obra, puede leerse, por todos, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, UNAM, 2005.

Pueblo, concebido al modo altussiano-rousseauiano, al que los ciudadanos, que siguen siendo los únicos titulares posibles de la soberanía, ceden la titularidad de su ejercicio, ejerciéndola como el Poder Constituyente del Estado³.

Con ello en mente, el profesor Ruipérez viene afirmando con rotundidad y rigor científico que el concepto liberal-burgués de Constitución sigue gozando de una absoluta y universal vigencia pese a las crisis que venimos viviendo en los últimos años, por más que lógicamente la materialización de sus contenidos concretos tenga que ir transformándose y adaptándose a las circunstancias de la realidad⁴. Sigue así con convicción la estela del maestro Pedro de Vega, quien acertadamente sostuvo que las ideas de libertad y democracia siguen presentes en el espíritu humano y, aunque las Constituciones a veces hayan mostrado cierta impotencia, continúan no obstante representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas se realizan y remozan en la historia; lo cual explica que se sigan redactando Constituciones y que, pese a todo, la Constitución no perezca ni desaparezca definitivamente, debiendo procurarse que los supuestos en los que reposa todo el constitucionalismo no queden convertidos en letra muerta⁵.

El talante democrático del profesor Ruipérez como constitucionalista le lleva a efectuar una especie de paralelismo entre la vigencia de nuestra Democracia Constitucional y la de nuestra Universidad. De tal suerte que él

-
- 3 Entre otros trabajos, ello lo sintetiza con toda claridad en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 116, 2002, p. 45. «Importa señalar que si el pacto social crea la comunidad política, ésta no es, sin embargo, su única virtualidad. Tanto o más importante que aquélla es la de que con su celebración, en tanto en cuanto se produce con ello un cambio en el principio de legitimidad, se está procediendo a identificar al titular de la soberanía en el marco del Estado Constitucional naciente. La razón es fácilmente comprensible. Debe tomarse en consideración que cuando los distintos individuos, a través de su adhesión al pacto social, consienten en formar una asociación, es decir, en crear una única comunidad política —el Estado— como unidad organizada de decisión y acción política, lo que, en realidad, hacen es culminar ese proceso, magníficamente descrito por Althusius, por el cual cada uno de los ciudadanos, que son los verdaderos titulares de la soberanía, cede su ejercicio a una nueva entidad superior a cada uno de ellos, y a la vez, y esto es lo importante, englobadora de todos ellos. Aparece, de esta suerte, el concepto de Pueblo como entidad política unitaria superior en la que, al modo descrito por Rousseau, cada uno de los ciudadanos, y cada uno de los grupos en los que éste se asocia, se integra perdiendo, entonces, su individualidad. El Pueblo, o la Nación, queda, así, afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. Es, en este contexto, donde surgirá, y, además, en toda su grandeza e intensidad, el concepto del Poder Constituyente».
- 4 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La 'Constitución europea' y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, pp. 84-88.
- 5 DE VEGA GARCÍA, P., «Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979, p. 108.

se reconoce un «clásico en el modo de entender la vida universitaria»⁶, defendiendo que la tarea principal de la institución universitaria debe ser «adquirir el saber antiguo para, desde él, y desde la más absoluta de las libertades, ser capaces de encontrar nuevas soluciones que, a la postre, permitiesen el avance de la humanidad. Ésta era, y debe seguir siendo, la actividad principalísima de las universidades»⁷; y, a tal efecto, su obra refleja una continua preocupación por acercarnos al conocimiento de las fuentes de donde emanan los principios y valores fundacionales del constitucionalismo auténtico.

Abundando en ello, puedo corroborar que, lo mismo que en sus escritos científico-constitucionales, los objetivos perseguidos por Javier Ruipérez en su actividad docente pretenden en todo momento poner en solfa el citado paralelismo entre vigencia de nuestra Democracia Constitucional y dinamismo de la vida universitaria. Si las cuatro grandes finalidades u objetivos docentes se han reconducido a «la comunicación de conocimientos, el desarrollo de las capacidades intelectuales de los estudiantes, la inculcación de valores y actitudes, y la motivación del estudiante»⁸, el profesor Ruipérez los aúna para que formación y vocación universitarias de un lado y, de otro lado, compromiso democrático-constitucionalista, vayan permanentemente de la mano.

Por descontado, su preocupación se extiende a la mejora constante de sus métodos docentes empleados. En particular, además de las estrategias pedagógicas al uso que él practica según su mencionado modo clásico de entender la vida universitaria⁹, no ha dejado de participar en actividades académicas de cuidado contenido y utilidad, tanto para la academia como para el alumnado, y ello acudiendo a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Así, ha compartido con otros colegas de la disciplina y conmigo mismo charlas que ha impartido, en España y en el extranjero, bajo la forma de «conversatorio virtual internacional» u otras, sobre distintos aspectos relacionados con la actualidad de nuestra Democracia Constitucional que la crisis pandémica ha obligado a repensar; y nosotros mismos le hemos sugerido que comparta dicho material audiovisual con sus estudiantes y nos autorice a hacer lo propio con nuestro estudiantado.

6 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *El constitucionalismo democrático en tiempos de la globalización...* *op.cit.*, p. 1.

7 *Ibidem*, p. 5.

8 PEÑUELAS I REIXACH, L., *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 12 y 13

9 *Idem*: los métodos docentes cabe catalogarlos como la forma o estrategia con la que el profesorado «trata de alcanzar dichos objetivos: exposiciones orales de conocimientos teóricos realizadas a modo de conferencias, elección de materiales docentes concretos, discusiones en clase de cuestiones y problemas teóricos y prácticos, utilización de esquemas y gráficos, análisis y valoración escrita y oral de sentencias y actos administrativos, exigencia de ponencias escritas y orales sobre temas doctrinales o de la práctica del Derecho, etcétera».

Los desafíos no son menores pues, por desgracia, hemos venido comprobando en los últimos años que la pandemia de Covid-19 ha significado no solamente una crisis sanitaria, sino más ampliamente humanitaria que, con carácter añadido, ha acentuado la económica y financiera mundial que veníamos arrastrando desde 2008. De lo que se trata es de que la crisis pandémica no sea la antesala (si no es ya el escenario actual) de una crisis de valores que, en el caso de Europa, se han resentido con otras crisis recientes que han precedido a la del Coronavirus (como la económica y financiera mundial estallada en 2008, la de personas refugiadas en 2015, o la de Crimea y el Brexit en 2016), por no hablar de los actuales efectos devastadores de la invasión de Rusia en Ucrania en 2022.

En cualquier caso, sea cuales fueren los métodos docentes utilizados, todos ellos deben propiciar en mayor o menor medida una actitud participativa y dinámica en los estudiantes, y una interacción recíproca entre discentes y docente. Por tanto, como docentes debemos apostar por favorecer una actitud activa en los discentes, de tal manera que —en palabras atribuidas a Mark Twain— se evite que en las clases de nuestras Facultades los conocimientos vayan de las notas (o de las computadoras) del profesorado a las del alumnado sin pasar por la cabeza de nadie. Y esa actitud activa, a fin de cuentas, debe no únicamente poner en conexión las normas con la realidad, sino llevar a entender y criticar los valores a que responden aquéllas, tanto más cuanto que en nuestra disciplina los valores de la Democracia Constitucional son contenido de la enseñanza, pero también la finalidad misma de la educación (artículo 27.2 de la Constitución española)¹⁰: la conjunción de estos tres elementos (normas, realidad y valores) se halla en la base de la conocida como teoría tridimensional del Derecho¹¹.

II. Preocupaciones: de la solidez de las enseñanzas de los clásicos a la incertidumbre del panorama del constitucionalismo actual

La atención que ha prestado y seguido prestando el profesor Ruipérez a los retos de nuestra Democracia Constitucional no ha estado reñida con su preocupación por no ser negligentes con la solidez de las enseñanzas de los clásicos. Pues, como nos viene advirtiendo en sus escritos, resulta indis-

10 Ya hemos tenido ocasión de reflexionar sobre esta cuestión al abordar los diversos perfiles de la libertad de cátedra bajo el prisma del principio de enculturación democrática: JIMENA QUESADA, L., «Libertad de cátedra, cultura democrática y evaluación del profesorado», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 22/23, 1998, pp. 47-65. Más ampliamente, PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 282.

11 REALE, M., *Introducción al Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 9.ª ed., 1989, pp. 69 y ss.

tible que fue asimismo una constante del pensamiento jurídico y político democrático, ya desde la Atenas clásica, la idea de que las normas jurídicas que debían ser obedecidas habían de ser el fruto de la voluntad de los destinatarios de ellas, es decir, era menester y, además, absolutamente imprescindible, que las mismas hubiesen sido elaboradas y aprobadas con la participación activa de toda la ciudadanía; así, esa amplia participación adquiriría su plena materialización con la puesta en marcha de la democracia radical ática, llegando a defenderse algo por lo que todavía seguimos luchando en clave de democracia paritaria, a saber, que si las mujeres tenían respecto de la *polis* las mismas obligaciones que los hombres, debían tener el mismo derecho que éstos para participar en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales¹².

Desbordaría los límites del presente trabajo siquiera mencionar el exhaustivo elenco de autores clásicos cuyo legado ha analizado pormenorizadamente el profesor Ruipérez bajo el ángulo de la Democracia Constitucional. Por tal razón, llegados a los parámetros del nacimiento del Estado Constitucional contemporáneo, cabe destacar a tres pensadores, todos ellos comprometidos con la defensa de los valores fundacionales de dicho Estado, que han tenido una influencia más que notoria en la producción científica del doctor Ruipérez, a saber, Rousseau, Heller y De Vega. Como Javier Ruipérez nos ha transmitido en sus escritos, si a Rousseau debemos la más perfecta formulación de la idea democrática, fue Heller el autor que realizó la traducción jurídica de ese ideal en la fórmula del Estado Social, y ha sido Pedro De Vega quien en el espacio y en el tiempo que nos ha tocado vivir nos ha advertido que sin Estado Social no hay democracia posible.

El caso es que el profesor Ruipérez ha mostrado una inquietud y un compromiso incesantes por hacer valer en nuestros días la solidez de las mejores enseñanzas de los clásicos de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, máxime cuando ese *aggiornamento* de los constitucio-

12 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Justicia, Constitución y Democracia. La crisis de la representación política y sus posibles soluciones», *Democracia Actual. Una publicación especializada de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia*, n.º 4, 2019, p. 154. Obviamente, esas enseñanzas clásicas no se llegarán a plasmar con plenitud en la realidad hasta el nacimiento del Estado constitucional contemporáneo, como brillantemente expuso DE VEGA GARCÍA, P., «Para una teoría política de la oposición» (1970), en DE VEGA GARCÍA, P., *Estudios político constitucionales*, Ciudad de México, UNAM, 1.ª reimpr., 1987, pp. 15-16: decía el maestro De Vega que la Comunidad Política era concebida, hasta el mundo contemporáneo, en el contexto de una sociedad sacral y, al ser una creación de los dioses, los hombres y mujeres se la encontraban dada, y respecto de la cual no tenían derecho alguno. Así, en el mundo clásico, lo mismo que sucedía en el medioevo, no era de la voluntad democrática del pueblo de la que dependía el destino de la *poli* griega o de la *civitas* romana, sino que era de las voluntades misteriosas de la *polis* o de la *civitas*, concebidas como auténticas divinidades, por más que los juristas romanos llegaran a considerar la voluntad del pueblo como la última fuente de la autoridad. Véase asimismo DE VEGA GARCÍA, P., «La Democracia como proceso...*op.cit.*», p. 467.

nalistas pasa por no perder de vista que los grandes temas son, como con tino hizo notar el profesor de Vega, otros tantos problemas¹³. Nuestro homenajeado no cesa, efectivamente, de «llamar la atención sobre la necesidad que tenemos los profesionales de las Ciencias Constitucionales de reflexionar, una y otra vez, sobre los fundamentos del Estado Constitucional mismo. Y ello, siquiera sea para, al modo hesseniano, estar en condiciones de alcanzar un cabal y ponderado entendimiento de cualquiera de los ricos y variados problemas que plantea el Derecho Constitucional positivo del Estado de que se trate, desde la comprensión global del sistema. Tanto más cuanto que, en realidad, todos estos problemas, y como con acierto advirtió el maestro Pedro de Vega, lejos de constituir unas materias definitivamente concluidas, continúan siendo unos temas sin resolver»¹⁴.

Sin lugar a duda, uno de esos grandes problemas o temas sin resolver, con la consiguiente incertidumbre en el panorama del constitucionalismo actual, viene marcado por un proceso de globalización o mundialización conducido desde los planteamientos del neoliberalismo tecnocrático. Y se trata de un reto cuyas consecuencias, agudizadas por el estallido de la crisis económica y financiera global de 2008 (acentuada por la crisis pandémica actual provocada por la Covid-19), venimos arrastrando en el ámbito de lo jurídico y lo político, y no solamente en el terreno de lo económico, por los sucesos acaecidos desde 1979 a 1991, que Javier Ruipérez cifra en dos vertientes: por un lado, la puesta en práctica de la mal llamada «revolución conservadora», consecuencia de la victoria electoral de Margaret Thatcher en 1979 y, con ella, el gobierno del Partido Conservador durante toda la década, en Gran Bretaña, así como de las Presidencias de Ronald Reagan (1980-1988) y George Bush (sr.) (1988-1992), en Estados Unidos; y, por otro lado, la puesta en marcha de la *Perestroika* de Mijaíl Gorbachov con la que acabó desmantelándose con carácter general el sistema comunista¹⁵. Ello, como es sabido, generó un altísimo desconcierto ideológico entre las diversas fuerzas políticas (un desconcierto que —podemos añadir— sigue presente con especial vigor hoy en día tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia y la difícil catalogación ideológica del imperialismo ruso), señaladamente entre las de la izquierda democrática¹⁶.

13 DE VEGA GARCÍA, P., «En torno al concepto político de Constitución», en DE VEGA GARCÍA, P., *Obras escogidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 258.

14 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Un problema capital para las Ciencias Constitucionales. Algunas disquisiciones en torno al dogma político de la soberanía del pueblo y la supremacía de la Constitución», en ASTUDILLO, C.; ETO CRUZ, G., (eds.), *Centenario de los Tribunales Constitucionales*, Ciudad de México, Thomson Reuters, 2021, p. 425.

15 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en crisis? El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 120, 2003, p. 143.

16 Entre otros, GUERRA, A., *La Democracia herida*, Madrid, Espasa-Calpe, 1997, pp. 25-26, y THAM, C., «La izquierda socialdemócrata acorralada», en GUERRA, A.; TEZANOS, J.F., (eds.), *Alternativas para el siglo XXI*, op. cit., p. 597.

La concurrencia de dichos episodios contribuyó, y no poco «a la negación práctica y real de la ideología del constitucionalismo, y su substitución por la ideología de la Constitución»¹⁷. Así las cosas, ese incierto panorama en el que nos encontramos, más aún tras la crisis económica y financiera mundial desde 2008 y su agravación tras la crisis pandémica desde 2020, se ha traducido en el plano jurídico-constitucional en un movimiento inexorable de *internacionalización del Derecho constitucional*¹⁸, puesto que el Derecho constitucional no puede permanecer ajeno a los vientos de la mundialización¹⁹ o de la globalización²⁰. El problema radica en que, a remolque de esas crisis mundiales, frecuentemente se produce una aceptación incondicionada e inconsciente de las consecuencias reales de ese proceso globalizador de signo liberal-tecnocrático por parte de estudiosos del Estado, la Política y el Derecho, que se muestran más preocupados por agradar a los gobernantes y ofrecerles soluciones prácticas inmediatas, olvidándose de la gran responsabilidad social que corresponde al intelectual²¹.

Lamentablemente, ese problema está presente, incluso tras la vigencia de nuestra Constitución de 1978, en la doctrina española, que a veces ha pretendido forjar un Derecho Constitucional concebido como una construcción técnica y avalorativa, ajena a la fundamentación y legitimidad de la estructura social, renunciando al pensamiento crítico y preocupándose más —parafraseando nuevamente al maestro Pedro de Vega— por los temas que por los problemas en sí. En tal sentido, con razón denuncia el profesor Ruipérez en sus escritos que la ciencia del Derecho Constitucional se pliegue a ese doctrinarismo tecnocrático reconduciéndose exclusivamente a dos contenidos: por un lado, a la glosa avalorativa y acrítica, de las sentencias del Tribunal Constitucional, y por otro, a la mera aportación de soluciones puntuales que

17 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en crisis? El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático», *op. cit.*, p. 143-144.

18 Se trata del «desafío de la apertura del Derecho Constitucional al Derecho Internacional», que debe estar presente en la enseñanza del primero, como ha destacado FLAUSS, J.F., «Conclusions générales. Deux siècles d'enseignement de droit constitutionnel: esquisse d'un bilan», en FLAUSS, J.F. (ed.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 212-213.

19 DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, p. 52: «paralelamente al proceso de mundialización económica al que estamos asistiendo, somos también testigos de un proceso de universalización de la Teoría Constitucional y del Derecho Constitucional como derecho universal de la libertad».

20 GOMES CANOTILHO, J.J., «¿Revisar o romper la Constitución dirigente?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 43, 1995, p. 23.

21 DE VEGA GARCÍA, P., «Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual», *Boletín Informativo de Ciencia Política*, n.º 7, 1971 (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1323/5.pdf>), pp. 70-99.

se planteen en la práctica política diaria²². Por ende, se trata de evitar que el constitucionalista, por mor de semejante positivismo, quede reducido a un papel justificador o legitimador de las decisiones del gobernante, sin ejercicio alguno de crítica por más que dichas decisiones sean arbitrarias²³.

Este reproche ya lo había efectuado Pedro de Vega al distinguir entre juristas honrados y juristas acomodados, esgrimiendo que «de igual manera que la misión del médico es curar la enfermedad y no ocultarla, la misión del jurista no puede ser otra que la de, recurriendo al razonamiento crítico, denunciar los problemas que la realidad presenta, y no disolverlos en ejercicios de tecnicismos inocuos para ignorarlos»²⁴. Lo cual, dicho sea de paso, no es incompatible con tener claro —sobre todo los profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas— que si, en verdad, ha habido algo que ha definido los últimos años de la pasada centuria, así como los que llevamos de la presente, esto ha sido el que, aunque formalmente pudiera parecer lo contrario, el concepto técnico y actual de Constitución debe seguir gozando de validez universal²⁵. Esa misma validez debe predicarse del propio Estado Constitucional, especialmente en su manifestación estructural como aquel Estado Constitucional Democrático y Social que, edificado sobre las ruinas del viejo Estado burgués de Derecho, había hecho su entrada en la Historia con los venerables Textos Constitucionales de Querétaro (1917) y Weimar (1919)²⁶, convirtiéndose en el más acabado instrumento de liberación de la persona²⁷.

22 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución del Estado de las Autonomías...op.cit.*, pp. 117-118; *Reforma vs. Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, México, Porrúa, 2013, p. 9, o *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización... op.cit.*, p. 47.

23 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, p. 96. Cf. asimismo VALADÉS, D., «Senderos constitucionales», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 151, 2018, p. 361: «El constitucionalismo se ha consolidado como una experiencia jurídico-política duradera y extendida, si bien todavía no compite en tiempo con los largos tramos cubiertos por los Estados antiguos, por el Estado romano y por las monarquías feudales y absolutistas. En el horizonte de la historia, o sea, en el susceptible de ser documentado, el Estado constitucional apenas inicia su andadura, por más que prevalezca la impresión de que se trata de una conquista ya consolidada».

24 DE VEGA GARCÍA, P., «En torno al concepto político de Constitución», en GARCÍA HERRERA, M.A. (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1997, pp. 703-704.

25 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en crisis? El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático», *op. cit.*, pp. 137 y ss.

26 DE VEGA GARCÍA, P., «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en CORCUERA ATIENZA, J.; GARCÍA HERRERA, M.A. (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 124.

27 HELLER, H., «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1929/1930), en HELLER, H., *Escritos polí-*

Por añadidura, la referida noción técnica y actual de Constitución cuadra perfectamente con la concepción avanzada por Boris Mirkine-Guetzévitch respecto del Derecho Constitucional como aquella parcela del ordenamiento que, por encima de cualquier razonamiento jurídico, tiene por finalidad esencial la de tratar de hacer, mediante su ponderada conciliación, reales y efectivas las viejas ideas de «Democracia», «Libertad» e «Igualdad»²⁸. En realidad, en el incierto panorama del constitucionalismo actual, acentuado por la invasión rusa en Ucrania, las reflexiones del citado iuspublicista ucraniano nos conducen a afirmar con más ahínco la consideración de la democracia como exigencia axiológica de orden internacional²⁹. Si acaso, con objeto de conseguir la plenitud de nuestra Democracia Constitucional a escala nacional e internacional, cabría agregar que los valores de libertad e igualdad deben verse remozados por la indispensable solidaridad³⁰ como valor constitucional aglutinante de la procura existencial del Estado Social y Democrático de Derecho³¹ y de la paralela consolidación de una Europa Social y Democrática de Derecho³².

-
- ticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 263-301; y DE VEGA GARCÍA, «Estado social y Estado de partidos. La problemática de la legitimidad», en AA.VV., *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, UNAM., 1994, p. 391
- 28 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Derecho Constitucional Internacional* (1933), Madrid, Editorial Reus, 2009, pp. 106-108.
- 29 *Idem*: En la concepción del Derecho Constitucional Internacional de Mirkine-Guetzévitch, la paz organizada no es un fenómeno aislado, sino que se encuentra en relación íntima con la evolución constitucional de los pueblos libres. El progreso de la democracia y el progreso constitucional contribuyen a la organización internacional, y la paz organizada no es posible más que entre Estados democráticos. La democracia es, pues, la condición primordial del progreso internacional.
- 30 Insigne teorizador constitucionalista de la solidaridad fue el jurista francés DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional* (1921), Granada, Comares (edición preparada por J.L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ), 2005, pp. 6-7. Léase asimismo AGUILERA PORTALES, R.; ESPINO TAPIA, D.R., «Repensar a Léon Duguit ante la actual crisis del Estado social», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 12, 2010, pp. 49-71.
- 31 JIMENA QUESADA, L., «El tríptico liberal en el constitucionalista social», *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), n.º 20, 2017, pp. 1-33.
- 32 Señaladamente, TAJADURA TEJADA, J. «El principio de solidaridad como fundamento común de los Estados sociales europeos», en TEROL BECERRA, M.; JIMENA QUESADA, L. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 90, así como TORRES DEL MORAL, A., «El Estado social y la evolución del constitucionalismo social», en TEROL BECERRA, M.; JIMENA QUESADA, L. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales, op. cit.*, p. 55. En el mismo sentido ha abundado CABANAS VEIGA, M., «La protección de los derechos sociales a nivel internacional», en SORIANO DÍAZ, R.L. *et al.*, (eds.), *Derechos humanos desde la interdisciplinariedad en Ciencias Sociales y Humanidades*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 78: «Debemos aprender a anteponer la fraternidad universal de los seres humanos y sus derechos a las viejas posiciones de poder logradas por los pretéritos e irrespetuosos medios que brindaba, antaño, el Derecho Internacional. Esto ya se ha llevado a cabo en el seno de la Unión Europea y, aunque con matices, alguno de

III. Aportaciones: de la coherencia entre el esfuerzo investigador y la transmisión de conocimientos a la altura de cada tiempo

Constituye un elemento inquebrantable en el pensamiento y la obra del profesor Ruipérez la coherencia entre el tesón que pone en sus estudios de las Ciencias Constitucionales y la transferencia del conocimiento a la sociedad de cada momento. Pues, en su opinión, solamente resulta pertinente un estudio del Texto Constitucional si se tiene en cuenta la realidad social, política y económica existente, dado que la fuerza normativa de aquél depende de ese contexto fáctico³³. En consecuencia, no podemos vernos abocados a la aceptación de un positivismo jurídico formalista que configure «un Derecho constitucional que, falsificado en sus presupuestos centrales y basilares, y evadido de la realidad y de la Historia, acaba presentándose como un verdadero absurdo y esperpéntico complejo conceptual, destinado a teorizar y justificar un constitucionalismo ficticio que terminaba no siendo constitutivo de nada, ni siquiera del Estado, y con el que, en última instancia, únicamente se pretendía ocultar las relaciones reales de poder en la comunidad política»³⁴.

Cabalmente, el Derecho Constitucional tiene que ofrecer una comprensión global del conjunto del sistema constitucional, lo que para Javier Ruipérez solamente puede lograrse explicando, en términos jurídicos, las relaciones de poder reales existentes en una determinada Comunidad Política y en un concreto momento histórico, tratando de averiguar en lo sucedido lo que está por devenir, con la finalidad de conocer su evolución e influir en el desarrollo de la realidad jurídica y política³⁵. En congruencia con ello, el arsenal conceptual sobre el que reflexiona el doctor Ruipérez contribuye a acometer los problemas más recientes a los que se ha enfrentado o puede encarar nuestra Democracia Constitucional y que han podido afectar al núcleo del Estado Social y Democrático de Derecho, así como a su sistema de derechos y libertades y al de controles interorgánicos.

los cuales deriva de la desatención de la europeización de los derechos sociales, ha tenido grandes logros. Quizás nos encontremos ante el instrumento más adecuado para solucionar los problemas internacionales a los que nos enfrentamos. Lo difícil será encontrar la voluntad solidaria de los Pueblos y el valor suficiente para acometer tamaña empresa».

33 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional europeo: Método jurídico y régimen político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar», en LEÓN BASTOS, C. y WONG MERAZ, V.A. (coords.), *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, Porrúa, 2010, p. 744.

34 *Ibidem*, p. 790.

35 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «El derecho constitucional a la vivienda...*op.cit.*, pp. 128-129.

Uno de esos cruciales problemas ha sido el de la globalización económica a raíz de la crisis financiera mundial desatada en 2008. Ahora bien, el cabal enfoque constitucionalista obliga a entender que la economía ha de estar al servicio de los derechos fundamentales en general, y de los derechos sociales en particular como expresión emblemática del Estado Social. Desde este punto de vista, la insistencia desde ciertas esferas en la correlación entre satisfacción de derechos sociales y cobertura económica revela un alto grado de insensibilidad anclado en una concepción superada, basada en la unilateralidad de los «recursos disponibles»³⁶. Es más, una década antes ya había augurado el profesor De Vega que en ese sesgo habían caído tanto las fuerzas políticas conservadoras como las progresistas³⁷. En otras palabras, los recursos existen y, en caso de dificultades financieras, el sentido de responsabilidad tiene que llevar al establecimiento de prioridades, entre las cuales han de ocupar un lugar preferente los derechos y valores más caracterizadores del Estado social³⁸.

El problema reside en una concepción sesgada de la economía (y de la globalización económica) como fin en sí misma, que genera una mediatización o instrumentalización de los derechos sociales. Ante ello, si tomamos como referente la Constitución Española de 1978, debe afirmarse contundentemente que el calificativo «Social» de la fórmula estatal (del «Estado Social y Democrático de Derecho» proclamado en su artículo 1) y su proyección fundamental (los derechos sociales) son elementos nucleares y fines del ordenamiento constitucional, mientras que la Constitución económica (entendida en sentido estricto, reconducida básicamente al Título VII de «Economía y Hacienda», puesto que en sentido amplio cubre igualmente los

36 Véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

37 DE VEGA GARCÍA, P., «Neoliberalismo y Estado», *Pensamiento Constitucional*, vol. 4, n.º 4, 1997, pp. 31-32: «Las actitudes a favor o en contra del Estado de bienestar se están convirtiendo, [...], en el único punto de referencia de la controversia ideológico-política del presente. Lo que constituye quizás la manifestación más palpable de una doble debilidad. Debilidad, en primer término, del pensamiento conservador que en un ejercicio de simplificación notable, acaba reduciendo los complejos y abigarrados problemas de la vida política y social a un economicismo vulgar, en el que el crecimiento por el crecimiento se presenta como el mito salvador de todas nuestras desventuras. Pero debilidad y claudicación también del sedicente pensamiento progresista que desde la incapacidad o del cinismo, se sitúa en la discusión dando por buenos unos planteamientos a todas luces inadmisibles. Cuando se acepta que el fundamental problema del Estado de bienestar es un problema de recursos y de escasez, y no de distribución, la mística del crecimiento, la ortodoxia de las economías de la oferta y la sacralización de la racionalidad tecnocrática, propias del arsenal teórico conservador, tienen que pasar por fuerza, como lógica e inevitable consecuencia, a integrar el pensamiento político de la izquierda».

38 TEROL BECERRA, M., *Del Bienestar en la Constitución Española y de su implementación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, en especial el capítulo VI («Crisis económica y prioridad de los derechos sociales»), p. 129.

llamados «principios rectores de la política social y económica» del capítulo III del Título I) no deja de ser instrumental como integrante de la «parte orgánica» (Títulos II a X) cuya función es proveer a la realización y satisfacción de la parte dogmática (Títulos Preliminar y I).

Por otro lado, ese mismo carácter restringido deriva de la proyección de los estándares supranacionales, que se centran básicamente en la idea «orgánica» de «gobernanza económica» y «gobierno económico». Aunque se haya criticado que la ausencia de una sólida gobernanza económica y de un fuerte gobierno económico en la Unión Europea (UE) ha quedado de manifiesto en el contexto de la crisis económica mundial, lo bien cierto es que esta organización supranacional no ha sido tan débil como para sucumbir económicamente al tiempo que lo hacían algunas de sus partes estatales integrantes. Al contrario, la UE estuvo entonces en condiciones de salir al «rescate» de los países en situación de vulnerabilidad económica (Chipre, España, Grecia, Irlanda o Portugal), y lo ha estado ahora para planear la «recuperación», la «transformación» y la «resiliencia» de todos sus países miembros con el despliegue de los Fondos *Next Generation EU*³⁹. A costa, eso sí, de verse infligir la UE en aquel entonces otro ataque a su funcionamiento democrático. La dinámica de la «Troika» (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional) así lo ha atestiguado, con actos atípicos excluidos del control del Tribunal de Justicia de la UE (exclusión compensada en parte por el control indirecto operado a nivel continental por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa⁴⁰ y a nivel nacional por los órganos jurisdiccionales domésticos ejerciendo el control de convencionalidad, en una positiva acción de protección multinivel⁴¹).

39 La puesta en marcha de ese ambicioso plan con medidas de gran alcance, que incluyeron el Instrumento Europeo de Recuperación («Next Generation EU») al tiempo que se reforzaba el marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027, fue acordado por el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020. Para el caso de España, véase el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; además, puede accederse al concreto Plan de Recuperación de España, aprobado el 13 de julio de 2021, que cubre la primera frase de inversiones y reformas correspondiente al trienio 2021-2023 en: <https://planderrecuperacion.gob.es/>.

40 ALFONSO MELLADO, C.; SALCEDO BELTRÁN, C.; JIMENA QUESADA, L., *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014, así como JIMENA QUESADA, L., *Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

41 Claramente favorable a ese enfoque del control de convencionalidad, JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013; y, más recientemente, FONDEVILA MARÓN, M., «Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos», *Estudios de Deusto*, vol. 65, n.º 1, 2017, especialmente, p. 355. En sentido diverso, CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Madrid, Civitas, 2015. En todo caso, la Jurisdicción Constitucional española ha acabado consagrando dicho control de convencionalidad mediante la fundamental STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6.

Correlativamente, sus Estados miembros han sufrido otro embate a la democracia trocado de injerencia motivada por su deuda soberana⁴².

Como es conocido, a raíz de la crisis económica y financiera mundial iniciada en 2008, se puso en jaque la Teoría Democrática del Poder Constituyente mediante la reforma «exprés» de 2011 del artículo 135 CE⁴³ y la paradójica pujanza de la globalización económica como valor constitucional (europeo y nacional)⁴⁴ y su trasunto: el tenso juego combinado de flexibilidad económica y flexiseguridad social, en términos procedimentales y sustanciales. De hecho, esa modificación del artículo 135 CE tuvo un amplísimo respaldo en las Cortes Generales derivado del bipartidismo a la sazón⁴⁵ (por el que se decantaron sesgadamente — como antes decíamos siguiendo al profesor De Vega— tanto las fuerzas políticas conservadoras como las progresistas), ya superado por una ostensible fragmentación del arco parlamentario.

Semejante consenso estuvo influido por un economicismo *timorato* como pretexto de la superación del tabú de la reforma constitucional, así como por un europeísmo *conveniente* como causa de la flexibilidad del procedimiento de reforma constitucional⁴⁶. En puridad, la citada tensión entre flexibilidad económica y flexiseguridad social y su impacto en clave de uso alternativo no precisamente rígido del mecanismo de defensa de la Constitución que es la reforma (a nivel nacional o a escala de la UE), deben ser objeto de reconducción a sus justos términos, es decir, tomando en consideración que la estabilidad económica ha de estar inexorablemente al servicio de la estabilidad del orden constitucional. Con tales premisas, la maleabilidad acentuada de los valores del marco europeo y estatal (de la Europa/del Estado Social, pero también de la Europa/del Estado de Derecho y de la Europa/del

42 GARCÍA GUERRERO, J.L., «Los embates de la globalización a la democracia», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 176, 2017, pp. 113-146. El mismo autor ha alertado, de manera más amplia, sobre los problemas constitucionales originados por la desconstitucionalización y su progresivo agravamiento en el marco de la globalización: GARCÍA GUERRERO, J.L., «La desconstitucionalización de la Constitución económica española», en GORDILLO PÉREZ, L. (coord.), *Constitución Española e Integración Europea. Treinta Años de Derecho Constitucional de la Integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, especialmente pp. 305-309.

43 Reforma publicada en el BOE n.º 233, del martes 27 de septiembre de 2011.

44 En la Exposición de Motivos de la reforma del artículo 135 CE se señala que la estabilidad presupuestaria constituye «un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos».

45 Ese consenso bipartidista quedó articulado ya desde la fase inicial, al ser presentada conjuntamente la proposición de reforma del artículo 135 CE por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso (véase *BOCG*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, n.º 329-1, de 26 de agosto de 2011).

46 JIMENA QUESADA, L., «La reforma del artículo 135 de la Carta Magna Española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012, en particular, pp. 339-350.

Estado Democrático) en los contextos críticos (tanto en la crisis económica y financiera estallada en 2008 como en la actual crisis pandémica iniciada en 2020) es susceptible de compensación si se tienen presentes los siguientes elementos:

De un lado, en lo que atañe al marco estatal, el artículo 1.1 CE presenta rigidez sustancial y procedimental en clave de reforma constitucional y, en congruencia con ello, los «principios rectores de la política social económica» (como expresión directa de la Constitución socio-económica) se harían acreedores de alguna manera de esa misma rigidez sustancial. En particular, una eventual reforma constitucional que les afectara (lo mismo que al Título VI sobre «Economía y Hacienda»), si bien no sería la «agravada» del artículo 168 CE, sólo se entendería «al alza» o progresiva por mor de los parámetros europeos sobre derechos sociales (especialmente, la Carta Social Europea y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales)⁴⁷, a modo de límites materiales de la reforma constitucional⁴⁸.

De otro lado, en lo concerniente al marco europeo, la estabilidad presupuestaria presenta flexibilidad en cuanto a su revisión (simplificada) en el Derecho primario tras el Tratado de Lisboa⁴⁹, mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales sí es rígida en cuanto a su procedimiento de reforma⁵⁰, pese a las controvertidas cláusulas de salida o exclusión suscritas en su día por Polonia, Reino Unido y República Checa.

47 España ha ratificado la versión revisada de 1996 de la Carta Social Europea y ha aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales con efectos desde el 1 de julio de 2021 (BOE n.º 139 del viernes 11 de junio de 2021). Un examen acerca de la proyección positiva en España de dichos vectores de la «Constitución Social de Europa» en SALCEDO BELTRÁN, C., «La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas: fortalecimiento de los derechos sociales y sus garantías», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.º 36, 2021, pp. 65-84.

48 Siguiendo al maestro Pedro DE VEGA, acertadamente ha recordado RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 149-150: «lo que el principio de rigidez determina es el límite último de la actuación válida, lícita y legítima de los poderes constituidos ordinarios». Y, en la estela de los dos anteriores, ha sintetizado FONDEVILA MARÓN, M., *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho constitucional como ciencia teórico-práctica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016, p. 73: «el principal problema que un estudio acríptico del artículo 168 CE implica para la dogmática del Derecho Constitucional es la dificultad de comprender que toda operación de reforma está sujeta a límites materiales implícitos y explícitos (P. De Vega, J. Ruipérez), y con ello, la imposibilidad misma de comprender al Poder Constituyente como poder soberano. (...) sostenemos que la defensa de la voluntad del poder constituyente como límite a la acción de los poderes constituidos (incluido el poder de reforma) es la defensa de la Democracia».

49 Véanse los procedimientos de revisión simplificada en el artículo 48 (apartados 6 y 7) TUE. En virtud del artículo 48.6 TUE se adoptó, por ejemplo, la Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el artículo 136 TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

50 Véase el artículo 6 TUE.

En ese mismo contexto de la crisis iniciada en 2008 se puso en entredicho el también medular principio de supremacía constitucional a través del aval que nuestra Jurisdicción Constitucional facilitó a las medidas legislativas anticrisis de austeridad (especialmente de reforma del mercado de trabajo) impulsadas por la Troika y afectantes a los valores del Estado Social y del Modelo Social Europeo: las medidas fueron confirmadas, entre otras, por SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, las cuales contaron con el voto particular disidente de varios magistrados que denunciaban que el «guardián de la Constitución» aparentaba estar disfrazado de «guardián de la Ley». Por otra parte, si en el ambiente crítico inaugurado en 2008 se decretó el primer estado de alarma bajo la Constitución de 1978 (Real Decreto 1673/2010, de 14 de diciembre) con motivo del conflicto provocado por los controladores aéreos y nuestro Alto Tribunal no halló tacha de inconstitucionalidad al resolver un recurso de amparo avocado al Pleno (STC 83/2016, de 28 de abril), al contrario, las dos declaraciones de estado de alarma (Real Decreto 465/2020, de 14 de marzo y Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre) y correspondientes prórrogas realizadas para la gestión del Covid-19 sí han recibido sendos reproches (SSTC 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre) por la afectación a nuestro sistema de derechos y libertades: en concreto, nuestro máximo intérprete de la Carta Magna aprecia obviamente el carácter extraordinario de la coyuntura provocada por la pandemia, pero en la parte que declara la inconstitucionalidad entiende que se ha procedido a una suspensión de derechos que únicamente es viable en el estado de excepción (y en el de sitio), y no en el de alarma⁵¹.

Pero ahí no han quedado los reproches, dado que el igualmente nuclear principio liberal se ha puesto en tela de juicio con afectación a nuestro sistema de controles interorgánicos, según el entendimiento de nuestra Corte Constitucional: en particular, mediante la STC 168/2021, de 5 de octubre, se declaró la ilegitimidad constitucional (con estimación de la acción de amparo formulada por los diputados recurrentes, por vulneración de su derecho fundamental de participación política del artículo 23 CE) de la suspensión de la actividad parlamentaria decretada por la Mesa del Congreso mediante un acuerdo de 19 de marzo de 2020 (y el posterior acuerdo de 21 de abril de 2020 confirmatorio del anterior). Ciertamente, la crisis del Covid-19 no ha sido afrontada según esta STC 168/2021 dándose por parte de la Mesa del Congreso una respuesta habilitada para «mantener la eficacia formal de la Constitución como Constitución alternativa de emergencia, evitando así la imposición de la fuerza normativa de lo fáctico, con el fin de facilitar la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria, a la Constitución legítima»⁵².

51 Una crítica a ese discernimiento tradicional entre limitación y suspensión en CARMONA CUENCA, E., «Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales: ¿Limitación o suspensión?», *Revista de Derecho Político*, n.º 112, 2021, pp. 13-42.

52 Como observó CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 18-19.

En estas coordenadas, la reseñada degradación del «guardián de la Constitución» como «guardián de la Ley» en el contexto «poscrisis» de 2008 nos interpela fuertemente sobre la situación actual «poscrisis» de 2020, dada la creciente tendencia del Gobierno al uso ordinario «anti-Covid» del Decreto-ley⁵³. Indudablemente, bajo el pretexto de una (pos)crisis del Estado Social no debiera incrementarse la incertidumbre de este período crítico configurando *a la baja* nuestra Jurisdicción Constitucional como «guardiana del Decreto-ley»⁵⁴. Resulta entonces de interés enfocar la actual crisis del Estado Social identificando factores como el surgimiento del neoliberalismo político (con nuevas privatizaciones de los servicios sociales o riesgos tangibles de exclusión política de la ciudadanía, al ponerse el punto de mira otra vez en la eficiencia como «nuevo mito del neoliberalismo» y ponerse en entredicho paralelamente la redistribución de la riqueza como elemento socializante catalizador, sin olvidar la emergencia de nuevas formas de organización territorial que derivan de la economía globalizada y se adaptan «al ritmo de las compañías multinacionales» abocando al Estado a funcionar como una empresa más), o la creciente pujanza del positivismo jurídico como instrumento legitimador de los intereses del neoliberalismo⁵⁵. Esa incertidumbre generalizada en todos los ámbitos sociales hace complejo hallar un antídoto infalible, por lo que resulta crucial incidir en el papel de la educación como instrumento de progreso social, tanto individual como colectivamente. Esa necesaria educación democrática se ha configurado como instrumento liberador y medio de alcanzar la felicidad a lo largo de la Historia, como herramienta crítica que tiene en cuenta la necesidad de la ética en la valoración de las decisiones políticas, como cordón de contención frente a las dudosas actuaciones políticas de los gobernantes y como elemento de igualdad social frente a una selección social estratificadora⁵⁶.

53 Un elenco de esos Decretos-ley (y también de Decretos) «anti-Covid» puede verse en las partes preambulares de los más recientes (por ejemplo, del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector).

54 Pues bien, realizada esa comprobación, nuestra Corte Constitucional parece que no está decidida a verse degradada fácilmente también al rol de «guardiana del Decreto-ley» si no se acredita el sentido y la necesidad del uso del Decreto-ley para eludir la centralidad del Legislador, como ha puesto de manifiesto la STC 110/2021, de 13 de mayo, FJ 9.º a): mediante ella, se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Esa disposición final segunda operaba una modificación del artículo 6.2 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, a propósito de la composición del órgano previsto en dicha disposición (Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia).

55 CABANAS VEIGA, M., *Los retos actuales del Estado social ante las crisis económicas y sanitarias*, Coruña, Colex, 2021, especialmente la parte 3 («Retos actuales del Estado Social»).

56 *Íbidem*, en particular apartado 3.2 («El papel de la educación en el Estado Social»).

IV. Desafíos: de una tarea permanente de misión universitaria responsable a una cultura continua de constitucionalismo democrático universal

Al hilo de lo reseñado sobre los valores y principios esenciales de la Democracia Constitucional examinados brillantemente por el profesor Ruipérez, es evidente que su análisis nos impulsa a verlos como imperativos axiológicos de unos órdenes constitucionales cada vez más internacionalizados. Ello es tanto más obvio cuanto que, como perspicazmente ha observado el propio doctor Ruipérez, constituye una indisputable evidencia que los hombres y mujeres de hoy, irremediable convertidos, de una u otra suerte, en aquellos «ciudadanos del Mundo» de los que hablaban ya los Fourget de Mombron, Wolf, Mercier de la Rivière, Dupont de Nemours, etc., o, como mínimo, en aquellos «convecinos de la aldea global» a los que se refería Marshall McLuhan, estamos asistiendo, y como testigos de excepción, a una situación en extremo confusa para el Derecho Constitucional⁵⁷. Por tal motivo, resulta imperioso que la materialización de la Justicia a la que aspira la Democracia Constitucional, sobre todo de la Justicia Social bajo la estructura del Estado Social y Democrático de Derecho, tenga referentes universales claros y entendidos en su justa dimensión, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030⁵⁸.

Con estos mimbres, Javier Ruipérez apuesta continuamente por una cultura que podíamos denominar de constitucionalismo democrático universal. Y, consecuentemente, ha sabido desde sus primeros escritos efectuar una ponderación del alcance de los nacionalismos: de manera positiva si han promovido en clave federalista la idea de diversidad dentro de la unidad y, bien al contrario, con una sincera y argumentada crítica si han tenido un sesgo excluyente y destructor de los valores en los que se asienta nuestra

57 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Un problema capital para las Ciencias Constitucionales...», *op. cit.*, p. 377.

58 Véase JIMENA QUESADA, L., «El Constitucionalismo Social y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)», *Lex Social*, vol. 9, n.º 1, 2019, pp. 13-45. Con el mismo espíritu, ha señalado ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., «El concepto de Constitución y sus elementos conformadores», en ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; SEIJAS VILLADANGOS, E. (coords.), *Estado y Constitución*, Madrid, Eolas Ediciones, 2021, p. 332: el Estado-Nación hoy se mueve «en un marco de globalización no gobernada», de manera que los principios y valores del Estado Social y Democrático de Derecho han de instalarse en una gobernanza global en la que debería ser «más fácil afrontar desafíos comunes, planteados en forma de objetivos de desarrollo sostenible, lucha contra la pobreza, ordenación de los flujos migratorios, prevención de crisis financieras, afirmación de la igualdad entre mujeres y hombres, consecuencias del cambio climático, crisis sanitarias ocasionadas por presentes y futuras pandemias, etc.».

Democracia Constitucional⁵⁹. Con respecto a esto último, ya fue el doctor Ruipérez un constitucionalista vanguardista al brindarnos las más elaboradas y convincentes reflexiones sobre el encuadre de la autodeterminación en el Derecho Internacional y, correlativamente, su desubicación bajo el prisma del Derecho Constitucional⁶⁰. Y, con idéntica solidez, dejaba desprovistos de argumentos a quienes defendían un supuesto derecho de secesión (y, más tarde, derecho a decidir) desde una abusiva aprehensión y apropiación de la dogmática de los derechos fundamentales o, si se prefiere, de la teoría de los derechos humanos⁶¹.

El acercamiento a la realidad española, especialmente a causa de la deriva independentista de determinado nacionalismo catalán en las dos últimas décadas, ha revelado una triste experiencia de ataque a los reseñados pilares del Estado Constitucional (principio democrático, principio liberal y principio de la supremacía de la Constitución). Así, finalizado el sistema de bloques en las relaciones internacionales, se alertó sobre los «nuevos brotes de nacionalismo independentista» que se están sucediendo en Europa como «una de las principales fuentes de conflicto en nuestro Continente»⁶². Verdaderamente, si el *principio de las nacionalidades* formulado a mediados del siglo XIX por *Mancini* conoció una plausible reformulación en el seno de la ONU como *derecho de autodeterminación* tras la segunda guerra mundial en los Pactos internacionales de 1966 (artículo 1 común a ambos), resulta ahora francamente pretencioso y osado revestirlo de *derecho a decidir* en escenarios como el «conflicto catalán»⁶³. Buscar paralelismos del desafío independentista catalán en España con el caso quebequés en Canadá o el escocés

59 Entre otras muchas contribuciones, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La Constitución del Estado de las Autonomías...*, *op. cit.*

60 Como ilustración, por todas, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003. Sin olvidar, con anterioridad, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Constitución y autodeterminación*, Madrid, Tecnos, 1995, obra imprescindible en la materia.

61 *Idem*, particularmente el quinto de los ensayos recogidos en la obra, bajo el título «*El lus Secessionis* en la confrontación Derechos Humanos-Derechos Fundamentales», en donde sostiene el profesor Ruipérez que en el constitucionalismo democrático y social, el proceso constituyente «arranca del pacto social por el que nace el nuevo Poder Constituyente soberano, continúan con el proceso de elaboración, discusión y aprobación del Texto Constitucional, en el que quedan incluidos, como, por decirlo en palabras de Jiménez de Asúa, la parte sustantiva de la Constitución, los derechos fundamentales» (p. 286), concluyendo que resulta claro que el pretendido derecho de secesión fue excluido de nuestra tabla constitucional de derechos por expresa intención del constituyente español, rechazándose asimismo la posibilidad de incluirlo en nuestro ordenamiento a través del artículo 10.2 CE (pp. 292-293).

62 TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 3.ª ed., 2010, p. 112.

63 Cf. BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *et al.*, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona, Atelier, 2015.

en Reino Unido, o incluso la «vía eslovena» en la antigua Yugoslavia, conlleva una lectura histórica plagada de ligereza⁶⁴; mientras que compararlo con el supuesto de Kosovo comporta sencillamente un ejercicio agravante para las víctimas del conflicto bélico de 1999 y la consecuente crisis humanitaria, además de una lectura *sui generis* acerca del alcance de la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 22 de julio de 2010⁶⁵.

Así, efectuar un parangón de los citados casos con el conflicto en Cataluña, especialmente a la luz de la incontrolada participación popular en el referéndum inconstitucional del 1 de octubre de 2017 o de la extraña votación en la voluntariosa declaración de independencia del Parlamento catalán el 27 de octubre de 2017⁶⁶, resulta ser una inadmisibles banalización del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional meridianamente reflejada en la aprobación por el Parlamento autonómico de sendas Leyes de *desconexión* (Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República). Tanto las sesgadas invocaciones efectuadas por parte del Parlamento regional al derecho a decidir en nombre del Derecho Internacional, como la flagrante vulneración del bloque constitucional español (la Constitución de 1978 apoyada a la sazón por el pueblo en Cataluña o las resoluciones del TC español⁶⁷, así como el propio Estatuto de Autonomía y el Reglamento parlamentario) han sido inauditos y, por ello mismo, no merecerían mayor comentario⁶⁸. La reflexión no es nueva; ya observó Leibholz en

64 Vid. HAYDEN, R.M., *Blueprints for a House Divided. The Constitutional Logic of the Yugoslav Conflicts*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 4.ª ed., 2003, o, más recientemente, CAPLAN, R., *Europe And The Recognition Of New States In Yugoslavia*, London, Cambridge University Press, 2015.

65 International Court of Justice, Advisory Opinion of 22 July 2010 (*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*).

66 Tomando en consideración las cifras reales de participación en Cataluña en las distintas convocatorias electorales celebradas dentro del orden constitucional y con las debidas garantías, se constata que la «cuestión catalana» está sobredimensionada políticamente en términos de porcentaje de apoyo al separatismo (no ha alcanzado nunca ni siquiera la mitad del voto expresado), como ha observado BAR CENDÓN, A., «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, 2016 (Ejemplar dedicado a «La cuestión catalana»), p. 214-215.

67 Comprensiblemente, nuestra Jurisdicción Constitucional (SSTC 120, 121 y 122/2017, las tres de fecha de 31 de octubre de 2017) declaró nulas e inconstitucionales igualmente las derivaciones aplicativas de la Ley catalana 19/2017, es decir, la Resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña por la que se designan los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña, el Decreto 140/2017, de 7 de septiembre, de la Generalitat de Cataluña, de normas complementarias para la celebración del referéndum de autodeterminación, y el Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de convocatoria del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña.

68 Con fino análisis del *ius secessionis* —que comparto— lo ha expresado, refiriéndose a «la absoluta complementariedad del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional»,

los años sesenta del siglo pasado «aludiendo al Derecho Constitucional e Internacional», que «en las relaciones tanto internas como internacionales existen una serie de vínculos de los cuales el ‘Soberano’ no se puede eludir sin limitar inequívocamente su soberanía»; y agregaba: «en una democracia el soberano, es decir el pueblo, está a través del Derecho supedito a éste y, por lo tanto, limitado en su libertad de decisión»⁶⁹.

No configuran estas páginas el espacio idóneo para volver a terciar en un debate (exponencialmente saturado *online*) sobre la batalla manipulativa que se produjo en medios de comunicación (habiéndose verificado falaces, surrealistas y esperpénticos episodios de internacionalización del desafío independentista catalán) o sobre episodios vergonzantes de perjurio en sede parlamentaria utilizando la portada de 2012 de una revista internacional como referida al día después del referéndum inconstitucional del 1 de octubre de 2017 (¿hasta qué punto debe quedar impune, social o jurídicamente, la falta de deontología informativa o la trivialización de la inviolabilidad parlamentaria?)⁷⁰. Desde esta perspectiva, los argumentos breve y claramente expuestos, en sendos manifiestos o declaraciones, por centenares de integrantes de la *Asociación de Constitucionalistas de España*⁷¹ y de la *Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* con respecto a la convocatoria inconstitucional del referido referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017, eximen de ulterior argumentación⁷².

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, especialmente pp. 112-118.

- 69 LEIBHOLZ, G *Conceptos fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, pp. 262-263.
- 70 Véase Parlamento Europeo, *Disinformation and Propaganda - Impact on the Functioning of the Rule of Law in the EU and its Member States*, 2019, 198 pp. ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOLE_STU\(2019\)608864_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608864/IPOLE_STU(2019)608864_EN.pdf)). Véase asimismo OEA, *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*, Elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con los aportes del Departamento de Cooperación y Observación Electoral y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General de la OEA, Washington, 2019, 53 pp. (https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf).
- 71 *Manifiesto de profesores españoles de Derecho Constitucional a favor del cumplimiento de la Constitución* (<https://docs.google.com/document/d/1IBrt6BtrVBCwet6biDO5Mr-3WNE-p0OrObCdUjsIA-VY/edit>).
- 72 AEPDIRI: *Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña* (<http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/propuestas-de-los-miembros/729-declaracion-sobre-la-falta-de-fundamentacion-en-el-derecho-internacional-del-referendum-de-independencia-que-se-pretende-celebrar-en-cataluna>).

La reseñada banalización del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional hacen insoslayable una crítica en clave académica y de responsabilidad social del intelectual. ¿Hemos acaso reparado en la responsabilidad de los universitarios que han estado alimentando el llamado «procés» en Cataluña al servicio de la *casta política* beneficiaria directa de semejante manio- bra política? Evidentemente, el secesionismo y los anhelos independentistas tienen su cabida en el plano de las ideas políticas y académicas. En cambio, la puesta en práctica de tales ideas no debe incurrir en prácticas anticonstitu- cionales y aun delictivas en el ejercicio de los cargos públicos (seguramente resultará complejo explicarse a los responsables políticos del «procés» en cuanto a la mentira colectiva que han infundido a una población esperanzada con una meta hoy por hoy irrealizable, o con respecto a los millones de euros que han malversado organizando consultas contrarias a Derecho) o en el disfrute abusivo de la libertad académica (¿es coherente con dicha libertad semejante transferencia fraudulenta de conocimiento de la Universidad a la Sociedad?). Como bien recordó Pedro De Vega, «en la historia de las ideas políticas se juzgan no solamente las ideas, sino también las ideas en cuanto acciones que se plasman y manifiestan en la actividad política completa»⁷³.

Me referiré en este caso solamente a la esfera académica, para resaltar el modo en que el profesor Ruipérez ha entendido su tarea permanente de misión universitaria responsable, y sin introducir ahora disquisiciones pro- fundas en torno a una responsabilidad social y política del intelectual que ya fue estudiada por Max Weber. Por supuesto, «todo intelectual en general, y toda teoría política en particular, están, ineludiblemente comprometidos»⁷⁴, lo cual no es susceptible de eludir asimismo el alcance, los límites y la signi- ficación de ese compromiso; en otro caso, la tan denostada impunidad de la *casta política* puede ir de la mano de impunidad, no menor, de la *casta uni- versitaria*. En este sentido, la presencia (más o menos dilatada en el tiempo) de universitarios en la vida política (en calidad de asesores o como cargos públicos electos o de libre designación) es legítima, y hasta cierto punto, una práctica de retroalimentación positiva entre Universidad y Política. Por el con- trario, cuando esos universitarios se ponen irresponsablemente en la sombra al servicio de una causa palmariamente contraria a Derecho, semejante com- promiso no es ni legítimo ni tiene visos de legalidad. Por ello mismo, se trata de no caer, ya no en la banalización de los estudios jurídico-constitucionales, sino incluso en una chabacanería alentada a veces por determinados pode- res públicos que desde la Universidad tenemos la obligación de combatir para alimentar (sobre todo, en la juventud) la esperanza de una transforma- ción histórica positiva, según esa noble misión universitaria por la que ya apostó Ortega y Gasset en 1930.

73 DE VEGA GARCÍA, P., «Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del inte- lectual», *op. cit.*, p. 64.

74 *Idem.*

A este respecto, no mencionaré explícitamente nombres de universitarios, si bien algunos de ellos sean fácilmente identificables por la notoriedad que adquirieron al lado de los dirigentes del «proceso», ya desde la crítica acerba a la STC 31/2010⁷⁵. No obstante, y sin siquiera divagar sobre los beneficios materiales o morales que hayan podido obtener, traeré a la reflexión dos simples preguntas: ¿De qué responsabilidad han hecho gala catedráticos de universidad —entre otros, constitucionalistas, internacionalistas o politólogos— elaborando los diversos informes del Consejo Asesor de Transición Nacional que han respaldado las dos controvertidas leyes catalanas antes citadas⁷⁶? ¿es acaso legal —o, contrariamente, una transgresión de los límites de la libertad de cátedra y del derecho a la educación del propio alumnado con una formación respetuosa con la guía docente— que un profesor de Derecho Constitucional de una Universidad catalana anuncie a su alumnado que el desarrollo de sus clases va a consistir en «explicar el Derecho vigente en Cataluña» por referencia a las dos polémicas leyes catalanas mencionadas?

Estas disquisiciones vienen a cuento, en definitiva, para enfatizar con el profesor Ruipérez que el constitucionalista debe alejarse del positivismo e intentar mejorar la situación política, económica y social⁷⁷. Debe intentar solucionar los problemas reales de la vida del Estado antes de que sea demasiado tarde⁷⁸. Sin embargo, su misión universitaria responsable no puede llevarle a poner en cuestión el principio de legitimidad sobre el que se edifica el ordenamiento constitucional que estudia⁷⁹. Así, el reseñado episodio del nacionalismo catalán independentista revela unas dosis de ficticia internacionalización trocada realmente de provincianismo; lo cual se aleja de la propia vocación y espíritu abiertos que ya proyectaba la Universidad medieval, como

75 ÁLVAREZ CONDE, E.; TUR AUSINA, R., *Las consecuencias jurídicas de la Sentencia 31/2010 de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 10: al tomar en consideración las críticas políticas y doctrinales a la citada STC 31/2010, ambos autores entienden preferible prescindir, «por razones obvias, de aquéllas que, aunque utilizando criterios jurídicos, más o menos fundamentados, responden a planteamientos de clientelismo político, lo cual no merece ser tenido en cuenta. Son las efectuadas por los llamados ‘juristas de corte’, que se han limitado a legitimar, con sus opiniones, decisiones políticas que no podían llevarse a cabo, en vez de decir al Gobierno de turno no lo que no desea oír, sino lo que tiene que oír y saber, olvidando la auténtica posición de los juristas en un Estado democrático, y utilizando la vieja y conocida técnica de construir categorías dogmáticas, que únicamente sirven para justificar decisiones políticas previamente adoptadas».

76 En el marco de las medidas de aplicación del artículo 155 CE, dispuso el Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, en su artículo único.Tercero. Supresión del Consejo Asesor para la Transición Nacional, ahora llamado Instituto de Estudios de Autogobierno: «Se suprime el Consejo Asesor para la Transición Nacional, creado por el Decreto de la Generalitat de Cataluña 113/2013, de 12 de febrero».

77 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «El derecho constitucional a la vivienda ...», *op.cit.*, p. 78.

78 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La Constitución y su estudio...», *op.cit.*, p. 910.

79 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña...», *op.cit.*, p. 99.

Universitas studii, pues el saber y la ciencia no deben conocer fronteras. Con su obra, en fin, el profesor Ruipérez nos muestra una sincera coherencia con los desafíos de la pedagogía universitaria, en la medida en que «los desafíos educativos de la pluralidad implican volverse hacia el otro, el reconocimiento cultural, la apertura de los programas de enseñanza, los derechos humanos, el rechazo del repliegue sobre sí mismo y de la exclusión, la superación de una especie de imperialismo cultural que impondría sus referentes en nombre de una pretendida verdad revelada inexistente»⁸⁰.

80 DUPONT, P. ; OSSANDON, M., *La pédagogie universitaire*, Paris, PUF ('Que sais-je?', n.º 2891), 1994, p. 118.

LA DEMOCRACIA LATINOAMERICANA Y SUS PROBLEMAS¹

Enoc Francisco Morán Torres

Universidad de Colima

(México)

enocmoran@ucol.mx

(...) Antes al contrario, nos encontramos con que resulta, a todas luces, evidente que el constitucionalismo aparece inescindiblemente unido al principio democrático, que se erige de manera inconcusa en el punto de arranque y fundamento último de la nueva forma de organización política del Estado(...).

Javier Ruipérez².

I. Introducción

La democracia como concepto o forma de gobierno despierta opiniones encontradas. Existe quien sostiene que es la mejor forma de gobierno, pero también aquél que asevera que ésta no tiene la capacidad de cumplir con los estándares esperados. Por lo que, consistentemente, la propia democracia aún en ese campo no alcanza un acuerdo unánime en las perspectivas de su funcionalidad y resultados, pero sí un consenso en lo que respecta a su necesario fortalecimiento.

En efecto, cotidianamente la democracia oscila entre dos extremos — como si se tratara de un péndulo—: uno en el que se espera resulte ser la solución a todos los problemas, produciendo un alto nivel de expectativa en su capacidad de articulación y otro, en el que sus precarios resultados fortalecen la percepción de su ineficacia, evidenciado el desaliento de quienes se asumen como donatarios de confianza. En el punto medio se ubica la consideración de que, aún con sus imperfecciones, puede producir resultados satisfactorios y responder a las expectativas ciudadanas.

1 La presente contribución académica forma parte de la obra colectiva que representa el merecido reconocimiento que diversos académicos realizamos a Javier Ruipérez Alamillo, formador de innumerables generaciones de científicos del derecho y cuyo pensamiento ha tenido un gran impacto en los estudios constitucionales de Iberoamérica.

2 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Constitución y Democracia» en *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13, 2.º semestre 2003-1er. semestre 2004, p. 129.

Evidentemente, lo anterior no es resultado fortuito, sino que es la consecuencia de acciones y omisiones de actores políticos y de la ciudadanía quienes han presupuesto que la democracia por sí misma, es capaz de: organizar al estado; diseñar y sostener el andamiaje institucional; legitimar el ejercicio del poder; satisfacer las demandas ciudadanas; tutelar los derechos; mejorar la gestión pública; combatir la corrupción y cumplir con las expectativas depositadas en ésta para contribuir a una sociedad menos desigual.

Además, la llamada modernidad ha traído consigo retos que van más allá de los ámbitos económico, político y social, cuya atención no se ubica —necesariamente— en el ánimo de quienes gobiernan ni descansa solamente en el diseño e implementación de políticas públicas, sino que demanda sólidos mecanismos de control del poder, el respeto de la Constitución, la garantía de los derechos, el fortalecimiento de la democracia, el diálogo entre poderes y la democratización del espacio público, por mencionar algunos.

Así las cosas, la presente aportación académica tiene como objetivo, identificar cuáles son los problemas que la democracia latinoamericana enfrenta a partir de la revisión de dimensiones de la democracia como la electoral y la participativa, así como de la situación que impera en la región subcontinental de referencia.

II. Las dimensiones de la democracia y su devenir en américa latina

Evidentemente, la democracia como concepto posee diversas dimensiones, sin embargo para efectos de este trabajo, se desarrollarán solamente dos: la electoral y la participativa en virtud de que son éstas las que han recibido mayor énfasis en la tradición Latinoamericana. Sin que ello, implique el desconocimiento de otras que no resultan menos relevantes como la directa, la representativa, la constitucional, la instrumental, la económica y la social, por referir algunas.

No obstante lo anterior, en aras de la necesaria contextualización de la democracia y de la importancia que ésta conlleva, resulta pertinente la identificación conceptual de la referidas dimensiones. Una de ellas es la democracia directa que para Carlos Mesa, implica que:³

En su forma ideal es inaplicable y sería la democracia perfecta: aquella que permite al pueblo tomar sus decisiones directas, personalmente y sin intermediarios. La democracia ejercida en el ágora, el espacio abierto (la plaza) de los griegos para el ejercicio de la política, fue lo más próximo a ese ideal.

3 MESA GISBERT, C. D., «Democracia » en *Diccionario CAPEL*, Serie Elecciones y Democracia, Tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Costa Rica / México, 2017, p. 256, <https://www.iidh.ed.cr/capel/publicaciones/diccionario-electoral>.

Además, el referido autor, respecto de la democracia representativa, apunta que:

El pueblo, a través del mecanismo del voto individual, directo y secreto, elige a sus representantes en los poderes del Estado a partir de las ofertas programáticas de quienes ocupan cargos de servicio público y gobiernan a nombre del pueblo que los ha elegido.

Por su parte, la democracia electrónica:⁴

Se define como la utilización de las TIC por parte de los gobiernos y la ciudadanía para facilitar el control de la gestión pública mediante el fortalecimiento de la transparencia del proceso político (difusión de y acceso a la información), mejorar las instancias de formación de la opinión pública y ampliar la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones.

Mientras tanto, la democracia económica es entendida como *aquella que pretende extender los derechos constitucionales y ciudadanos al ámbito de la empresa y de la producción en general*⁵ mientras que la democracia social implica *las aspiraciones populares a una vida de dignidad, justicia y libertad*⁶.

Asimismo, respecto de la democracia constitucional se advierte que la principal meta esperada del gobierno es la protección de los derechos civiles y políticos básicos de las personas, incluyendo el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de participar en el gobierno, los derechos ciudadanos a la igualdad de derechos como también otros derechos sociales y económicos, pertenecientes a la propiedad, el trabajo, la salud y la educación⁷.

Ahora bien, la electoral es quizá la que más ha permeado sobre todo en América Latina, vista como instrumento que permite la renovación periódica del poder y su transmisión en forma pacífica, cimentada en reglas que pretenden delinear la forma en que se dará la participación en la contienda y ajustar el comportamiento de los participantes al modelo de conducta pre-dispuesto por la élite partidocrática.

4 WELP, Y., «Democracia Electrónica» en *Diccionario CAPEL*, Serie Elecciones y Democracia, Tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Costa Rica / México, 2017, p. 272, <https://www.iidh.ed.cr/capel/publicaciones/diccionario-electoral>.

5 FERNÁNDEZ, S. A., «Democracia económica y legitimidad política» en *LAN HARREMANAK* / 12, 2005-1, p. 72.

6 VILAS, C., «Democracia política y democracia social en América Latina» en *Secuencia*, 1993, 26, mayo-agosto, p. 17, <http://secuencia.mora.edu.mx/index.php/Secuencia/article/view/418/387>.

7 VOHITO-ANYANWU, S., «Promoting Constitutional Democracy: Regulating Political Parties in the Central African Republic and Senegal» en *PER/PELJ*, 2020 (23), p. 4, <http://www.scielo.org.za/pdf/pelj/v23n1/02.pdf>.

Así las cosas, la referida élite ha sido decisiva para determinar: quién compete; bajo qué reglas se juega la disputa en las elecciones; cuál es el árbitro de la contienda; cómo nacen y se extinguen las agrupaciones políticas; cómo se distribuyen los recursos; cuáles son los mecanismos de participación electoral; cómo se transforman los votos; cómo se diseñan y operan los contrapesos; cómo se construye la legitimidad; cómo se alcanzan los consensos y, por supuesto, quiénes serán los beneficiarios directos de las negociaciones políticas.

Asimismo, en el referido ámbito, las instituciones diseñadas resultan torales para alcanzar los fines previstos en su configuración y atender los objetivos del sistema electoral —incluyendo evidentemente el sistema político—. Por lo que, en el tablero de las decisiones políticas son contados los jugadores, pocas las piezas y muchos los espectadores. Al final de cuentas, todos —con independencia del papel que desempeñen— se encuentran supeditados a las reglas dictadas por quien diseñó el juego democrático electoral.

De hecho, al menos desde la experiencia latinoamericana, la democracia electoral ha tenido un alta prioridad, sobre ésta se han diseñado instituciones administrativas y jurisdiccionales, construido modelos de comunicación política y privilegiado la actuación de los partidos políticos sin advertir, en muchos de los casos, la ausencia de perspectivas ideológicas que contribuyan a marcar diferencia entre sí y aporten —efectivamente— visiones diferenciadas en la forma de abordar los innumerables problemas del Estado y por qué no, aquellos que entraña el propio ejercicio del poder.

Desde luego, la importancia de los partidos políticos resulta innegable. Sin embargo, la democracia electoral no se fortalece por el único hecho de contar con un número copioso de partidos políticos quienes —en ocasiones— sólo se distinguen por los colores, los emblemas y las siglas que usan e invocan en su registro además de líneas discursivas en las que —desde la oposición— tienen todas las soluciones a todos los problemas del Estado.

Desafortunadamente, en términos de la ideología plasmada en sus documentos básicos y, consecuentemente, en la plataforma electoral, no marcan diferencia ni representan para la ciudadanía opciones electorales diferenciadas ni contribuyen necesariamente a elevar el nivel del debate ni el nivel de confianza de la ciudadanía en la clase política y en la élite gubernamental.

Aunado a lo anteriormente expuesto, contar con más partidos políticos no —necesariamente— implica acreditar que la democracia electoral presenta síntomas de madurez, solidez o inclusión. Al contrario, dicha circunstancia puede servir como simulador democrático cuando —en realidad— representa, un espejismo de opción ideológica para una ciudadanía que cada vez está más dispuesta a demandar una auténtica representación sí política pero también ideológica.

Sin embargo, es la ciudadanía la que recibe a cambio de la confianza depositada en las urnas, permanentes actos partidistas antiideológicos disfrazados

dos de democráticos, corrupción, acuerdos cupulares, nepotismo, opacidad, partidocracia, paliativos legislativos, inobservancia de las reglas del juego electoral, dilapidación de recursos públicos y desarrollo de prácticas clientelares, apenas por mencionar algunas.

Derivado de lo anterior y de otros factores que convergen en la arena política y en la operacionalización del sistema electoral, se llega a incurrir en lo que el diccionario Treccani define como *democrisia*, entendida ésta como una democracia que se funda siempre de más sobre la hipocresía, sobre el ocultamiento y la contaminación de la verdad, no siempre oculta pero a menudo desvirtuada, en modo tal que no sea más distinguible y quizá al final, ni siquiera existente⁸.

Aunado a lo anterior, la previsión y uso de recursos públicos —en muchas ocasiones con preminencia sobre los privados— se ha convertido —con resultados inversamente proporcionales a los fines normativos— en uno de los mecanismos esperanzadores para garantizar la equidad en la contienda y el libre ejercicio del poder —cuya aspiración es que éste se dé sin mayores ataduras que aquellas que entraña el ejercicio responsable de la función pública, la rendición de cuentas, el control del ejercicio del poder y la generación de gobernabilidad— además de contribuir al fortalecimiento del sistema democrático.

Inclusive, en aras de responder a las diversas crisis de la multireferida dimensión de la democracia, se ha aceptado un mecanismo de participación electoral —paralelo al previsto en la vía partidaria— como es el caso de las candidaturas independientes. Sin que ello, represente una deliberada concesión de la élite partidocrática⁹ impulsada por iniciativa o convicción propia sino una obligada apertura ante las incesantes demandas ciudadanas para diversificar las formas de involucramiento en las postulaciones para contender por un espacio público mediante elección popular.

Más aún, las candidaturas independientes si bien contribuyeron a incrementar la esperanza en la apertura de los mecanismos de participación electoral, en la práctica el diseño institucional y normativo está orientado a privilegiar las candidaturas impulsadas por los partidos políticos. Por lo que, la competencia en la contienda electoral —en muchas de las experiencias— evidencia inequidad al no contar con las mismas prerrogativas que los partidos y las condiciones de competencia, resultan ser claramente diferenciadas.

No obstante, la referida inclusión ha fortalecido la obligación estatal de garantizar los derechos político-electorales de ser votado y de participar en la dirección de los asuntos públicos del país, previstos en la Convención Ameri-

8 Istituto Giovanni Treccani, «Democrisia» en *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, <https://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/democrasia-/2/>.

9 Cfr. MORÁN TORRES, E. F., *Descifrando la partidocracia mexicana*, México, Porrúa, Universidad de Colima, 2017.

cana de los Derechos Humanos¹⁰, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹ y en diversos ordenamientos constitucionales de la región en estudio —de manera enunciativa más no limitativa— como es el caso de Argentina, Brasil, Colombia y México.

De igual manera, la inclusión en cita, observa las relaciones que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen los referidos derechos con otros convencionales como lo son: la vida; las garantías judiciales; el principio de legalidad; la libertad de expresión; la desaparición forzada; la inmunidad parlamentaria y el juicio político¹², además de otras dimensiones del primero como lo son de afiliación a partidos políticos, el ejercicio del cargo, y la remuneración inherente al mismo, por citar algunos.

En esa tesitura, la democracia electoral con sus fortalezas e imperfecciones, aún representa la hoja de ruta para el fortalecimiento de los regímenes democráticos, el ejercicio legítimo del poder, el respeto de las libertades civiles y políticas. la recurrencia de transiciones pacíficas, la participación de la ciudadanía en los procesos de renovación periódica de quienes gobiernan, el seguimiento de las reglas de la competencia basadas en principios de equidad y deliberación política así como el incremento en la confianza institucional.

Ahora bien, otra de las dimensiones de la democracia es la participativa, la cual - a diferencia de la electoral— desde la experiencia de América Latina ha tenido una construcción impulsada por diversos sectores sociales para lograr el aumento de los mecanismos de involucramiento en el espacio público. Ello, más allá de la participación electoral en la que la periodicidad de ésta se encuentra claramente marcada en el calendario electoral y acotada a las modalidades establecidas por la Constitución y la ley.

En ese sentido, la democracia participativa permite la intervención directa de la ciudadanía en las decisiones públicas. Su configuración, obedece a la necesidad de aperturar modalidades de interacción ciudadana —además de la emisión del sufragio, la integración de mesas receptoras del voto y la postulación de candidaturas— en aras de contar con más canales de expresión de las necesidades y expectativas de los beneficiarios del ejercicio del poder político.

10 Artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Véase Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

11 Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José CR, 2021, pp. 66-89, https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20_2021.pdf.

De manera que, la referida dimensión, cuenta con mecanismos como es el caso del plebiscito, el referéndum y la revocatoria de mandato —identificados quizá como los más comunes—, cuya regulación en diversos países latinoamericanos alcanzan rango constitucional y configuración legal. Sin embargo, también existen otros como: la consulta popular; la iniciativa ciudadana; el cabildo y el parlamento abiertos; el presupuesto participativo; y la contraloría ciudadana, entre otros.

Evidentemente, en función del diseño constitucional que cada país posee, los instrumentos de participación adquieren mayor o menos énfasis normativo. No obstante, su esencia permanece en torno a la dinámica de intervención activa de la ciudadanía en el ámbito público. Ello, no es óbice para considerar que aspectos como: la cultura democrática; la fortaleza institucional; la disposición de recursos públicos y el ejercicio óptimo de los mismos, se convierten en factores que permiten contar con condiciones deseables para su operacionalización.

En otras palabras, los mecanismos indicados —*ut supra*— requieren más que la previsión normativa y la recurrencia de discursos vacuos emitidos desde la élite del poder político. Al contrario, éstos deben propiciar la confianza de la ciudadanía en su impacto y en la democratización del espacio público además de que su eficacia —no obstante su regulación o sobregulación incluso— dependerá de la construcción de ciudadanía, del carácter vinculante que posean sus resultados y de cómo éstos coadyuven a mejorar la realidad ciudadana.

Asimismo, bajo las condiciones de crisis —cada vez más frecuentes e incluso en algunos ámbitos también permanentes— en las que se encuentra América Latina ante la falta de confianza ciudadana en las instituciones, hoy más que nunca la democracia participativa requiere esfuerzos ciudadanos e institucionales comprometidos en aras de su fortalecimiento.

Así, la reflexión de Daniel Zovatto resulta orientadora:¹³

En tiempos como los actuales, en los que los poderes legislativos y los partidos gozan de una confianza muy baja ante la opinión pública, los mecanismos de participación ciudadana son vistos por ciertos sectores como una opción válida para mejorar la representación, incrementar la participación y mantener la estabilidad de los sistemas políticos. Es por ello que algunos gobiernos latinoamericanos y organismos internacionales promueven diversos mecanismos de participación ciudadana.

13 ZOVATTO, D., «Las instituciones de la democracia directa» en *Democracias en movimiento. Mecanismos de democracia directa y participativa en América Latina*, LISSIDINI, A., et al. (Coords.), Serie Doctrina Jurídica n.º 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, Centro de Investigaciones sobre Democracia Directa, 2014, p. 14, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/democracias-en-movimiento.pdf>.

En virtud de lo expuesto en líneas precedentes, la dimensión participativa ofrece aspectos multidimensionales como lo son la diversificación de los mecanismos de interacción. Inclusive, es dable destacar la importancia de la democracia participativa como variable que fortalece la diversa electoral y coadyuva a los procesos de diálogo político y social de la ciudadanía además de contribuir a la construcción de bienestar.

III. La democracia en américa latina y sus problemas

Las referencias precisadas en el subapartado inmediato anterior permiten advertir la prevalencia de la democracia electoral y la democracia participativa. La primera como mecanismo para la renovación del poder y la segunda como vía de empoderamiento de la ciudadanía para convertirse en un actor proactivo en la revisión de las decisiones públicas.

Sin embargo, el desarrollo de la democracia en América Latina, al menos en los últimos cien años, no ha estado exenta de experimentar periplos y regímenes que se ostentan como democráticos en el discurso aunque su actuar cotidiano diste mucho de la postura en comento. Ello, sin obviar que dicho desarrollo va adminiculado con factores de índole económica, social y cultural —tan inestables y característicos de la referida región— por lo que, a pesar de prevalecer la democracia como forma de gobierno, ésta sigue generando insatisfacción.

De hecho, desde la perspectiva de Munck, la región latinoamericana enfrenta desafíos como el crecimiento, la igualdad, la sustentabilidad y la gobernanza. Sin embargo, respecto de las estrategias que propone, enuncia 4 modelos de desarrollo con sus respectivas características e implicaciones: Neoextractivismo; Neo desarrollismo; Buen vivir y Socialismo¹⁴.

Además, según datos del Banco Mundial, América Latina y el Caribe para el año 2021, de conformidad con los indicadores social, económico e instituciones, presentó lo siguiente: una población total de 654'981, 699; un crecimiento de población anual del 0.7%; PIB per cápita de USD 8,327.6; una inflación precios al consumidor de 3.9%; aportación de remesas de trabajadores y compensación de empleados de 2.8% del Producto Interno Bruto; 34% de espacios ocupados por mujeres en los parlamentos¹⁵.

14 MUNCK, R., «Desarrollo y democracia en América Latina» en *Estudios Críticos del Desarrollo, passim*, <https://estudiosdeldesarrollo.mx/estudioscriticosdeldesarrollo/wp-content/uploads/2019/01/ECD12-2.pdf>.

15 Banco Mundial, *América Latina y el Caribe*, <https://datos.bancomundial.org/region/america-latina-y-el-caribe>.

Mientras tanto, respecto del mismo año y de la misma región, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe reportó: el 12.9% de la población en pobreza extrema; 9.3% de tasa de desocupación; 6.7% tasa de crecimiento del Producto Interno Bruto¹⁶, por citar algunos indicadores.

Los datos precisados con antelación, permiten identificar que la región continental en estudio también posee problemas importantes en el ámbito económico — caracterizados por la desigualdad de oportunidades y la inequidad en la distribución de la riqueza— y cuyo rezago en diversos indicadores, dificulta los resultados que la ciudadanía espera de la democracia como régimen político y forma de gobierno.

Por su parte, Latinobarómetro reportó que en el caso de América Latina: la pobreza ha aumentado en casi 50 millones de habitantes; las demandas de una vida mejor se volvieron inelásticas; la pandemia acentuó las características del retroceso económico; la pandemia se convirtió en una lección de humanidad y de democracia; se incrementó el rechazo a las élites gobernantes; y la continuación de la profundización del desencanto con la política¹⁷.

Además, el Índice de Democracia 2021 señala que el cambio en el puntaje para América Latina en el año 2021, fue el más grande declive experimentado por una región desde que inició el índice de la Democracia en 2006. Diversos factores permitieron advertir el desencanto público con el manejo de los gobiernos de la pandemia del coronavirus, lo cual amplió una tendencia pre-existente de crecimiento del escepticismo acerca de las habilidades de los gobiernos democráticos para abordar los problemas de la región y de una creciente tolerancia a los gobiernos autoritarios. El compromiso cada vez más débil de América Latina con una cultura política democrática ha dado lugar al crecimiento de populistas antiliberales¹⁸.

Aunado a lo anterior, el referido índice advierte que América Latina experimenta el mayor número de cambios en el tipo de régimen para cualquier región en 2021. Incluso algunos países como Chile pasaron del tipo democracia completa a democracia defectuosa mientras que México, Ecuador y Paraguay pasaron de democracias defectuosas a regímenes híbridos. Además de que, populistas antiliberales en la región, continúan erosionando las instituciones de la democracia¹⁹.

16 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, «Principales cifras de América Latina y el Caribe» en *CEPALSTAT. Bases de datos y publicaciones estadísticas*, <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/index.html?lang=es>.

17 Corporación Latinobarómetro, *Informe 2021, passim*, <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>.

18 *Cfr.* Economist Intelligence, *Democracy Index 2021. The China challenge*, p. 9, <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021-download-success/>.

19 *Ibidem*, pp. 48-50.

En efecto, los datos señalados con antelación resultan reveladores respecto de los problemas que los países latinoamericanos enfrentan y cómo se encuentra la democracia. Definitivamente, dichos datos se encuentran impactados por el inicio y desarrollo de la pandemia del coronavirus. Sin embargo, dicha pandemia influyó en acentuar los problemas ya existentes, en los que la democracia no era ajena.

Desafortunadamente no son los únicos. Puesto que se advierten otros relacionados con la falta de confianza en las instituciones para atender temas tan relevantes como lo son: la seguridad pública; el acceso a los servicios de salud; la mejora de la educación inclusiva; la revisión de los mecanismos para el desarrollo social; la apertura de puestos de trabajo bien remunerados; el combate a la pobreza y a la desigualdad social; la garantía del derecho a la alimentación; y el respeto a la dignidad humana.

De igual manera, existen otros temas no menos relevantes directamente vinculados con el quehacer institucional como son: los pocos o nulos resultados en el combate a la corrupción institucional; el manejo discrecional en el ejercicio del recurso público; los altos índices de impunidad; la deficiente gestión gubernamental; la ineficaz diseño e implementación de políticas públicas y la ausencia de condiciones que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva, limitan el ajustado margen que posee la democracia para estar a la altura de las expectativas ciudadanas.

También, se presentan aquellos relacionados con la democracia electoral: la inobservancia de las reglas del juego democrático por quienes las impulsan y aprueban; la inequidad en la contienda respecto de las candidaturas independientes y partidistas; la falta de eficacia en la fiscalización de los recursos que ingresan a las campañas; el incumplimiento a la obligación de erradicar la violencia en cualquiera de sus manifestaciones; la selectiva imparcialidad y objetividad de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, relacionadas con los comicios; y la ausencia de una cultura democrática de los actores políticos.

Inclusive, con la democracia participativa como lo son: la falta de democratización del espacio público; la ausencia del fortalecimiento de la cultura cívica; la ambivalente previsión del carácter vinculante de los resultados; los altos porcentajes exigidos para la participación; la deficiente promoción de los instrumentos de participación ciudadana; la insuficiente previsión presupuestal para la operacionalización de los mecanismos; y la falta de condiciones económicas, sociales y laborales que garanticen el involucramiento de la ciudadanía en el ámbito público.

Asimismo, para el Índice de Desarrollo Democrático *uno de los desafíos de la sociedad latinoamericana es alcanzar un grado de desarrollo democrático sostenible que aleje las tendencias negativas que han venido impidiéndolo*

*hasta el presente*²⁰. Para ello, se requiere el incremento del nivel de confianza en la democracia como forma de gobierno, como vía de participación electoral y como instrumento de interacción ciudadana.

Afortunadamente, no todas son malas noticias, incluso para Freidenberg y Saavedra *uno de los mayores avances de los sistemas políticos latinoamericanos en las últimas décadas ha sido la (re)instauración de la democracia como régimen político*²¹. Circunstancia que no representa una cosa menor pero tampoco implica un éxito rotundo. Sin embargo, a pesar de sus problemas, el aumento y fortalecimiento de los regímenes democráticos siempre serán una buena noticia.

Además, la democracia no es un concepto aislado puesto que éste va de la mano de otro no menos relevante como es el de Constitución. Así la Constitución representa la base para la construcción del modelo social, económico y político del Estado así como evidentemente la limitación del poder. Por lo que, democracia sin constitución o constitución sin democracia, no son más que conceptos sin contenido. Sin embargo, ambos resultan necesarios para el fortalecimiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En esa tesitura, América Latina requiere que las dimensiones de la democracia contribuyan: al respeto de la Constitución; al fortalecimiento del Estado; a revisar el sistema político y del sistema electoral; a la construcción de la ciudadanía; a mejorar el diálogo entre los poderes; a fortalecer los mecanismos de control de la Constitución y del poder; a vigilar los arreglos institucionales; a incrementar los niveles de gobernanza y a la protección de los derechos humanos.

Así las cosas, respecto de la forma en que el Estado actúa en torno a los arreglos institucionales en el que se da la interacción de las funciones del Estado, Aharon Barak precisa:²²

Creo que podemos distinguir, aunque sea generalmente, entre tres modelos primarios de sociedad. El primer modelo es el de las sociedades que sospechan del Estado. En Estas sociedades, se percibe al Estado como una fuerza que amenaza al individuo y su libertad. El propósito de este arreglo constitucional particular es restringir el papel del Estado —representado, principalmente, en el Legislativo y el Ejecutivo— y así proteger al individuo

20 Fundación Konrad Adenauer Stiftung, *Índice de Desarrollo Democrático de América Latina IDD LAT 2016*, Montevideo, Polilat, 2016, p. 7, <http://idd-lat.org/2016/downloads/idd-lat-2016.pdf>.

21 FREIDENBERG, A. F.; SAAVEDRA HERRERA, C., «La democracia en América Latina» en *Revista Derecho Electoral*, Segundo Semestre 2020, número 30, p. 1, https://www.tse.go.cr/revista/art/30/freidenberg_saavedra.pdf.

22 BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, Estefanía Vela Barba (trad.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, P. 135.

De esa manera, en la democracia las diferencias derivadas de las decisiones asumidas entre las instituciones responsables de las funciones del Estado así como la cooperación y el diálogo, son connaturales y amparadas por la Constitución. Por lo que, la pretensión de contar con visiones uniformes de la realidad o con el dictado unilateral y la hegemonía de las opiniones públicas, es contraria a la esencia de la democracia puesto que ésta implica pluralidad, diversidad, diálogo, consenso y diferendo.

Inclusive, la democracia se convierte en eje transversal para las diferentes funciones que posee el Estado. Por lo que, la interacción de sus diferentes elementos bajo los principios de ésta, contribuye: a la limitación del poder; al mejoramiento de los procesos de comunicación política e institucional; al mejoramiento económico y social de las personas; al respeto de las libertades; y a la protección de los derechos.

De ahí que, si bien en América Latina la democracia presenta problemas, sus resultados permiten advertir horizontes en los que ésta seguirá coadyuvando a incrementar la confianza ciudadana en la actividad política y en la función pública además de mejorar las condiciones en las que viven millones de personas que buscan en ésta, la respuesta a sus demandas y el incremento de sus niveles de bienestar.

IV. Conclusiones

La democracia en América Latina como concepto o forma de gobierno ha tenido un desarrollo no homogéneo. Puesto que las características propias con las que cuenta la referida región continental, han propiciado que ésta presente avances importantes y retrocesos significativos, dependiendo de momentos históricos determinados y situaciones coyunturales que incrementan sus niveles de aceptación o disminuyen la confianza depositada.

Además, el desarrollo de la democracia se acompaña de factores estrechamente relacionados con indicadores de tipo económico, social y evidentemente político, mismos que son considerados para analizar su impacto, funcionalidad, expectativas generadas y resultados esperados. Por lo que, diversos índices presentan cierto nivel de coincidencia respecto de los obstáculos y progresos que la democracia presenta.

Así las cosas, las dimensiones de la democracia pretenden contribuir al mejoramiento de las condiciones que privan en la realidad. Particularmente la electoral y la participativa. La primera fundamental para la transición del ejercicio del poder público y la segunda, toral para el involucramiento de la ciudadanía en la toma de decisiones de quienes son depositarios de la confianza ciudadana.

De esa manera, la democracia en la región continental de referencia, presenta una serie de problemas que demandan el replanteamiento de la forma

de gobernar, la mejora de los mecanismos de comunicación institucional, la innovación en los canales de interacción gobierno-ciudadanía, la diversificación de las vías para la rendición de cuentas, el fortalecimiento del Estado, el respeto a la Constitución y la garantía de los derechos humanos.

V. Fuentes de consulta

Banco Mundial, *América Latina y el Caribe*, <https://datos.bancomundial.org/region/america-latina-y-el-caribe>.

BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, Estefanía Vela Barba (trad.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, «Principales cifras de América Latina y el Caribe» en *CEPALSTAT. Bases de datos y publicaciones estadísticas*, <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/index.html?lang=es>.

Corporación Latinobarómetro, *Informe 2021*, <https://www.latinobarometro.org/latcontents.jsp>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José CR, 2021, https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20_2021.pdf.

Economist Intelligence, *Democracy INDEX 2021. The China challenge*, <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021-download-success/>.

FERNÁNDEZ, S. A., «Democracia económica y legitimidad política» en *LAN HARREMANAK* / 12, 2005-1.

Fundación Konrad Adenauer Stiftung, *Índice de Desarrollo Democrático de América Latina IDD LAT 2016*, Montevideo, Polilat, 2016, <http://idd-lat.org/2016/downloads/idd-lat-2016.pdf>.

FREIDENBERG, A. F.; SAAVEDRA HERRERA, C., «La democracia en América Latina» en *Revista Derecho Electoral*, Segundo Semestre 2020, número 30, https://www.tse.go.cr/revista/art/30/freidenberg_saavedra.pdf.

INDRIZZI, D., *Las dimensiones de la calidad democrática: un análisis metodológico de la propuesta de Leonardo Morlino*, <https://repository.uca-tolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/7d5264b4-7c96-476b-bd84-13c5486a7f17/content>

Istituto Giovanni Treccani, «Democrisia» en *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, <https://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/democrazia-2/>.

MESA GISBERT, C. D., «Democracia » en *Diccionario CAPEL*, Serie Elecciones y Democracia, Tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Costa Rica / México, 2017, <https://www.iidh.ed.cr/capel/publicaciones/diccionario-electoral>.

MORAN TORRES, E. F., *Descifrando la partidocracia mexicana*, México, Porrúa, Universidad de Colima, 2017.

MUNCK, R., «Desarrollo y democracia en América Latina» en *Estudios Críticos del Desarrollo*, <https://estudiosdeldesarrollo.mx/estudioscriticos-deldesarrollo/wp-content/uploads/2019/01/ECD12-2.pdf>.

Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Constitución y Democracia» en *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13, 2.º semestre 2003-1er. semestre 2004.

VILAS, C., «Democracia política y democracia social en América Latina» en *Secuencia*, 1993, 26, mayo-agosto, <http://secuencia.mora.edu.mx/index.php/Secuencia/article/view/418/387>.

VOHITO-ANYANWU, S., «Promoting Constitutional Democracy: Regulating Political Parties in the Central African Republic and Senegal» en *PER/PELJ*, 2020 (23), <http://www.scielo.org.za/pdf/pej/v23n1/02.pdf>.

ZOVATTO, D., «Las instituciones de la democracia directa» en *Democracias en movimiento. Mecanismos de democracia directa y participativa en América Latina*, Alicia Lissidini *et al.* (Coords.), Serie Doctrina Jurídica n.º 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, Centro de Investigaciones sobre Democracia Directa, 2014, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/democracias-en-movimiento.pdf>.

EL RETO DE LA DEMOCRACIA PARITARIA EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL

Beatriz Tomás Mallén¹

Universitat Jaume I

(España)

tomas@uji.es

I. Introducción. Apuntes históricos

1.1. Planteamiento general y experiencias previas extranjeras

Este estudio tiene por objeto mostrar la evolución de la presencia de mujeres en el Parlamento español desde la Legislatura Constituyente hasta la actualidad, atendiendo tanto al número de parlamentarias en el Pleno de ambas cámaras como en los órganos de dirección. Se abordan las diversas causas de dicha evolución, entre las que se encuentran principalmente, pero no solo, la obligación legal de que las listas electorales sean paritarias. En suma, se pretende reflexionar sobre algunas de las metas alcanzadas y por alcanzar en nuestras Cortes Generales en el ámbito de la representación paritaria o de lo que más ampliamente ha convenido en denominarse democracia paritaria en la medida en que aspira a la presencia igualitaria de ambos sexos en los órganos de representación política.

Con carácter previo, no obstante, conviene realizar algún apunte histórico para recordar que el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a las mujeres no ha estado exento de dificultades. Entre los hitos que han jalonado el camino, merece nombrarse la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana escrita en 1971 por Marie Gouce, más

1 Me siento muy honrada por poder participar en esta obra de merecidísimo homenaje al profesor Javier Ruipérez Alamillo. Las reflexiones que comparto en este capítulo tienen su origen en una ponencia que impartí para la Universidad Santiago de Cali y que me ha parecido adecuado reelaborar para esta ocasión pensando en la trayectoria vital y académica tan americanista del profesor Ruipérez.

conocida como Olympe de Gouges, que atribuía a las mujeres los mismos derechos —incluidos los políticos— que a los hombres; y parece haber un amplio acuerdo en reconocer la importancia de la Declaración de Seneca Falls de 1848 —también conocida como la Declaración de Sentimientos—, basada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y vinculada al movimiento abolicionista, porque, al denunciar las restricciones sufridas por las mujeres, particularmente en el ámbito público, y reivindicar el sufragio y otros derechos para ellas, se convirtió en el punto de partida del movimiento sufragista y, en general, feminista². Aún pasarían algunos años para que empezaran a reconocerse los derechos de las mujeres a votar y a ser elegidas, lo que, con frecuencia, no sucedió al mismo tiempo.

Entre los países que antes los reconocieron pueden citarse los que siguen: Nueva Zelanda se convirtió en 1893 en el primer país en aprobar el derecho de voto femenino aunque no reconoció a la mujeres el derecho de sufragio pasivo hasta 1919; Australia permitió votar a las mujeres en 1902 (si bien dejando al margen a hombres y mujeres aborígenes); Finlandia reconoció en 1906 ambos derechos siendo el primer país del mundo en permitir que las mujeres fuesen elegidas al Parlamento y el primero en Europa en reconocer el voto femenino; en Noruega las mujeres disfrutaron del derecho de sufragio pasivo en 1907 (con restricciones) pero no del activo hasta 1913; en Dinamarca e Islandia ambos derechos se reconocieron en 1915; en EEUU la primera mujer que ocupó un escaño en el Congreso (concretamente en la Cámara de Representantes) lo hizo en 1916³ mientras que el derecho a voto femenino nació en 1920 gracias a la Decimonovena enmienda de la Constitución⁴ pero solo para las mujeres blancas, teniendo que esperar las demás hasta 1967; en Reino Unido las mujeres pudieron votar (aunque con ciertas limitaciones) y ser votadas desde 1918; ambos derechos se reconocieron en Sudáfrica en 1930 (pero solo para las mujeres de piel blanca, el resto habría de esperar hasta 1994); etc. Sabido es que, desgraciadamente, todavía existen países que no reconocen a las mujeres los derechos de sufragio activo y pasivo o lo hacen de un modo muy limitado. Por otro lado, en la mayoría de

2 «Mantenemos que estas verdades son evidentes: que todos los hombres y mujeres son creados iguales; (...) Nunca se le ha permitido que disfrute del derecho inalienable del voto. Se le ha obligado a acatar leyes en cuya elaboración no ha tenido participación alguna. (...) Habiéndola privado de este primer derecho como ciudadana, el del sufragio, y habiéndola dejado, por tanto, sin representación en las asambleas legislativas, la ha oprimido por todas partes. (...) DECIDIMOS: Que es deber de las mujeres de este país asegurarse el sagrado derecho del voto», <https://www.mujeresenred.net/spip.php?article2260>

3 <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/electing-appointing-senators/jeannette-rankin-senate-campaign.htm>.

4 «El derecho de los ciudadanos de Estados Unidos al voto no será negado ni limitado por los Estados Unidos, ni por ningún estado, por razón del sexo». Algunos Estados habían autorizado el voto femenino con anterioridad a la aprobación de dicha enmienda, siendo los primeros: Wyoming, en 1869; y Utah, en 1870.

países (con excepciones como Estados Unidos o Sudáfrica) con la garantía del sufragio femenino se ha alcanzado la universalización del sufragio.

Como se subrayaba más arriba, en algunos casos se reconocieron ambos derechos a la vez, pero en otros las mujeres pudieron votar antes que ocupar un escaño y en no pocos se dio la situación inversa, esto es, las mujeres pudieron ser candidatas antes que votantes. Las dos últimas situaciones resultan paradójicas si consideramos que los dos derechos son el anverso y el reverso de una misma moneda, pero ambas tienen su origen en el desigual temor hacia el poder que las mujeres pudieran desplegar en una u otra parte de la representación política.

1.2. Breve aproximación a la experiencia histórica española

España es uno de los países donde se reconoció antes el sufragio femenino pasivo que el activo. Aunque en el Estatuto Municipal de 1924 aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera se reconoció el voto activo y pasivo de las mujeres no casadas, lo cierto es que nunca llegaron a participar en unas elecciones. Con la caída del régimen dictatorial las mujeres fueron eliminadas del censo electoral, por lo que no pudieron votar en las elecciones municipales de 12 abril de 1931 ni tampoco en las elecciones constituyentes de ese mismo año⁵. Sin embargo, en los primeros días de la Segunda República, el Gobierno provisional publicó un Decreto (8 mayo 1931) para modificar parcialmente la Ley Electoral de 1907 y hacer posible que las mujeres pudieran ser elegibles como diputadas en las elecciones generales de 28 de junio de 1931 de las que habrían de salir las Cortes Constituyentes que debían redactar y aprobar la Constitución republicana de 1931. Ahora bien, únicamente hubo seis candidatas y de ellas solo dos resultaron elegidas: Clara Campoamor, del Partido Republicano Radical, y Victoria Kent, del Partido Republicano Radical Socialista. Ellas precisamente, las dos únicas diputadas de un Congreso con 470 miembros, fueron las que protagonizaron en la sesión de 1 de octubre uno de los debates más importantes en la elaboración de la Constitución de 1931⁶. La primera defendió no solo el sufragio activo y pasivo de las mujeres sino la plena igualdad jurídica entre ambos sexos y fue la primera mujer en todo el mundo que pudo defender desde un parlamento el derecho de las mujeres a votar. La segunda, a pesar de sus convicciones

5 CAMINO RODRÍGUEZ, A., «La influencia de las mujeres españolas en los resultados de las elecciones generales de 1933», *Revista Historia Autónoma*, n.º 11, 2017, pp. 183 y ss.

6 LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., «Igualdad de género en la Constitución de 1931: La obtención del voto femenino y otras medidas a favor de la igualdad», en GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTÍN MARTÍN S. y VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (dirs.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 349-364.

igualmente democráticas y feministas, se opuso a la concesión del derecho de voto a las mujeres y apostó por demorarlo hasta que tuviesen la suficiente preparación social y política como para votar responsablemente pues creía que lo emplearían en un sentido conservador y contrario a la República. Con Clara Campoamor se alineó la mayor parte de la derecha y de los socialistas, si bien un sector de estos se abstuvo⁷; posicionándose en contra del voto de la mujer desde quienes compartían los argumentos y motivaciones de Victoria Kent hasta quienes dudaban de la capacidad de las mujeres⁸. La votación del art. 36 del proyecto que reconocía el derecho de las mujeres a votar se saldó con 161 votos a favor, 121 en contra y 188 abstenciones.

Una tercera mujer, Margarita Nelken, del Partido Socialista Obrero Español, se incorporó a las Cortes tras las elecciones parciales celebradas en octubre 1931, no pudiendo, por tanto, participar en el debate sobre el voto femenino que había tenido lugar unos días antes pero sí pudo posicionarse en un último intento de evitar el reconocimiento del derecho a través de una enmienda constitucional que se debatió en la sesión de 1 de diciembre: 131 diputados, con Campoamor entre ellos, votaron a favor de mantener el texto del precepto y 127, Kent y Nelken incluidas, preferían diferir el voto de las mujeres; solo cuatro votos lo salvaron⁹.

Finalmente, con la aprobación de la Constitución el 9 de diciembre de 1931 se garantizó la universalidad del derecho de sufragio activo en el art. 36 —«Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes»¹⁰— y del

7 GILBAJA CABRERO, E., «Clara Campoamor y el sufragio femenino en la Constitución de la Segunda República», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29, 2013, pp. 293-312.

8 *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n.º 48, Sesión celebrada el 1 de octubre de 1931, https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/54648_1506689774662.pdf

9 El Sr. Juarros, de la minoría progresista, y a favor de conceder el voto a la mujer, resumió bien la cuestión de fondo: «¿Creeis que la mujer apta para ostentar el cargo de Diputado, no lo es para elegir quien deba ostentarlo?». Y Clara Campoamor dio la respuesta: «(...) condicionáis el voto de la mujer por miedo de que no os vote a vosotros. Ese es todo vuestro contenido filosófico», *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n.º 83, Sesión celebrada el 1 de diciembre de 1931, pp. 2748 y 2749, respectivamente, https://www.congreso.es/docu/PHist/docs/07repu/DS_01-12-1931.pdf.

10 Como ha recordado RODRÍGUEZ, Á., «Los derechos y deberes de los españoles. Garantías individuales y políticas (Título III, Capítulo primero: arts. 25-42)», en OLIVER ARAUJO, J. Y RUIZ ROBLED, A. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, Madrid, 2021, CEPC, p. 134: «Con respecto al voto femenino, este fue, como se sabe, uno de los grandes debates constitucionales de la República. El triunfo de las tesis a favor de la titularidad por las mujeres del derecho de sufragio en igualdad de condiciones con los hombres hizo que quedara constitucionalizado, por primera vez en nuestra historia, un sufragio verdaderamente universal».

derecho de sufragio pasivo en el art. 53 —«Serán elegibles para diputados todos los ciudadanos de la República mayores de veintitrés años, sin distinción de sexo ni de estado civil, que reúnan las condiciones fijadas por la ley Electoral. (...)»¹¹—.

En fin, si en 2021 se cumplieron 90 años de la aprobación del voto femenino, en 2023 se cumplirán 90 años de las primeras elecciones en que pudieron votar las mujeres españolas: las elecciones de 19 de noviembre de 1933. De ellas salieron cinco diputadas para una cámara de 473 miembros¹².

En las terceras elecciones generales de la Segunda República, celebradas el 16 de febrero y el 1 de marzo de 1936, las mujeres pudieron volver a ejercer el derecho de sufragio en su doble vertiente, activa y pasiva, si bien únicamente ocho mujeres fueron candidatas (un tercio de las presentadas en 1933) y solo cinco resultaron electas¹³.

En Europa, otros países de nuestro entorno aún tardaron algunos años en reconocer ambos derechos: Francia lo hizo en 1944 e Italia en 1946.

En España, estalló la Guerra Civil (1936-1939) y habría que esperar casi 40 años para que tras el régimen franquista se inaugurara un periodo democrático que ya dura más de 40 años y en el que las mujeres pudieron votar y ser votadas desde el principio: en el referéndum sobre la Ley para la Reforma Política, que dio paso al proceso constituyente y, por supuesto, en las elecciones del 15 de junio de 1977 de las que emanaron las Cortes Constituyentes. Solo 27 mujeres, entre diputadas y senadoras, ocuparon un escaño y aunque resultan innegables los avances hasta el momento, puede decirse que la paridad parlamentaria sigue constituyendo un reto en nuestra democracia. Esta realidad es la que quiero demostrar, con números, en las líneas que siguen.

11 Véase OLIVER ARAUJO, J., «Las Cortes (Título IV: arts. 51-66)», en OLIVER ARAUJO, J. Y RUIZ ROBLEDO, A., (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, op. cit., pp. 159-183.

12 Como señala Alejandro Camino Rodríguez, «(...) la presencia de las mujeres siguió siendo muy escasa en las candidaturas: a pesar de que se multiplicase por cuatro el número de candidatas respecto a 1931, el aumento vino dado sobre todo por el mayor número de listas electorales que concurrieron a los comicios. Además, como la mayoría de ellas tenían escasas opciones de ser elegidas, el número de diputadas (aumentaron de tres a cinco respecto a 1931) siguió siendo cuantitativamente marginal y no proporcional a la participación política femenina, lo cual fue una situación que recibió muchas críticas, también entre las mujeres conservadoras», «La influencia de las mujeres españolas ...», *cit.*, p. 189.

13 Sobre el papel de las mujeres en estas elecciones, véase, CAMINO RODRÍGUEZ, A., «Un dilema en las elecciones generales españolas de 1936: conseguir los apoyos de las españolas sin transgredir los límites de lo tolerable», *Rúbrica Contemporánea*, vol. VII, n.º 14, 2018, pp. 79-96.

II. Diputadas y senadoras en nuestra democracia actual

Son muchos los aspectos que se pueden estudiar en relación con la dimensión o perspectiva de género en el Parlamento. Entre otros, la ubicación de las mujeres en las listas electorales, el diferencial entre diputadas electas y candidatas, la permanencia de las mismas en el cargo, la renovación de la élite parlamentaria femenina, etc.; pero en esta ocasión me centraré en la progresiva incorporación de la mujer a las dos cámaras de las Cortes Generales¹⁴ y a sus órganos de dirección o rectores (Presidencia, Mesa y Junta de Portavoces).

2.1. Las mujeres en el Pleno de ambas cámaras

Como se verá, el número de parlamentarias en el Congreso de los Diputados y en el Senado ha ido creciendo paulatinamente desde la Legislatura Constituyente hasta la actual. Los datos concretos pueden verse en la siguiente tabla¹⁵:

Legislatura	CONGRESO (350 escaños)	SENADO (ambos tipos de senadores)	
Constituyente (1977-1979)	21 mujeres (6 %) 329 hombres (94 %)	escaños 248	6 mujeres (2,4 %) 242 hombres (97,6 %)
I (1979-1982)	24 mujeres (6,9 %) 326 hombres (93,1 %)	194	6 mujeres (3,1%) 188 hombres (96,9 %)
II (1982-1986)	23 mujeres (6,6 %) 327 hombres (93,4 %)	250	12 mujeres (4,8 %) 238 hombres (95,2 %)
III (1986-1989)	33 mujeres (9,4 %) 319 hombres (90,6 %)	252	16 mujeres (6,3 %) 236 hombres (93,7 %)
IV (1989-1993)	54 mujeres (15,4 %) 296 hombres (84,6 %)	255	34 mujeres (13,3%) 221 hombres (86,7 %)
V (1993-1996)	65 mujeres (18,6 %) 285 hombres (81,4 %)	256	37 mujeres (14,5%) 219 hombres (85,5 %)
VI (1996-2000)	98 mujeres (28 %) 252 hombres (72 %)	258	43 m./Presidenta (16,7%) 215 hombres (83,3 %)
VII (2000-2004)	132 m./Presidenta (37,7 %) 218 hombres (62,3 %)	258	75 m./Presidenta (29,1 %) 183 hombres (70,9 %)

14 Aunque no es el objeto de este trabajo, Rosario Serra Cristóbal se ocupó del ámbito autonómico en un excelente artículo titulado «La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. La efectividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por el legislador», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 141, (2008), pp. 161-195.

15 Las tablas y gráficos de este trabajo son de elaboración propia. Fuente: webs del Congreso de los Diputados y del Senado.

Legislatura	CONGRESO (350 escaños)	SENADO (ambos tipos de senadores)	
VIII (2004-2008)	146 mujeres (41,7 %) 204 hombres (58,3 %)	259	74 mujeres (28,6 %) 185 hombres (71,4 %)
IX (2008-2011)	158 mujeres (45,1 %) 192 hombres (54,9 %)	262	92 mujeres (35,1 %) 170 hombres (64,9 %)
X (2011-2016)	175 mujeres (50 %) 175 hombres (50 %)	265	95 mujeres (35,8 %) 170 hombres (64,2 %)
XI (2016-2016)	139 mujeres (39,7 %) 211 hombres (60,3 %)	265	104 mujeres (39,2 %) 161 hombres (60,8 %)
XII (2016-2019)	161 m./Presidenta (46 %) 189 hombres (54 %)	266	97 mujeres (36,5 %) 169 hombres (63,5 %)
XIII (2019-2019)	171m./Presidenta (48,9 %) 179 hombres (51,1 %)	262	103 mujeres (39,3 %) 159 hombres (60,7 %)
XIV (2019-Actualidad)	150 m./Presidenta (42,9 %) 200 hombres (57,1 %)	265	104 m./Presidenta (39,2%) 161 hombres (60,8 %)

Por lo que al Congreso de los Diputados se refiere, la paridad total o perfecta solo se ha alcanzado durante la X Legislatura (2011-2016) con 175 mujeres y 175 hombres. Pero hay cierto consenso teórico llevado a la normativa electoral acerca de considerar razonable que ningún sexo esté representado por debajo del 40% (esto es, infortunadamente) ni por encima del 60 % (sobrerrepresentado), por lo que debería haber entre 140 y 210 señorías de cada sexo. En este sentido, se ha respetado la paridad desde la VIII Legislatura (con un pequeño retroceso en la XI Legislatura), aunque siempre se ha tratado de una paridad relativa favorable al sexo masculino, salvo en la Legislatura X en la que, como ya se ha señalado, se alcanzó la paridad perfecta —si bien fue un hombre quien ostentó la presidencia de la cámara—.

En el Senado, como se ha visto en el cuadro y se comprobará en los siguientes gráficos, las mujeres no han llegado todavía, en ninguna legislatura, a conformar siquiera el 40 % del órgano plenario.

Ciertamente, se ha ido avanzando en la misma dirección en ambas cámaras, pero a velocidades muy distintas y por el momento con puntos de llegada muy diferentes. También diversos son los motivos y los responsables y vamos a recordar muy someramente algunos de ellos.

Por lo que se refiere al legislador, sabido es que dio un paso importante con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que, entre otras cuestiones, modificó la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para introducir un nuevo artículo 44 bis LOREG que incorpora importantes novedades tales como que «Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso (...) deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento.

Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico» (apdo. 1) y que «Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, (...) tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico» (apdo. 4). Cabe destacar que en las primeras elecciones celebradas tras la aprobación de la Ley Orgánica —como puede verse en la primera tabla— el incremento de mujeres en ambas cámaras no fue muy significativo —e incluso lo fue más en el Senado que en el Congreso— y que nunca, ni antes ni después de dicha aprobación, había dejado de crecer el número de parlamentarias. Por otro lado, cabe preguntarse si ha llegado el momento de valorar la pertinencia de reducir la horquilla paritaria hasta el 45 % y el 55 % en cada tramo u obligar a la presentación de listas cremallera (incluso a que las mujeres ocupasen en ellas los puestos impares)¹⁶. Es verdad que el sistema electoral del Senado dificulta más que el del Congreso las candidaturas equilibradas, pues los partidos y coaliciones deben presentar tres candidatos en la mayoría de las circunscripciones lo que les obliga a proponer dos personas de un sexo y una del otro ordenados indistintamente¹⁷, pero podría apostarse por que fuesen dos mujeres e incluso por ponerlas en los primeros puestos en el máximo de circunscripciones posible (o incluso en todas), al menos hasta que se corrija la situación, a modo de mecanismo compensatorio.

En relación con los partidos hay, evidentemente, un antes y un después de la LO 3/2007 respecto de sus obligaciones legales¹⁸. Al margen de estas, ya

16 Recordemos que la norma estatal solo se aplica en defecto de leyes autonómicas más favorables para las mujeres Art. 44 bis 1 LOREG: «En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas». Con anterioridad, cuatro comunidades autónomas habían aprobado distintos modelos de listas paritarias más favorables que el estatal: Baleares (2002), Castilla-La Mancha (2002) y Andalucía (2005) habían optado por el modelo cremallera y el País Vasco por candidaturas integradas por al menos un 50 % de mujeres, manteniendo esa proporción en el conjunto de la lista y en cada tramo de 6 nombres. Sobre esta cuestión y las SSTC 12/2008, de 29 de enero y 13/2009, de 12 de enero, que vinieron a avalar el sistema de paridad electoral introducido, véanse, entre otras, las reflexiones de Rosario García Mahamut en «Principio de igualdad y derecho de participación en los asuntos públicos en las reformas de la LOREG operadas en la VIII legislatura y en las propuestas de reformas pendientes», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 24, 20010, pp. 115-139.

17 Al menos, las listas de suplentes (que no se incluyen en las papeletas) sí son igualitarias, debiendo incluir un hombre y una mujer: véase Acuerdo 548/2011 de la Junta Electoral Central, de 15/09/2011, la Junta Electoral Central en relación con la presentación de candidaturas al Senado teniendo en cuenta la Instrucción JEC 5/2007 sobre igualdad efectiva de hombres y mujeres.

18 Sobre la confección de las listas electorales de los partidos políticos puede verse, entre otros, DELGADO SOTILLOS, I., «Sistema electoral y representación de las mujeres en el Par-

antes habían demostrado distintas sensibilidades y niveles de compromiso¹⁹, pero con posterioridad algunos, incluso, se han comprometido estatutariamente²⁰. Por añadidura, quizá pudiera explorarse la viabilidad de otros mecanismos: por ejemplo, la idea de bonificar económicamente a los partidos más comprometidos podría no resultar descabellada.

Por último, también los ciudadanos tenemos responsabilidad en la mejora de la representatividad femenina. Resulta evidente que se ha producido un cambio sociológico y que la mayor parte de la sociedad es mucho más igualitaria. Ello podría tener un impacto enorme en el Senado, donde gracias a las listas abiertas sería posible, por ejemplo, discriminar positivamente a las candidatas por razón de sexo dentro de la misma lista e incluso en listas distintas (aunque esto segundo parece poco verosímil). Es claro que, dado que la mayoría de los senadores proceden de la elección de los ciudadanos y que en la mayor parte de las circunscripciones pueden dar hasta tres votos libremente, la paridad dependerá finalmente de su selección. Desde esta perspectiva, cabría votar —salvo abstención, voto en blanco y voto nulo— a una mujer, un hombre, dos mujeres, dos hombres, tres mujeres, tres hombres, una mujer y un hombre, una mujer y dos hombres, dos mujeres y un hombre, pudiendo imaginar un Senado integrado por una mayoría de mujeres, si bien hasta el momento los resultados demuestran que se elige más a los hombres.

Y aunque no sea este el momento para profundizar en el papel de los medios de comunicación en relación con las mujeres en el ámbito de la

lamento. Análisis de los efectos de la Ley de Igualdad en la composición del Congreso de los Diputados tras las elecciones legislativas de 2008», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 150, Madrid, 2010, pp. 143-174.

19 Por ejemplo, en la VIII Legislatura, como indica Ainhoa Uribe Otalora, «el Grupo Popular tenía un 30% de mujeres con escaño en la Cámara Alta entre sus filas, mientras que las demás formaciones, como Convergencia i Unió no tenían ninguna e incluso el Grupo Socialista se hallaba en términos muy similares (17% de Senadoras) a los de Coalición Canaria (16%)», «Las cuotas de género y su aplicación en España: los efectos de la Ley de igualdad (LO 3/2007) en las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 160, 2013, p. 168.

20 Es el caso del PSOE (que apuesta como regla general, aunque quepan excepciones que puedan beneficiar a uno u otro sexo, por listas paritarias cremallera como puede verse en su Estatutos Federales aprobados en el 40.º Congreso celebrado en octubre de 2021, en particular, art. 3.7, <https://www.psoe.es/media-content/2015/04/Estatutos-Federales-40C-.pdf>) y de Podemos (que mantiene, como partido, tanto el compromiso de buscar una reforma de la Ley Electoral con el objetivo de introducir el principio de paridad radical como el de aumentar el número de mujeres cabezas de lista, véase «Documento de Feminismos», p. 24, https://podemos.info/wp-content/uploads/2021/07/2021_07_Doc_de_feminismos.pdf). Una visión general en relación con los partidos políticos tras la aprobación de la Ley de Igualdad puede encontrarse, entre otros, en Ainhoa Uribe Otalora, «Las cuotas de género y su aplicación en España ...», cit., pp. 171 y ss.

representación política (como candidatas, electas, etc.), parece obvio que ellas reciben un tratamiento bastante distinto al de los hombres (en relación con sus estilismos, con su aspecto físico, con la forma en que son nombradas, etc.)²¹.

2.2. Las mujeres en los órganos de dirección

Resulta evidente la importancia de que las mujeres formen parte e incluso presidan los órganos de dirección de las cámaras²². Ello tiene un significado muy relevante a nivel simbólico, representativo, institucional, de visibilización, etc. y es un espejo en el que mirarse las mujeres que quieren ocupar puestos de representación también en otros ámbitos como el parlamentario autonómico o el municipal.

Como es sabido, la Mesa, órgano rector y de representación colegiada de la Cámara al que le corresponde el gobierno interior y la organización del trabajo parlamentario, está integrada en el Congreso por el Presidente, cuatro Vicepresidentes y cuatro Secretarios; y en el Senado por el Presidente, dos Vicepresidentes y cuatro Secretarios. Todos ellos, en ambos casos, son elegidos por las cámaras respectivas al comienzo de la legislatura, utilizando un sistema que favorece su distribución entre distintos grupos parlamentarios²³ y que da a estos toda la libertad en las propuestas concretas que realicen y por tanto gran parte de la responsabilidad en la composición definitiva de las Mesas respectivas. La otra parte de libertad y responsabilidad la tienen, evidentemente, los parlamentarios al efectuar su elección, pero con el margen que les dan sus grupos (¿o debiera decirse partidos?). Margen que en relación con el sexo de las personas elegidas puede ser incluso inexistente si todas las que se proponen son del mismo sexo. Evidentemente, con el sistema de elección contemplado en los reglamentos de ambas cámaras, aunque los grupos parlamentarios realicen propuestas paritarias, incluso perfectamente paritarias o incluso algunos busquen favorecer la elección de

21 Resulta interesante, aunque se centra en las mujeres en el Gobierno, el trabajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, N., «Género, medios y política: Representación de las mujeres políticas en los medios de comunicación», *Más poder local*, n.º 36, 2018, pp. 42-51; de la misma autora, «Mujeres políticas y medios de comunicación: recomendaciones para una representación no sexista de las mujeres políticas en los medios de comunicación», SUÁREZ VILLEGAS, J. C. (dir.), *Libro de Actas del I Congreso Internacional de Comunicación y Género. Sevilla, 5, 6 y 7 de marzo de 2012*, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 564-586.

22 Por supuesto, aunque no podamos abordar esta cuestión en el presente trabajo, también resulta sumamente relevante (y revelador) el papel de las mujeres en los órganos de funcionamiento, por ejemplo en las comisiones; en este ámbito, puede verse, PAUNER, CHULVI C. y TOMÁS MALLÉN, B., «Las Comisiones de Igualdad: la perspectiva de género en las estructuras parlamentarias», Irene Delgado Sotillos (ed.), *Alcanzando el equilibrio: el acceso y la presencia de las mujeres en los parlamentos*, 2011, Tirant lo Blanch, pp. 137-180.

23 Arts. 37 RCD y 7 y ss. RS.

mujeres, es claro que del juego de las diferentes propuestas pudiera resultar una composición no paritaria. Como se verá enseguida ha habido ejemplos muy llamativos en este sentido.

En la tabla y gráficos que siguen se destaca en un tono más oscuro las legislaturas cuya presidencia se ha desempeñado por una mujer. A efectos de reflejo en las gráficas, nos quedamos con la lectura más positiva y consideraremos presidida por una mujer la legislatura completa, aunque no haya desempeñado el papel más que en una parte de la misma, lo que también se traslada a la composición global de la Mesa.

Por lo que se refiere a la Presidencia del Congreso de los Diputados, se ha ostentado por mujeres en cuatro legislaturas: Luisa Fernanda Rudi Úbeda (PP) en la VII; Ana María Pastor Julián (PP) en la XII y Meritxell Batet Lamaña (PSOE) en las XIII y XIV.

Por lo que hace al Senado, la han ejercido mujeres en tres legislaturas: Esperanza Aguirre Gil de Biedma en la VI Legislatura (pero solo durante el último año de los cuatro que duró dicha legislatura) y de nuevo en la VII (aunque solo en la primera mitad de la misma) y María Pilar Llop Cuenca en XIV (pero únicamente en la primera mitad de la misma). El hecho de que ninguna haya desempeñado el cargo durante la legislatura completa no deja de ser un tanto sorprendente, especialmente si se piensa que ello no ha pasado con ningún hombre salvo con los que las mencionadas senadoras han compartido la presidencia.

Legislatura	Mesa del Congreso de los Diputados (Presidencia + 7 miembros)		Mesa del Senado (Presidencia+ 5 miembros)	
	Mujer en la Presidencia	Mujeres entre el resto de miembros	Mujer en la Presidencia	Mujeres entre el resto de miembros
Constituyente (1977-1979)	0	1	0	0
I (1979-1982)	0	3-1 ²⁴	0	1
II (1982-1986)	0	1	0	1
III (1986-1989)	0	1	0	1
IV (1989-1993)	0	1	0	1
V (1993-1996)	0	2	0	0
VI (1996-2000)	0	2	0-1	2
VII (2000-2004)	1	4-5	1-0	2

24 En este cuadro se refleja el diferente número de mujeres que han conformado la Mesa o que han ostentado la Presidencia, en ambas cámaras; sin embargo, en los gráficos siguientes se ha preferido reflejar la situación más favorable.

Legislatura	Mesa del Congreso de los Diputados (Presidencia + 7 miembros)		Mesa del Senado (Presidencia+ 5 miembros)	
	Mujer en la Presidencia	Mujeres entre el resto de miembros	Mujer en la Presidencia	Mujeres entre el resto de miembros
VIII (2004-2008)	0	4	0	0
IX (2008-2011)	0	3	0	2
X (2011-2016)	0	4	0	2
XI (2016-2016)	0	6	0	2
XII (2016-2019)	1	5	0	2
XIII (2019-2019)	1	4	0	2
XIV (2019-Actualidad)	1	3	1-0	2

En el siguiente gráfico dedicado a la Mesa del Congreso, las columnas que representan a las mujeres integrantes de dicho órgano directivo en las Legislaturas VII, XII, XIII y XIV presentan una marca de color más intenso por incluir una mujer en la Presidencia. Cabe destacar que desde la VII Legislatura —antes por tanto de la Ley de Igualdad, si bien no contempla obligación alguna para la composición de las Mesas de las cámaras— hay paridad en la Mesa o incluso cierta prevalencia femenina con la única salvedad de la IX Legislatura.

En el gráfico siguiente, dedicado a la Mesa del Senado —y donde también se marcan en un tono más intenso las columnas que representan a las mujeres cuando la presidencia la ha ocupado una de ellas— llaman la atención tres cuestiones: las tres únicas presidencias femeninas (recordemos que nunca han ejercido el cargo durante una legislatura completa) han coincidido (¿coincidencia?) con la paridad perfecta en el órgano; en ninguna legislatura ha habido más mujeres que hombres; y en tres legislaturas ha estado conformado únicamente por hombres (la Constituyente, la V y la VIII, esta última posterior a la aprobación de la Ley de Igualdad por lo que sorprende bastante que no se derivara de tal hecho, en ausencia de obligación, al menos un mínimo de sensibilidad).

Veamos a continuación la situación de la Junta de Portavoces, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Sabido es que se trata del órgano de dirección a través del cual participan los grupos parlamentarios en la ordenación del trabajo de la cámara respectiva y que entre sus funciones principales se encuentra la de fijar el orden del día de las sesiones plenarias. La Junta de Portavoces está integrada por quien la preside —que es la misma persona que preside la cámara— y por los portavoces de todos los grupos parlamentarios, los cuales disponen de total autonomía para designar a su representante.

En la tabla siguiente se destaca respecto de cada legislatura y en cada cámara si la presidencia la ha ostentado una mujer (si la ha ejercido un hombre simplemente se refleja en el número total de hombres que integran la Junta), el número global de hombres y mujeres que han ejercido como portavoces titulares, y también los correspondientes porcentajes (lo que resulta de interés para comparar la situación entre las distintas legislaturas y entre ambas cámaras dado que el número de portavoces depende del número de grupos parlamentarios). Si en la portavocía de un grupo se hubiesen sucedido mujeres y hombres consideraremos que el portavoz es del sexo del parlamentario que haya ejercido el cargo durante un tiempo más dilatado (sumando el de las mujeres por un lado y el de los hombres por otro, si son varios); en los casos de periodos de tiempo similares se computará la mitad de un portavoz para cada sexo²⁵.

La referencia concreta a todas las mujeres que han ejercido como portavoz de su grupo parlamentario tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado puede encontrarse en las notas a pie de página. Sin embargo, no se incluyen ahora los nombres de las mujeres que han ejercido o ejercen la presidencia en alguna de las cámaras pues ya nos hemos referido a ellas anteriormente.

Legislatura	Junta de Portavoces del Congreso (Presidente/a + Portavoces)				Junta de Portavoces del Senado Presidente/a + Portavoces			
	n.º mujeres	n.º hombres	% mujeres	% hombres	n.º mujeres	n.º hombres	% mujeres	% hombres
Constituyente (1977-1979)	0	9	0 %	100 %	0 ²⁶	9	0 %	100 %
I (1979-1982)	0	10	0 %	100 %	0	7	0 %	100 %
II (1982-1986)	0	6	0 %	100 %	0	6	0 %	100 %
III (1986-1989)	0	9	0 %	100 %	0	7	0 %	100 %
IV (1989-1993)	0 ²⁷	7	0 %	100 %	0	7	0 %	100 %
V (1993-1996)	0 ²⁸	7	0 %	100 %	0	7	0 %	100 %

25 En este caso, se ha preferido utilizar este criterio, más exacto que el que se ha aplicado a la Mesa.

26 Aunque no la computamos, sí hubo una senadora, María Belén Landaburo González, que ejerció como portavoz del Grupo Mixto durante algo menos de tres meses.

27 La diputada Arantza Mendizábal Gorostiaga fue portavoz del Grupo Mixto pero solo durante dos meses y no al inicio de la legislatura por lo que no se computa ningún portavoz mujer.

28 La diputada Pilar Rahola i Martínez fue portavoz del Grupo Mixto pero solo durante nueve meses y no al inicio de la legislatura por lo que el portavoz fue hombre la mayor parte del tiempo y así se computa a efectos de la tabla y de los gráficos.

VI (1996-2000)	0 ²⁹	7	0 %	100 %	1 (Pdta.) ³⁰	5	16,7 %	83,3 %
VII (2000-2004)	1 (Pdta.) ³¹	6	14,3 %	85,7 %	1 (Pdta.) ³²	7	12,5 %	87,5 %
VIII (2004-2008)	1 ³³	7	12,5 %	87,5 %	0 ³⁴	8	0 %	100%
IX (2008-2011)	1 ³⁵	5	16,7 %	83,3 %	1 ³⁶	6	14,3 %	85,7

- 29 Las diputadas Pilar Rahola i Martínez y Begoña Lasagabaster Olazábal fueron portavoces del Grupo Mixto pero solo durante ocho meses cada una y ninguna al inicio de la legislatura por lo que no se computa ningún portavoz mujer.
- 30 Las senadoras Inmaculada de Boneta y Piedra y Pilar Costa Serra fueron portavoces del Grupo Mixto durante seis y cuatro meses, respectivamente, pero no computamos una portavoz mujer pues hubo seis hombres que ejercieron el cargo durante un periodo de tiempo mucho más largo.
- 31 Las diputadas Begoña Lasagabaster Olazábal y Mònica Miquel Serdá ejercieron la portavocía del Grupo Mixto durante cinco meses y medio y tres semanas respectivamente por lo que se considera que la Presidenta —a la que ya nos hemos referimos anteriormente— fue la única mujer de la Junta de Portavoces.
- 32 La senadora Inmaculada de Boneta y Piedra fue portavoz del Grupo Mixto durante seis meses pero no la computamos pues hubo tres hombres que ejercieron el cargo durante un periodo de tiempo mucho más amplio.
- 33 Tres mujeres y dos hombres se alternaron en la portavocía del Grupo Mixto del Congreso de los Diputados. Aunque el primero en ejercerla fue un hombre hemos optado por considerar que la ejerció una mujer pues entre todas ejercieron el cargo durante más tiempo que los hombres (27 meses frente a 19). En concreto, las diputadas M.^a Olaia Fernández Davila, Begoña Lasagabaster Olazábal y Uxué Barkos Berruezo fueron portavoces durante nueve meses cada una.
- 34 El Grupo Mixto en el Senado tuvo seis portavoces sucediéndose en el tiempo y entre ellos una mujer, la senadora Isabel López Aulestia, pero solo estuvo seis meses y por ello la portavocía computa como masculina.
- 35 En la IX Legislatura seis portavoces se repartieron la responsabilidad en relación con el Grupo Mixto en la Cámara Baja. En esta ocasión fueron cuatro mujeres que sumaron un periodo de 31 meses y dos hombres durante 11 meses. Concretamente, las mujeres que ejercieron el cargo fueron Uxué Barkos Berruezo (7 meses), Rosa María Díez González (6 meses), M.^a Olaia Fernández Davila (6 meses) y Ana María Oramas González-Moro (12 meses). Hemos considerado que la ejerció una mujer en la tabla y gráfico pues el periodo de portavocía femenina es superior pero además merece destacarse que fue la primera vez en la que se eligió a una mujer (Uxué Barkos) como portavoz en el momento de la constitución del órgano.
- 36 La senadora María del Carmen Silva Rego ejerció como portavoz del Grupo Parlamentario Socialista durante toda la legislatura y fue la primera vez que ello ocurría en el Senado (y en las Cortes Generales). También la senadora María Mar Caballero Martínez fue portavoz del Grupo Mixto durante cuatro meses aunque en este caso no computamos su portavocía debido al periodo de tiempo en el que la ejerció.

X (2011-2016)	1 ³⁷	6	14,3 %	85,7 %	0 ³⁸	7	0 %	100 %
XI (2016-2016)	0 ³⁹	8	0 %	100 %	0	8	0 %	100 %
XII (2016-2019)	2 (incluida Pdta.) ⁴⁰	5	28,6 %	71,4 %	0 ⁴¹	8	0 %	100 %

- 37 En la X Legislatura, por primera vez en el Congreso de los Diputados, una mujer, Rosa María Díez González, del grupo Unión, Progreso y Democracia (UPyD), fue portavoz durante toda la legislatura. En el Grupo Mixto se sucedieron once portavoces de los que cuatro fueron mujeres, pero entre todas solo sumaron 9 meses de ejercicio en el cargo frente a 38 de mandato masculino y por ello reflejamos en la tabla y gráfico correspondientes que es un hombre el portavoz.
- 38 Considerando la duración de la legislatura no podemos computar como femenina la portavocía del Grupo Mixto en el Senado a pesar de que durante algún tiempo se ejerció por mujeres; así, la senadora Amelia Salanueva Murguialday fue portavoz durante tres meses y la senadora Ester Capella i Farré durante dos meses.
- 39 En esta legislatura tan breve, constituida el 26 de enero de 2016 y disuelta el 3 de mayo del mismo año, una mujer y un hombre se alternaron en la portavocía del Grupo Mixto en el Congreso de los Diputados. Aunque la primera en ejercerla fue Ana María Oramas González-Moro, solo ocupó el cargo durante un mes y por ello hemos optado por considerar que la ejerció un hombre.
- 40 Además de la Presidenta de la Cámara Baja, contaremos como femenina la portavocía del grupo parlamentario del Partido Socialista pues aunque el primer portavoz nombrado fue un hombre que ejerció el cargo durante diez meses, luego se sucedieron Margarita Robles Fernández y Adriana Lastra Fernández que ejercieron el cargo durante doce y nueve meses, respectivamente. En cambio, el portavoz del Grupo Mixto lo computamos como hombre pues de las nueve personas que ejercieron el cargo solo una es mujer, Ana María Oramas González-Moro, y únicamente fue portavoz durante un mes.
- 41 A pesar de que por la duración de los mandatos no podemos computar ninguna portavocía femenina sí debemos apuntar que la senadora María Pilar Garrido Gutiérrez fue portavoz del Grupo parlamentario Podemos durante casi cuatro meses, la Senadora Mireia Cortès Gès del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana durante quince meses y las senadoras Yaiza Castilla Herrera, Rosa Domínguez de Posada Puertas, M.^a José López Santana Lorena Roldán Suárez y M.^a del Mar del Pino Reyes del Grupo Mixto durante un total de doce meses.

XIII (2019-2019)	4,5 (incluida Pdta.) ⁴²	3,5	56,25%	43,75	2,5 ⁴³	6,5	27,8 %	72,2 %
XIV (2019-actualidad)	4 (incluida Pdta.) ⁴⁴	6	40 %	60 %	3 (incluida Pdta.) ⁴⁵	6	33,3 %	66,6 %

Puede verse claramente en los gráficos anteriores la situación de las mujeres en la Junta de Portavoces del Congreso de los Diputados. Solo se percibe cierta mejora en las tres últimas legislaturas, si bien la paridad rela-

- 42 En esta legislatura tan breve, constituida el 11 de junio de 2019 y disuelta el 24 de septiembre del mismo año, nos encontramos en el Congreso de los Diputados, además de con una mujer en la Presidencia, con Inés Arrimadas García como portavoz del Grupo Parlamentario Ciudadanos y con Irene María Montero Gil como portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. Por lo que se refiere al Grupo Mixto, se alternaron en la portavocía un hombre y una mujer, Laura Borràs Castanyer, y aunque primero se nombró al hombre lo cierto es que solo estuvo un día, lo que nos lleva a computar una portavoz mujer. Más problemático es el caso del Grupo Parlamentario Popular, pues aunque también se nombró primero a un hombre y después a una mujer, Cayetana Álvarez de Toledo Peralta-Ramos, ambos ejercieron el cargo prácticamente los mismos días (menos de dos meses), lo que nos lleva a considerarlo ejercido por mitad por una persona de cada sexo.
- 43 La Junta de Portavoces contó en la Cámara Alta en esta brevísima legislatura con dos portavocías femeninas: la de la senadora Lorena Roldán Suárez del Grupo Parlamentario Ciudadanos y la de la senadora Mireia Cortès Gès del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-EH Bildu. En el supuesto de las senadoras Esperanza Gómez Corona e Idoia Villanueva Ruiz del Grupo Parlamentario Izquierda Confederal, dado que entre las dos ejercieron el cargo algo más de la mitad de la legislatura consideraremos que se ha ejercido por mitad por una persona de cada sexo. Aparte, sin que sirva para el cómputo en tabla y gráfico, cabe señalar que la senadora Yaiza Castilla Herrera del GM ejerció como portavoz durante un mes.
- 44 En la actual legislatura, la Junta de Portavoces de la Cámara Baja, cuenta, además de con una mujer en la presidencia, con las diputadas Mertxe Aizpurua Arzallus del Grupo Parlamentario EH Bildu, Inés Arrimadas García del Grupo Parlamentario Ciudadanos y Concepción Gamarra Ruiz-Clavijo del Grupo Parlamentario Popular.
- 45 La senadora María Pilar Llop Cuenca ostentó la presidencia desde la constitución hasta el 8 de julio de 2021 (entonces fue nombrada Ministra de Justicia y sustituida por el senador Ander Gil García); en la actualidad forman parte de la Junta de Portavoces las senadoras Mirella Cortès Gès del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu (durante todo lo que llevamos de legislatura) y Estefanía Beltrán de Heredia Arroniz, del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (aproximadamente durante los dos últimos años). No computan a efectos de nuestro recuento, pero sí han ejercido la portavocía durante un cierto tiempo: las senadoras Yolanda Merelo Palomares (cinco meses) y María José Rodríguez de Millán Parro (un mes) del Grupo Mixto; la senadora Eva María Granados Galiano del Grupo Parlamentario Socialista (que lleva en el cargo aproximadamente un año en la actualidad); la senadora Lorena Roldán Suárez del Grupo Parlamentario Ciudadanos (un mes); las senadoras Sara Vilà Galán (cuatro meses) y María Pilar González Modino (seis meses) del Grupo Parlamentario de Izquierda Confederal; y la senadora Beatriz Martín Lared del Grupo Parlamentario Democrático (cuatro meses).

tiva únicamente se alcanza en las dos últimas (en el caso de la XIII resulta favorable a las mujeres y en el de la XIV a los hombres). Llama poderosamente la atención el hecho de que en más de la mitad de las legislaturas no ha habido ninguna mujer portavoz (o no se computa por haber desempeñado el cargo menos tiempo que el portavoz hombre de su grupo) y que ello sucediera no solo en las primeras legislaturas sino también en una más reciente, la brevísima XII (2016). Además, hubo que esperar hasta la IX Legislatura (2008-2011) para que un grupo parlamentario, en concreto, el Grupo Mixto, eligiera a una diputada, Uxué Barkos Berriezo, como portavoz en el momento de la constitución del órgano; y hasta la X Legislatura (2011-2016), para que otra mujer, Rosa María Díez González, del Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia, ejerciera como portavoz durante la legislatura completa.

Por lo que se refiere a la situación de la Junta de Portavoces en el Senado a lo largo de todas las legislaturas, tal como se muestra en los anteriores gráficos, resulta aún peor para las mujeres que en la Cámara Baja, pues en ningún momento se ha alcanzado siquiera la paridad relativa. Como hito puede destacarse que en la IX Legislatura, una senadora, María del Carmen Silva Rego, representó al Grupo Parlamentario Socialista en la Junta de Portavoces durante toda la legislatura, siendo la primera vez que ello ocurría en el Senado (y también en ambas cámaras). En fin, cabe esperar que la tendencia de las dos últimas legislaturas se consolide y permita avanzar hacia una paridad mucho más completa.

III. Consideraciones finales

La democracia paritaria está todavía lejos de alcanzarse en nuestras Cortes Generales y, en particular, la presencia de hombres y mujeres en los órganos de dirección del Congreso de los Diputados y del Senado dista mucho de ser, como se ha visto, no ya igualitaria, sino sencillamente equilibrada.

Como señalamos hace más de una década, «resultan innegables los avances que se han ido produciendo en el acceso de la mujer a la institución parlamentaria y ello constituye un hito histórico al que afortunadamente no ha permanecido ajena la democracia española en los últimos años. Sin embargo, debe darse un salto cualitativo para lograr no sólo la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales y en el Parlamento sino también el ejercicio en condiciones de igualdad del mandato representativo»⁴⁶. Hoy sigue siendo necesario, a la vista de los datos, dar ese salto cualitativo —amén de continuar avanzando cuantitativamente—, teniendo en

46 TOMÁS MALLÉN, B., «Hacia un Parlamento paritario: en particular, la situación de maternidad de las parlamentarias», en Irene Delgado Sotillos (ed.), *Alcanzando el equilibrio: el acceso y la presencia de las mujeres en los parlamentos*, ob. cit., p. 181.

cuenta el tiempo transcurrido desde las primeras formulaciones de la democracia paritaria y también los avances producidos en España en otros ámbitos (incluso de poder político, como el Gobierno).

Como se recuerda en la Recomendación Rec(2003)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público adoptada el 12 de marzo de 2003: «El concepto de paridad se analizó por primera vez en el seminario «El principio democrático de la igualdad de representación – 40 años de actividad del Consejo de Europa» (Estrasburgo, 6-7 de noviembre de 1989). A raíz de ese seminario, un grupo de especialistas comenzó a elaborar un informe sobre democracia paritaria que se publicó a principios de 1995. Además de explicar el concepto, dicho informe propone orientaciones estratégicas destinadas a permitir que las mujeres se conviertan en agentes plenas de la sociedad, tanto por su aportación a la misma como en su calidad de beneficiarias, con los mismos derechos y responsabilidades que los hombres. Entre estas orientaciones estratégicas se encuentra la fijación de umbrales de paridad y cuotas aplicables a los distintos órganos del Estado así como en los partidos políticos»⁴⁷.

Acabamos de aludir a derechos y responsabilidades. Y, en efecto, no cabe olvidar otra dimensión nada despreciable de la participación política de la mujer que ya se vislumbró en los teóricos clásicos de la democracia, al apuntar que el derecho de sufragio femenino debía ser la compensación y correlativa consecuencia de la equiparación de mujeres y hombres en materia de obligaciones con la comunidad. Así lo ha señalado acertadamente el profesor Ruipérez al interpelarnos a todos los estudiosos de las Ciencias Constitucionales y hacernos reparar en que, en la Atenas clásica correspondió, de un lado, a Solón el mérito de haber sido el primero en haber comprendido que para que los hombres sintiesen como obligatorios los mandatos contenidos en las normas jurídicas era menester, y, además, absolutamente imprescindible, que las mismas hubiesen sido elaboradas y aprobadas con la participación activa de todos los ciudadanos; ahora bien, de otro lado, esta posible participación de todos adquiriría su plena materialización con la puesta en marcha de la democracia radical ática con los gobiernos de Efilates y, todavía más, de Pericles, en tanto en cuanto defenderían que, porque las mujeres tenían respecto de la *polis* las mismas obligaciones que los hombres, debían tener el mismo derecho que éstos para participar en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales⁴⁸.

47 Recomendación Rec(2003)3 del Comité de Ministros ..., p. 14.

48 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Justicia, Constitución y Democracia. La crisis de la representación política y sus posibles soluciones», *Democracia Actual. Una publicación especializada de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia*, n.º 4, 2019, p. 154.

SEXTA PARTE

Democracia, derechos y garantías

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS POLÍTICAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LOS ESTADOS MIEMBROS¹

Manuel Fondevila Marón

Profesor Agregado Serra Hunter de Derecho Constitucional

Universidad de Lleida

(España)

manuel.fondevila@udl.cat

I. Dedicatoria

Decir Maestro...

¿Qué se puede decir en honor de aquel que te enseña un oficio? Mucho más si dicho oficio responde a una decidida vocación por la que se han hecho sacrificios, pero que son superados con creces por las recompensas.

Supongo que, simplemente, ¡gracias! Porque los verdaderos maestros —es decir, aquellos que no se han convertido en «jefes» de «grupos» (no escuelas) en las que la disciplina y lealtad personal sustituyen a la capacidad, y el poder de colocar a los suyos en puestos clave a las aportaciones académicas— no esperan más que eso.

Por mucho que suene a tópico, lo único que puedo decir es que el Profesor Ruipérez no me dio peces, pero me enseñó a pescar, y que, gracias a ello, he podido desempeñarme en distintas instituciones académicas dedicándome a lo que más me gusta: estudiar y enseñar lo estudiado. Su ejemplo ha inspirado, y sigue haciéndolo, todo mi quehacer universitario. Pero sí me gustaría destacar la enorme generosidad con la que ha ejercido este rol de maestro, que supera con mucho las estrictas obligaciones que dicho papel impone. Porque él no solo lee, corrige, y comenta con sus discípulos aquellos trabajos que están realizando, sino que, con frecuencia, comparte con ellos ideas sobre los

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación que lleva por título «El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas» (PID2020-117154GA-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

más variados temas —su erudición se lo permite— dándoles ideas para nuevos trabajos o proyectos de investigación. Incluso no es extraño que comparta algunas ideas sobre temas sobre los que él mismo está escribiendo.

A este agradecimiento público quisiera añadir una disculpa, por si alguna vez no he seguido adecuadamente sus indicaciones y un ruego, para que continúe iluminando por mucho tiempo a aquellos que, todavía, necesitamos de su guía.

Por último, agradecer la invitación a participar en esta obra a los profesores Wong, Aldrete y Cabanas. Si siempre es un honor que cuenten contigo para cualquier iniciativa, para una tan noble, por desinteresada, y típicamente universitaria —lamentablemente cada vez menos habitual en los últimos años— como un libro homenaje, mucho más. El trabajo que, humildemente, ofrezco para formar parte de esta merecida ofrenda, versa sobre un tema de escuela sobre el que mi maestro se ha ocupado antes que yo, y de cuyos planteamientos, por tanto, soy deudor. Si he querido estudiarlo desde una perspectiva europea es porque la perspectiva constitucional de la Unión es, por supuesto, una de las grandes líneas de investigación —si no la principal— que ha trabajado el Maestro.

II. Introducción

En el 12.º Informe de Actividad del Comité Asesor del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa (noviembre de 2020) se afirma que: «*tendency to view democracy as only creating rights for the majority together with divisive and xenophobic discourse against national minorities*». También la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) alertaba de una tendencia a dismantelar los controles que limitan el poder de la mayoría parlamentaria². Invertir esta tendencia es esencial para las democracias europeas.

En este trabajo se defiende la importancia de garantizar un adecuado estatus a la oposición política como único contrapeso posible, en los regímenes políticos actuales, de contrarrestar el poder de las mayorías. La hipótesis de partida es considerar a la oposición como un elemento determinante de la democracia. Ahora bien, dado que el concepto de oposición política resulta, hasta cierto punto, ambiguo, es necesario tratar de delimitarlo mediante una clasificación de los distintos tipos y señalando, también, cuáles son los elementos necesarios que deben conformar un estatuto de la misma. A partir de ahí se explorará qué modelos de estatuto jurídico de la oposición pueden encontrarse en las democracias europeas y se explorará qué puede hacer la Unión Europea para potenciar, en estos Estados, una adecuada protección de las minorías políticas.

2 Vid., Opinión n.º 845/2016 de 24 de junio de 2019 [CDL-AD(2019)015].

La metodología seguida es la propia del Derecho Comparado, parangonando los distintos ordenamientos nacionales y, también, las disposiciones de estos con las normas de la Unión Europea y recomendaciones del Consejo de Europa.

III. El estatuto de la oposición en las democracias representativas

3.1. La oposición política como elemento determinante de una democracia

En sentido estricto, únicamente cabe hablar de oposición política en regímenes democráticos. Evidentemente, en un sentido amplio, más político o histórico que jurídico, cabe hablar, por ejemplo, de oposición al franquismo o a cualquier otro régimen autocrático o autoritario. De hecho, no faltan obras al respecto. Ahora bien, en este tipo de regímenes, cualquier tipo de oposición real se ve obligada a la clandestinidad y a la conspiración, cuando no directamente a la acción subversiva. Está claro que ello no solo condiciona su actividad, sino que le priva de todo reconocimiento. En estos casos, es preferible hablar de resistencia o disidencia³, pues, si en estos regímenes existe oposición, se trata de una oposición formal o, mejor dicho, aparente, que no aspira realmente a sustituir a aquellos que detentan el poder, y cuya presencia se justifica, únicamente, para que el régimen presente mejor cara hacia el exterior. En democracia, el cambio de perspectiva resulta notable, pues mientras en un régimen no democrático es el gobierno el que pretende dotar de legitimidad a la oposición, autorizando o no su ejercicio, en una democracia es, precisamente, la oposición, la que, porque ejerce de manera completamente libre su función, acepta que ha sido vencida en unos comicios justos y puede resultar vencedora en la próxima cita electoral, legitimando con ello al gobierno salido de las urnas⁴. De ello se colige que la existencia y libre ejercicio de la oposición política es un elemento determinante del régimen democrático.

A pesar de esto, el reconocimiento formal de la oposición no tuvo lugar hasta el siglo XX, siendo las primeras manifestaciones de este fenómeno la aprobación, en Gran Bretaña, de la *Ministers of the Crow Act* de 1937, donde se fijaba el salario del líder de la oposición⁵, y en la Alemania de la posgue-

3 Vid., TIERNO GALVÁN, E., *Obras completas*, T. III, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 1181.

4 Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Charles de Secondat en el Estado de partidos, o del pluralismo como materialización moderna del principio de separación de poderes», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 46, 2020, p. 231.

5 Actualmente se regula en la *Ministerial Salaries Consolidation Act*, de 1965.

rra, con la aprobación, en mayo de 1947, de la Constitución de Baden, la cual, en su artículo 120, hacía un reconocimiento expreso de la oposición. Actualmente, prácticamente todas las Constituciones estatales alemanas reconocen de algún modo a la oposición⁶; pero, a los efectos que nos ocupa, merece la pena destacarse el artículo 24.1 de la Constitución de Hamburgo, el cual establece que la oposición es una parte esencial de la democracia parlamentaria. Ahora bien, lógicamente antes de que ello tuviera lugar tuvieron que darse una serie de condiciones históricas que pueden resumirse en los siguientes hitos: en primer lugar, el desarrollo de una opinión pública, que comenzaría con la aparición de la clase capitalista en los siglos XV y XVI⁷, pues sin esa masa crítica que comenzó a crearse en las ciudades, poco cuestionamiento al poder puede haber. En segundo lugar, la caída del antiguo régimen y la implantación del Estado liberal, pues solo a partir de este momento la vida política comienza a organizarse en mayorías y minorías surgidas de los sufragios. En este momento comienzan las primeras preocupaciones por el tratamiento que las minorías políticas reciben⁸. En ter-

6 Actualmente, pueden agruparse las fórmulas usadas en estas Constituciones por lo que respecta a la oposición en tres grandes grupos: a) fórmulas que recogen el derecho a existir de la oposición (Bremen y Sajonia); b) fórmulas de principio (Baviera, Berlín, Brandemburgo, Hamburgo, Schleswig-Holstein, Turingia); y, c) fórmulas que definen la oposición (Baviera, Mecklemburgo-Antepomerania, Baja-Sajonia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein). (Vid., Alexis FOURMONT, *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel: Etude comparée: France-Allemagne*, LGDJ, Paris, 2019, p. 190.

7 Cfr., IONESCU, G.; DE MADARIAGA, I., *La oposición*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, p. 35.

8 Sin ánimo de exhaustividad, puede hacerse aquí referencia a que Inmanuel KANT afirmaba, en el primer artículo definitivo sobre la paz perpetua, que el que una mayoría decidiese por todos constituía «una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad» (vid., KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, Alianza, Madrid, 2001, pp. 55-56); B. CONSTANT agudamente señalaba que defender los derechos de las minorías, dado que mañana pueden ser mayorías, era defender los derechos de todos indicando, además, que, precisamente porque esto es así, desde el punto de vista lógico-racional, nunca es la mayoría la que tiraniza a una minoría, sino una serie de sujetos en su nombre y con las armas que esta le ha facilitado (vid., CONSTANT, B., *Principios de Política aplicables a todos los gobiernos*, Katz, Buenos Aires, 2010, pp. 57 y 491); Jonh-Stuart MILL, tras verificar que en los regímenes representativos, en lugar de todo el pueblo, solo la mayoría estaba representada, abogó por la necesidad de adoptar fórmulas electorales que garantizaran también su representación (vid., MILL, J.S., *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 180 y ss. Incluso, en concreto respecto de la oposición, Alexis DE TOCQUEVILLE denunciaba, como consecuencia de formas todavía propias de la monarquía absoluta, la falta de tolerancia respecto al derecho de crítica por parte de esta, aunque reprochaba, también, a esta, que intentase hacer «su propia carrera» en vez de asumir el papel de obstrucción y crítica que le corresponde (vid., DE TOCQUEVILLE, A., *Discursos y escritos políticos*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 109-118); GUIZOT, por último, se lamentaba de que la oposición hubiera sido relegada a la tribuna sin capacidad de influir políticamente, advirtiendo, incluso, que ello podía hacerle optar por medios violentos (vid., GUIZOT, F., *Des moyens de gouvernement*. Berlin, Paris, 1987, pp. 249-263).

cer y último lugar, el reconocimiento del sufragio universal (masculino), que supuso la irrupción de la clase obrera en los parlamentos, así como los partidos de masas. Con la transformación de los regímenes en parlamentarios⁹ decae la idea de que los diputados representan a toda la nación y pasan a representar a aquellos que los han elegido, surgiendo verdaderamente en este momento auténticas oposiciones de principio. La falta de una adecuada canalización de esos antagonismos desembocó, en la Europa continental, en una gran inestabilidad y, a la postre, en soluciones fascistas. Nada tiene de extraño que sea, pues, después de la II Guerra Mundial, cuando comience a reconocerse el valor del pluralismo y adoptar fórmulas de garantía para la oposición.

Siendo así, tampoco resulta extraño que no fuera hasta poco después que surgieran los primeros trabajos sobre la oposición. Los primeros datan de la década de los años cincuenta¹⁰, siendo, sin embargo, los recopilados en un libro editado por Robert Alan Dahl¹¹, a mediados de los años sesenta, los que merecen, todavía hoy, considerarse una referencia. A este autor corresponde el mérito de haberse ocupado de este fenómeno con cierta exhaustividad, así como los primeros intentos de definición y clasificación de la oposición. Asimismo, ahora que, como se vio anteriormente, surgen preocupaciones renovadas por la oposición ante la amenaza de involuciones democráticas, resulta muy destacable que, poniendo el foco en las condiciones que pueden conducir a que se produzcan transiciones democráticas en países con regímenes no democráticos, haya destacado la importancia de que la oposición pueda organizarse abierta y legalmente, y los partidos enfrentarse al gobierno¹². Intuyó, además, que considerar únicamente la representación no garantiza los derechos de la oposición cuando un gobierno es autoritario, lo que es importante dado que aun hoy en día tiende a confundirse, especialmente en España, lo que sería un estatuto jurídico de la oposición con el estatuto jurídico del parlamentario. Para él, un sistema político que facilite la oposición es solo una faceta «importante» (no esencial) del proceso democrático, negando expresamente, aunque sin explicarlo en profundidad, que

9 Vid., CARRE DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, FCE, México, 1998, pp. 1054 y ss.

10 Vid., BURDEAU, G., «L'évolution de la notion d'opposition», en *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954; KLUXEN, K., *Das problem der politischen opposition. Entwicklung und wesen der englischen zweiparteienpolitik Im 18 Jahrhundert*, Verlag, Freiburg-Munich, 1956; KIRCHHEIMER, O., «The waning of opposition in parliamentary regimes», en *Social Research*, 24, 1957; BASSO, L., «Natura e funzione dell'opposizione nell'ordinamento costituzionale italiano», en AAVV, *Studi sulla Costituzione*, II, Giuffrè, Milano, 1958.

11 Cfr., DAHL, R. A., (ed), *Political oppositions in western democracies*, Yale University Press, New Haven and London, 1966.

12 Cfr., DAHL, R. A., *La poliarquía, participación y oposición*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, passim.

los procesos de democratización y de desarrollo de la oposición sean idénticos. De hecho, la garantía de la oposición no figura entre las ocho cláusulas que deben darse para poder hablar de una poliarquía¹³.

La teoría de Robert Dahl, de raíz puramente liberal, terminó desdibujando en parte la principal característica de la oposición como negación dialéctica del poder y su actividad¹⁴. Autores posteriores a él sí comprendieron mejor este papel de la oposición, elevándolo a la categoría de función constitucional. Entre ellos merece la pena destacar a Giuseppe De Vergottini, quien propone el concepto de «forma de gobierno de oposición garantizada» como categoría que excluiría aquellos regímenes que aparentemente se asimilan a sistemas parlamentarios o presidenciales¹⁵, pero donde no hay garantía de las minorías políticas, aunque no parece que ello aporte nada a una bien entendida idea de democracia. Porque, evidentemente, la democracia no consiste únicamente en respetar la voluntad de la mayoría, pues un gobierno mayoritario solo resulta soportable cuando se prevén instrumentos de protección de las minorías¹⁶. Lo que el pensamiento liberal de autores como el norteamericano refleja es un indisimulado miedo a los poderes contramayoritarios, que entiende como fuente potencial de inestabilidad. Cuando se pone el foco en el poder no es extraño que estos levanten suspicacias; pero cuando se comprende que, como se dijo anteriormente, en una democracia son las minorías las que legitiman el sistema, la existencia de estos solo puede considerarse positiva. Estos contrapoderes no deben llevar a una situación de ingobernabilidad. Ello dependerá de que exista un buen diseño constitucional y una actitud leal por parte de todos los actores políticos.

El gobierno de la mayoría tiene derecho a gobernar, pero debe hacerlo sin esperar cooperación en ese sentido por parte de la oposición, puesto que la función de esta no es permitirle hacerlo, sino enfrentarlo¹⁷, y dependerá, no únicamente, pero sí de un modo muy especial, de los mecanismos que para ello disponga y, obviamente, de su disposición para hacerlos valer, que pueda impedirse una deriva autoritaria.

3.2. Clasificación de los distintos tipos de oposición

13 Esto último es agudamente señalado por Oreste Massari (Cfr., MASSARI, O., «Naturaleza y rol de las oposiciones político-parlamentarias», en PASQUINO, G., *La oposición en las democracias representativas*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 78).

14 Cfr., DE VEGA, P., *Estudios político-constitucionales*, IIJ-UNAM, México, 2004, p. 1.

15 Cfr., DE VERGOTTINI, G., «La forma de gobierno de oposición garantizada», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 9, 1979, p. 8.

16 Cfr., FRIEDRICH, C. J., *La democracia como forma política y como forma de vida*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 51 y 52.

17 Cfr., PASQUINO, G., *La oposición*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 31-32.

Replantearse el concepto y función de la oposición en el sentido expuesto en el epígrafe anterior, obliga, asimismo, a cuestionarse muchas de las clasificaciones de los distintos tipos de oposición existentes¹⁸. El concepto de oposición es, desde los parámetros propuestos, más restringido por cuanto a los modos y más amplio respecto de los actores de lo que habitualmente se entiende por la doctrina. Ello implica la necesidad de deconstruir algunas tipologías y construir otras nuevas.

Dahl definió la oposición del siguiente modo: «*Suppose that A determines the conduct of some aspect of the government of a particular political system during some interval (...). Suppose that during this interval B cannot determine the conduct of government; and that B is opposed to the conduct of government by A. Then B is what we mean by "an opposition". Note that during some different interval, B might determine the conduct of the government, and A might be "in opposition"*»¹⁹. Se trata de una definición bastante poco satisfactoria. Lo primero que en ella resulta criticable es que el significante está contenido en el significado. Además, obviamente, «oposición» no es solamente «oponerse» a la acción de gobierno, ni todas las oposiciones aspiran a dirigir el gobierno. Ni siquiera todas ellas tienen opciones realistas de hacerlo. En una época en la que, los regímenes políticos se caracterizan menos por su arquitectura propiamente institucional que por las modalidades por las cuales las condiciones de la acción están determinadas por las posibilidades de bloqueo provenientes de los diferentes actores²⁰, no parece muy realista limitar la oposición, como parece deducirse de la definición del Profesor de la Universidad de Yale, a la de los partidos de oposición parlamentaria que resultaron perdedores en estas últimas elecciones, pero pueden resultar vencedores en las siguientes. En primer lugar, hay partidos que pueden no aspirar seriamente a resultar vencedores en unos comicios. En segundo lugar, actualmente hay muchos grupos de presión, lobbies, agencias independientes, etc. que se oponen a la acción de gobierno, pero no pretenden sustituirlo.

De un modo más sintético, pero, quizás, más preciso, puede definirse a la oposición como «negación constructiva del poder (o de la acción de gobierno)». El término «constructivo» es clave, pues siempre han existido grupos de protesta que expresan un descontento o frustración, pero que por lo indeterminado de sus protestas (si se puede hablar de tales), de carácter contestatario, y su romanticismo, no pueden ser considerados como un tipo de oposición.

18 Entre ellas, las que yo mismo ofrecía en un pequeño trabajo de primera aproximación al tema (*vid.*, FONDEVILA MARÓN, M., «La importancia de la oposición en una democracia representativa», en *Nueva Revista de Cultura, Política y Arte*, n.º extra 5, 2020, p. 54 y ss.).

19 DAHL, R. A., *Political oppositions...* p. xviii.

20 *Cfr.*, ROSANVALLON, P., *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007, p. 33.

Esto era predicable, por ejemplo, del movimiento estudiantil en los años 70²¹, si bien en la actualidad el juicio respecto de estos probablemente deba ser distinto, especialmente en lugares como España, donde un movimiento universitario resultó ser germen de un partido político que terminó teniendo responsabilidades de gobierno, o Chile, donde los estudiantes demostraron tener un proyecto educativo bastante definido en términos financieros y políticos²².

Se ha criticado también que la definición de Dahl incluye únicamente a la oposición reconocida. Sin embargo, esta opción es, según todo lo que venimos diciendo, correcta. En un sentido jurídico estricto, una oposición no reconocida no puede considerarse tal. Puesto que aquellos regímenes que proscriben a aquellas formas de oposición que les resultan molestas no pueden considerarse democráticos, en ellos, como se dijo, no puede darse ninguna forma de oposición. Hablar, por tanto, de una oposición proscribida o no reconocida es, desde los parámetros aquí expuestos, una contradicción carente de sentido. Por supuesto —conviene precisarlo aquí también—, desde un punto de vista político podrán determinados grupos esgrimir razones para combatir a un determinado régimen al margen de la legalidad. La historia terminará legitimando o no tales movimientos. Pero, de la misma forma que, como se dijo, no puede hablarse de oposición en un régimen autoritario, resulta ridículo, en un régimen democrático, considerar oposición a grupos, organizaciones o partidos ilegales. No lo son porque no pueden cumplir la función constitucional que a esta le corresponde. También Giovanni Sartori que, como se sabe, clasifica la oposición, según sus modos, en oposición responsable y constitucional, oposición constitucional pero no responsable, y oposición ni responsable ni constitucional afirma que el tercer tipo es residual y podría no ser considerada como una forma de oposición²³. Además, considerar, por ejemplo, una forma de oposición a una organización terrorista, resultaría repugnante a los valores democráticos y a la más elemental lógica jurídica. Esto remite a otro problema, aunque íntimamente relacionado, más difuso —si cabe— que el de oposición²⁴, como es la idea de «democracia militante». Por razones de espacio, y para no perder de vista el objeto de estas páginas, no se entrará en ello, pero sí conviene indicar que esta teoría solo encaja presuponiendo que, en una democracia, no se producen ilegalizaciones por motivos ideológicos, siempre que no se trate de organizaciones que justifiquen la violencia o persigan sus fines a través de medios decididamente contrarios a los principios democráticos y, especialmente, al pluralismo.

21 *Vid.*, TIERNO GALVÁN, E., *Obras Completas*, T. V, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 454.

22 *Vid.*, RIFO, M., «Movimiento estudiantil, sistema educativo y crisis política actual en Chile», en *Revista Latinoamericana*, v. 12, n.º 36, 2013, p. 226.

23 *Cfr.*, SARTORI, G., «Opposition and Control: Problems and Prospects», en *Government and Opposition*, v. 1, n.º 2, 1966, p. 153.

24 *Vid.*, PEGORARO, L., «Para una clasificación dúctil de la Democracia militante», en *Revista vasca de Administración Pública*, n.º 96, 2013, pp. 191-223.

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone una clasificación de los tipos de oposición que distinga entre:

a) Oposición parlamentaria y oposición en general: Podría hablarse, igualmente, de modo más clásico, de distinción entre oposición parlamentaria y oposición extraparlamentaria. La clasificación hace referencia al ámbito de actuación. Sin embargo, el término «general», empleado también por la Comisión de Venecia en el documento citado, siendo más indeterminado, parece más adecuado por dos motivos: en primer lugar, porque el término de oposición extraparlamentaria se ha utilizado en el pasado para denominar movimientos intelectuales de estética revolucionaria²⁵, o, incluso, de aquellos situados fuera de la legalidad²⁶. Con este concepto de oposición extraparlamentaria a nadie extrañará que algún autor haya señalado su tendencia a la desaparición y su incardinación en la oposición parlamentaria²⁷. Esto podría dar lugar a confusión, pues asimilar la oposición extraparlamentaria a pensadores situados en las nubes dogmáticas, así como a movimientos ilegales o alegales resultaría desfasado en los regímenes políticos actuales en los que, como se ha dicho, diversos actores controlan y obstruyen la acción de gobierno desde distintas instancias distintas del parlamento. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, entre estos grupos se encuentran algunos (por ejemplo, lobbies), los cuales, sin formar, lógicamente, parte del parlamento, están de algún modo, especialmente en países como Estados Unidos, incorporados a los trabajos de las cámaras, y registrados en ellas. Téngase en cuenta que la distinción no es tan tajante como pudiera parecer: a lo que acaba de indicarse debería añadirse que es también cada vez más habitual que los partidos políticos trasladen sus pugnas a ámbitos distintos del parlamentario. Por ejemplo, pueden tratar de obtener una declaración de inconstitucionalidad ante la justicia constitucional. También puede ser que los miembros de determinados organismos nombrados por el partido que ahora está en la oposición hagan resistencia a las políticas del gobierno. Ello se debe a que actualmente la verdadera separación de poderes no se da entre el legislativo, ejecutivo y judicial, sino, precisamente, entre los partidos de gobierno y oposición²⁸.

25 Ejemplo de esto podrían ser los escritos aparecidos en la publicación «*Kursbuch*», fundada por Hans Magnus Enzensberg en 1965, y recogidos en 1968 en el siguiente libro: BACKHAUS, G., «*Kursbuch*»: *l'opposizione extraparlamentare*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1969.

26 *Cfr.*, DE VEGA, P., *óp. cit.*, pp. 33 y ss.

27 *Cfr.*, MASSARI, O., *óp. cit.* p. 82.

28 Esta idea está contenida en la obra sobre partidos políticos de Maurice DUVERGER (*cfr.*, DUVERGER, M., *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 438), y claramente en Pedro DE VEGA, (*cfr.*, DE VEGA, P., *Obras escogidas*, CEPC, Madrid, 2017, p. 516).

Dentro de la oposición parlamentaria podría distinguirse, a su vez, entre oposición institucional y no institucional. Podría decirse también estatutaria y no estatutaria. Esta sub-categoría hace referencia a si la oposición cuenta con un reconocimiento formal y expreso como tal o no, otorgándole determinados derechos. Dentro del primer tipo podría hacerse referencia, como se verá en el siguiente epígrafe, por ejemplo, a la oposición en Gran Bretaña o Portugal. Cuando la norma exige una declaración para constituirse oposición (como, por ejemplo, en Colombia) la categoría puede resultar problemática si un partido que en no pocas ocasiones apoya al gobierno se ha declarado en oposición o, al contrario, si un partido que no forma parte del gobierno decide no declararse en oposición (lo que puede generar malestar entre alguno de sus miembros)²⁹. Oposición no institucional o no estatutaria es aquella que, como en España, no cuenta con un reconocimiento expreso y donde, por tanto, su estatuto jurídico se confunde con el del parlamentario.

b) Oposición discrepante y oposición ideológica: La primera acepta la legitimidad del sistema, aunque se opone a las políticas concretas del Gobierno. La segunda cuestiona la legitimidad política del régimen. Es una clasificación basada en el contenido de las propuestas. Como acertadamente expuso Maurice Duverger, la naturaleza de la oposición está influenciada por la lucha entre partidos. El autor francés señalaba los siguientes tipos: una lucha sin principios, una lucha sobre principios secundarios, y una lucha sobre principios fundamentales. Para este autor, el primer tipo es el de los Estados Unidos donde un partido ocupa un poder y otro trata de despojarlo sin tomar nunca tintes de fanatismo; el segundo, propio de Gran Bretaña y norte de Europa, se corresponde con una división de carácter doctrinal y social; el tercero, que se daría en Francia e Italia, afectaba ya a los principios del propio régimen³⁰. Dado que, por un lado, parece que las diferencias, en Estados Unidos, entre el partido republicano y demócrata son algo más pronunciadas que en los años cincuenta (momento en que esta obra fue publicada), y que, en todo caso, sino fuese así, lo que ocurriría, como bien afirma este autor, es que se desdibujan las características de la oposición, esta clasificación, empleada por Pedro De Vega en su trabajo sobre la oposición, se antoja sencilla y suficientemente englobadora de los posibles tipos de oposición real en los regímenes políticos. Ni que decir tiene que, por las razones expuestas, la oposición ideológica solo puede ser considerada tal si respeta los principios democráticos y del pluralismo, razón por la que esta dicotomía resulta pre-

29 *Vid.*, ARCILA JIMENEZ, A., «Halar el tamiz de los dos lados», en *Pactemos*, edición 50, 2021, p. 16. Este concejal también se queja de esos partidos que, siendo gobierno, se declaran oposición, restando tiempo a los demás (pues se reparte proporcionalmente entre toda la oposición).

30 *Cfr.*, DUVERGER, M., óp. cit., p. 444 y ss.

ferible a aquella que distingue entre oposición leal, desleal y semileal dependiendo de su compromiso con el empleo de medios legales para alcanzar el poder y rechazo del uso de la fuerza³¹.

c) Oposición externa e interna: A esta categoría hace también referencia, en la obra citada, Maurice Duverger. Oposición interna es aquella que se da entre la mayoría. Puede ser entre partidos de la coalición de gobierno o la oposición que existe dentro de un mismo partido. Oposición externa es aquella que se da entre los partidos de la mayoría y la minoría. Algunos autores incluyen esta dicotomía dentro de la oposición parlamentaria³². Sin embargo, ello solo tiene sentido si se está equiparando oposición parlamentaria con oposición sistémica o leal, pues está claro que la oposición interna dentro del mismo partido, por efecto de la disciplina de voto, rara vez se dará en el Parlamento, y, asimismo, que la oposición interna en una coalición puede darse, o no, dentro del parlamento (por ejemplo, no ocurrirá así en la oposición que puede darse entre Presidente y Vicepresidente en los regímenes presidenciales).

3.3. Breve comparación de los diversos estatutos constitucionales de la oposición en Europa

La existencia y calidad de la democracia dependen del estatuto de la oposición. Sin embargo, ello no quiere decir, obviamente, que dicho estatuto deba ser expreso. La existencia, a nivel constitucional, de una regulación de los aspectos básicos de la oposición resulta, desde luego, muy conveniente, sobre todo, porque es la mejor forma de establecer los contrapesos al poder, igualando las armas entre el gobierno y esta. Ello no quiere decir, como es obvio, que no exista estatuto de la oposición allí donde la Constitución guarde silencio al respecto, pues, de hecho, la existencia de un estatuto implícito es la opción más habitual y no puede, en modo alguno, minusvalorarse las facultades que, también en estos modelos, atribuye la Constitución en su conjunto a los grupos minoritarios³³. Es más, autores como Angel José

31 *Vid.*, LINZ, J. J., *La quiebra de las democracias*, Alianza, Madrid, 2021, pp. 100 y ss.

32 Philip NORTON, basándose en unas categorías de Anthony KING, señala cinco «modos de relación» en los cuales la oposición parlamentaria se puede expresar en los regímenes democráticos: a) «modo oposición», propio del modelo de Westminster; b) modo intrapartidista y; c) modo interpartidista, que son los dos modos a los que nos estamos refiriendo en este párrafo; d) modo no partidista, que comprende agrupaciones parlamentarias sin una estructura oficial; e) modo consensual, típico de países escandinavos y otras democracias del «modelo consociacional» de Arend LIPJHART. (Sobre esto *Vid.*, NATERA PERAL, A., «Oposición política (en las democracias)», en *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 23, 2022., p. 298).

33 *Vid.*, RINELLA, A., *Materiali per uno studio de Diritto Comparato su «lo statuto costituzionale» dell'opposizione parlamentare*, EUT, Trieste, 1999, pp. 96-98.

Sánchez Navarro, consideran que, el «estatuto jurídico de la oposición» lo conforman normas tanto escritas (que pueden encontrarse en leyes y reglamentos parlamentarios) como no escritas (prácticas parlamentarias, el lugar y el rol que se reconoce a la oposición, etc.) que generan una serie de derechos, potestades, competencias y deberes que sirven de medio a la oposición parlamentaria para cumplir con su función constitucional³⁴.

Ahora bien, está claro que, al menos en el plano teórico, es más probable que la oposición goce de estos medios allí donde existe un estatuto constitucional expreso de la misma o, lo que es lo mismo, allí donde sus derechos, potestades, etc., aparecen mencionados en la Norma Fundamental y desarrollados en las normas infraconstitucionales. En los ordenamientos jurídicos en los cuales la Constitución no recoge estas garantías (como es el caso de España, donde, como mucho, puede defenderse que existe un estatuto implícito que cabe inferir del diseño del parlamentarismo³⁵), puede que las normas infraconstitucionales que, no cabe olvidarse, son aprobadas por la mayoría, coloquen a la oposición en una situación relativamente débil.

En nuestro país, por un lado, la centralidad que tienen en nuestro parlamento los grupos parlamentarios puede dificultar, en cierta medida, el libre ejercicio de la oposición. Partidos políticos o diputados y senadores que no reúnen los requisitos para formar grupo propio pasan a integrar el Grupo Mixto. Es verdad que este Grupo suele repartirse el tiempo entre todos los partidos que lo conforman, favoreciendo el pluralismo, pero ello no impide apreciar otras dificultades: piénsese, a este respecto, que solo los grupos parlamentarios o un número más o menos significativo de diputados³⁶ o senadores³⁷ así como un diputado, pero con la firma del portavoz del grupo parlamentario, pueden presentar enmiendas, y lo mismo ocurre con la presentación de enmiendas en el Congreso³⁸. En todo caso, la férrea disciplina de voto hace muy difícil que pueda triunfar una proposición de ley presentada por un grupo minoritario o incluso una enmienda, excepto cuando la presentan diputados o senadores de los grupos que apoyan un gobierno en minoría.

Por otro lado, tanto en la materia legislativa como en la de control al gobierno, la normativa de las Cámaras permite, incluso, lo que se ha denominado «obs-

34 Cfr., SÁNCHEZ NAVARRO, A., J., *LA oposición parlamentaria*, Congreso de los diputados, Madrid, 1997, p. 58.

35 Vid., LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, CEPC, Madrid, 1988, p. 169.

36 De acuerdo con el art. 126 del Congreso de los Diputados, solo los Grupos Parlamentarios o quince diputados pueden presentar una.

37 En el caso del Senado son los grupos o veinticinco senadores los que pueden presentar enmiendas (art. 108 RS).

38 Vid., art. 110 del RC.

truccionismo de la mayoría»³⁹. El trámite de toma de consideración de las proposiciones de ley previsto en art. 126 del Reglamento del Congreso y 108 del Senado permite que la mayoría pueda negar que toda propuesta legislativa procedente de la oposición salve este primer trámite. También se ve una clara ventaja de la mayoría en la forma en la que se priorizan las interpelaciones y preguntas⁴⁰, así como la creación de comisiones de investigación, pues, aunque pueden ser propuestas, además de por el Gobierno, en el caso del Congreso, por dos grupos parlamentarios o la quinta parte de los miembros de la cámara y veinticinco senadores que no formen parte del mismo grupo parlamentario en el caso de la Cámara Alta, la decisión final siempre se toma por el Pleno. Una adecuada comprensión de la función de la oposición despojaría estas materias del principio mayoritario haciendo recaer su peso en las minorías⁴¹. Aunque se ha criticado en el mismo sentido la moción de censura constructiva, llegándose a afirmar por algunos autores como Torres del Moral que ya no servía, el hecho de que la última presentada haya tenido éxito, conduciendo a Pedro Sánchez al poder, demuestra que la misma mantiene su pleno sentido, en tanto que, aunque se exija que la misma sea «constructiva», no es, en la práctica imposible.

Por último, nada tiene de extrañar que, así las cosas, a nivel normativo, la jurisprudencia constitucional tampoco haya resultado especialmente garante de los derechos de la oposición. Mientras otros tribunales constitucionales europeos, como el alemán, aun sin contar tampoco a nivel federal con un estatuto constitucional expreso de la oposición política, sí identificó un «derecho a la oposición» entendido como un derecho general de crítica y resistencia al poder⁴², aunque se mostrase mucho más reacio a reconocer derechos concretos a la oposición⁴³, nuestro Tribunal Constitucional no ha

39 Cfr., RUIZ RUIZ, J. J., «El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tras 40 años de Constitución», en *Revista de Derecho Político*, n.º 101, 2018, p. 279.

40 De acuerdo con el art. 182.2 RC, «las interpelaciones se incluirán en el orden del día, dando prioridad a las de los Diputados de Grupos Parlamentarios o a las de los propios Grupos Parlamentarios que en el correspondiente período de sesiones no hubieren consumido el cupo resultante de asignar una interpelación por cada diez Diputados o fracción pertenecientes al mismo». Asimismo, el art. 188 del mismo cuerpo legal indica que: «Las preguntas se incluirán en el orden del día, dando prioridad a las presentadas por Diputados que todavía no hubieren formulado preguntas en el Pleno en el mismo período de sesiones». El mismo criterio establece para las preguntas el art. 163 del Reglamento del Senado.

41 Vid., REQUEJO, P., *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 164.

42 Vid., BverfGE 2,13. Este derecho lo deriva de determinados preceptos constitucionales (arts. 5, 8, 9, 17, 21 y 38 fundamentalmente) y, también, en virtud del artículo 92.3 del Código Penal (que establece como un principio constitucional el derecho a formar y ejercer una oposición parlamentaria).

43 Cfr. MEZZETTI, L., *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Maggiore Editore, Rimini, pp. 50 a 68.

dado, ni siquiera, ese paso. Sin entrar ahora en demasiados detalles, cabe señalar que nuestro alto tribunal, si bien tiene alguna sentencia en la que, en el ámbito municipal, establece que la adscripción partidista de los representantes políticos a la hora de ocupar los cargos en los órganos de la corporación debe ser tenida en cuenta, de modo que la decisión de la mayoría no pueda menoscabar derechos de las minorías⁴⁴, ha creado una abundante jurisprudencia en la que, partiendo de la igual consideración de todos los parlamentarios⁴⁵, protege en amparo violaciones de los reglamentos que supongan un quebranto de esta igualdad, pero sin reconocer derecho alguno concreto a la oposición, y dejando un amplio margen de interpretación a los órganos rectores, que responden normalmente a la voluntad de la mayoría.

Entre los Estados con un estatuto constitucional expreso de la oposición puede distinguirse, por un lado, Portugal, cuyo estatuto recoge derechos específicos para la oposición. De acuerdo con el art. 114:

1. Os partidos políticos participam nos órgãos baseados no sufrágio universal e direto, de acordo com a sua representatividade eleitoral.
2. É reconhecido às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei.
3. Os partidos políticos representados na Assembleia da República e que não façam parte do Governo gozam, designadamente, do direito de serem informados regular e diretamente pelo Governo sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público, de igual direito gozando os partidos políticos representados nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas e em quaisquer outras assembleias designadas por eleição direta relativamente aos correspondentes executivos de que não façam parte.

Este precepto viene desarrollado por la *Lei n.º 24/98 del Estatuto do Direito de Oposição*, que regula derechos de información, audiencia, participación pública y legislativa, de comparecencia ante comisiones parlamentarias, y una serie de garantías de libertad de independencia para los medios de comunicación social sobre las que el gobierno deberá informar a la oposición.

Por otro lado, encontramos, en algunos casos, preceptos constitucionales que remiten a una regulación por normas inferiores. Es el caso de Francia, cuya Constitución, reformada al efecto por la *loi constitutionnelle 2008-724*, establece, en su artículo 51-1, que: «*Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires*». Aparentemente, puede llamar la atención

44 Vid., STC 32/1985.

45 Vid., por todas, 140/2007

y parecer no tener sentido hacer una reforma constitucional para hacer una remisión reglamentaria, pero hay que tener en cuenta que esta reforma fue adoptada dos años más tarde de que el *Conseil Constitutionnel*⁴⁶ declarase inconstitucional una reforma del reglamento de la Asamblea nacional que agrupaba a los grupos parlamentarios como «mayoría» y «oposición», confirmando a los del segundo tipo ciertos derechos específicos (como obtener informes sobre la aplicación de las leyes y la presidencia o relatoría de comisiones de investigación), por considerar que otorgaba un trato desigual injustificado, contrario al art. 4 de la Constitución de 1958. Dicha reforma permitió, en 2009⁴⁷, reformar finalmente el reglamento de la cámara para permitir a los grupos declararse como oposición.

IV. Los elementos determinantes de un estatuto de la oposición política: especial referencia al checklist de la comisión de Venecia

La enorme diversidad de estatutos jurídicos y estatutos constitucionales de la oposición en las democracias representativas complica, evidentemente, la posibilidad de elaborar clasificaciones. Sin embargo, pueden identificarse ciertos elementos para comprobar la calidad del estatuto jurídico de la oposición. La Comisión de Venecia⁴⁸ ha elaborado al respecto un *check list* con criterios de verificación al respecto. Dichos criterios, basados en siete principios enunciados al inicio del documento citado (libertad, pluralismo, frenos y contrapesos, cooperación en lealtad y respeto por las instituciones, responsabilidad solidaria hacia la sociedad, posibilidad de alternancia en el poder y toma eficiente de decisiones), son los siguientes:

a) Que las normas más fundamentales sobre oposición y derechos de las minorías no puedan ser alteradas por la mayoría a su discreción. b) Que todos los parlamentarios, independientemente de si son de la mayoría o de la oposición, tengan los mismos derechos individuales; que los grupos de partidos se establezcan y reconozcan formalmente, respetando su autonomía y recibiendo recursos del Parlamento; y, que se establezca un mandato libre, pudiendo el diputado, en caso de romper la disciplina de partido, ser expulsado del grupo, pero que en ningún caso implique la pérdida del mandato, que solo podrá adoptarse por faltas graves o incompatibilidades. c) Que los debates sean públicos, inclusivos, que los diputados cuenten con tiempo

46 *Vid.*, *Décision* n.º 2006-537 DC

47 *Vid.*, Resolución 292, de 27 de mayo de 2009.

48 *Vid.*, la citada Opinión n.º 845/2016.

razonable en los debates, y que la oposición tenga acceso a los documentos de trabajo. d) Que los nombramientos de los cargos de responsabilidad en el Parlamento se realicen de manera proporcional y, por consenso, el de los administradores del trabajo parlamentario (que deben ser apartidistas); que la oposición participe de las decisiones procedimentales dentro del parlamento; y que los comités donde esta esté representada proporcionalmente cuenten con poderes suficientes en las funciones parlamentarias. e) Que, en lo referente al proceso legislativo, la oposición tenga la capacidad para convocar de manera extraordinaria al parlamento e influir en el orden del día de los debates; que goce, bajo determinadas circunstancias, del mismo tiempo que la mayoría; que tenga capacidad para introducir enmiendas sin más limitaciones que las que se puedan establecer a nivel constitucional según el tipo de ley de que se trate; que la modificación de los reglamentos parlamentarios, así como de otras leyes de importancia, requiera mayoría cualificada; que, cuando esté previsto constitucionalmente, la oposición tenga capacidad de iniciar un referéndum u oponerse a uno; y que pueda presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. f) Que, si el gobierno puede legislar directamente, se aseguren los derechos de la oposición mediante mayorías cualificadas o limitando los poderes del ejecutivo durante los estados de emergencia que puedan debilitar los derechos de la oposición. g) Que, en las sesiones de control, la oposición tenga más derecho de hacer preguntas al gobierno que los miembros de la mayoría, y pueda recabar informaciones fuera de estos turnos; que una minoría cualificada (una cuarta parte de diputados) pueda solicitar la creación de una comisión de investigación, y tenga facultades suficientes respecto de los testigos. h) Que todos los altos cargos se nombren por mayoría cualificada, aunque se organicen mecanismos para evitar bloqueos. i) Que existan inmunidades parlamentarias que impidan imputaciones politizadas de la oposición que, sin embargo, no impidan los procedimientos penales legítimos. j) Que la oposición tenga también un fuerte peso en aquellos órganos parlamentarios encargados de velar por el orden parlamentario y tengan competencia para conocer de las sanciones por determinados comportamientos o comentarios, que en todo caso deben ser impuestas por un procedimiento basado en los principios del debido proceso, ser proporcionadas y no afectar a la esencia del mandato parlamentario.

Evidentemente, no se trata de elementos determinantes. Está claro que podría prescindirse de varios de ellos (por ejemplo, la iniciativa de referéndum, la posibilidad de convocar de manera extraordinaria al parlamento o determinar el orden del día...) sin que ello conllevara la imposibilidad de hablar de la existencia de un estatuto jurídico de la oposición. Dado que al hablar de un estatuto jurídico de la oposición este se confunde muchas veces con el estatuto del parlamentario —algo que es muy evidente en esta lista de verificación del organismo del Consejo de Europa— se han incluido elementos más relacionados con el buen funcionamiento de la cámara legislativa

(como el mandato libre⁴⁹) que con un estatuto de la oposición (por más que esta también se beneficie de aquello que se atribuye a todos los miembros de una cámara). Otros aspectos pueden resultar discutibles: por ejemplo, la comisión incide, como se ve, en que todos los parlamentarios deban tener los mismos derechos individuales y se contenta con que la oposición tenga, en el proceso legislativo «bajo determinadas circunstancias», el mismo tiempo que la mayoría. Aunque puedan ser condiciones suficientes para garantizar un buen estatus de la oposición, cuando se va un paso más allá, pasando del mero estatuto jurídico de esta (que puede ser, recuérdese, implícito) a un estatuto constitucional expreso, lo normal es atribuir una serie de derechos a la oposición distintos de aquellos de los que gozan el resto de los miembros del arco parlamentario. Estos derechos pueden ser derecho a ser informados por el gobierno de determinadas cuestiones, acceso a documentos y, por lo que ahora interesa, contar —como se establece en el estatuto de la oposición en Colombia⁵⁰— de tiempo extra. También discutible es el tema de las inmunidades, que supone un privilegio de los diputados frente al poder judicial y ni siquiera sirve, como bien afirmó en su día Hans Kelsen, de protección a las minorías⁵¹. Por último, el propio documento reconoce que tratará solo de la oposición parlamentaria, obviando las garantías con las que ha de contar la oposición en general.

Con todo, el documento que contiene este *checklist* es un magnífico instrumento de trabajo para comenzar un debate. Nadie podrá negar que, si

49 Sobre esto, afirmó Hans KELSEN, que «no cabe restablecer el mandato imperativo en su forma antigua; pero innegablemente, las tendencias que hoy persiguen este fin son susceptibles de realización en formas compatibles con la estructura del mecanismo político moderno» (KELSEN, H., *Esencia y valor de la Democracia*, Comares, Granada, 2002, pp. 50-51). Respecto de por qué era necesario, democráticamente hablando, abandonar la doctrina del mandato imperativo tal y como se entendía en la Edad Media *Cfr.*, DE VEGA, «Significado constitucional de la representación política», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 44, 1985, pp. 26-30.

50 *Vid.*, art. 112 de la Constitución y Ley Estatutaria 1919 de 2018.

51 Para el fundador de la escuela de Viena, «es preciso suprimir o, por lo menos, restringir considerablemente aquella irresponsabilidad de los diputados, denominada, inmunidad, e invocada no respecto de los electores, sino ante las autoridades, y especialmente, de las del orden judicial, que ha sido constantemente considerada como característica del sistema parlamentario. El hecho de que un diputado solo pueda ser perseguido judicialmente o detenido por un delito cuando el Parlamento lo autorice, supone un privilegio surgido en la época de la Monarquía estamental (...) y podría aun tener justificación en una Monarquía constitucional (...) pero no en una República parlamentaria, en que el gobierno no es sino una emanación del Parlamento y se halla bajo el control de la oposición y de la opinión pública en general, a la vez que la independencia del Poder Judicial no está menos asegurada que en la Monarquía constitucional, carece de sentido tratar de proteger al Parlamento frente a su propio Gobierno. Ni siquiera puede tener aplicación este privilegio para proteger a las minorías contra el albedrío de las mayorías (...) por la sola razón de que semejante protección no es posible mientras la mayoría pueda acordar la entrega a la autoridad que lo persiga» (KELSEN, *óp. cit.*, pp. 51-52).

podiera establecerse una gradación en cada uno de esos elementos, una puntuación en conjunto baja supondría un bajo nivel del estatus de la oposición y, consecuentemente, de la democracia. Una lista de elementos determinantes supondría reducir esta considerablemente. Probablemente, para hablar de un régimen democrático donde la oposición puede existir y organizarse libremente bastaría hablar —y no es poco— de: un sistema electoral y de partidos que permita razonablemente una alternancia en el poder; debates parlamentarios públicos y transparentes donde los diputados de la oposición tengan la posibilidad de participar el tiempo suficiente y de acceder a la información necesaria; que los diputados gocen de inviolabilidad parlamentaria por las opiniones y votos manifestados en el ejercicio de sus funciones; que la composición de los órganos decisorios del Parlamento respondan a una lógica proporcional respecto del pleno y que los nombramientos de los órganos e instituciones importantes del Estado se haga por mayoría cualificada; y, que existan garantías judiciales que amparen a los diputados frente a perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su cargo.

Sin embargo, si se desea dar un paso más, estableciendo un estatuto constitucional de la oposición y, más que garantizar el derecho de oposición, asumiendo que los pesos y contrapesos en los regímenes políticos actuales se dan, fundamentalmente, en el marco de la dialéctica gobierno-oposición, incluyendo, también, las formas de oposición no parlamentarias, sería necesario reformar el sistema para que incluyese los siguientes elementos:

a) Derechos específicos para la oposición parlamentaria, distinguiendo perfectamente el estatuto general del parlamentario del de la oposición: Ello implica, como primer corolario, una necesaria declaración de los partidos que son gobierno y cuáles son oposición, lo que lleva también aparejada una labor de delimitación conceptual. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional del *Land* alemán Sajonia-Anhalt tuvo que aclarar que pertenecer a la «oposición como institución» no significa que un determinado partido no pueda participar del presupuesto o de la elaboración de la ley⁵². El segundo corolario es que esta declaración debe implicar una serie de facultades y derechos específicos que sirva para igualar con las armas con el gobierno: no solo debe garantizarse, con carácter general, un derecho de crítica (derecho a la oposición), sino financiación y tiempo en los medios de comunicación social extras, una adecuada representación en los órganos de gobierno de las cámaras, posibilidad de convocar, e incluso presidir comisiones de investigación, que podrían ser solamente de la minoría, forzar comparecencias, etc.

b) Mecanismos para incorporar a distintos grupos en trabajos parlamentarios: Que exista una oposición dentro del parlamento y otra fuera del mismo no significa que no sea posible, y también conveniente, conectar esta última con las cámaras. Evidentemente, solo cierto tipo de movimientos sociales —

52 *Vid.*, LVG 1/96 (70).

concretamente aquellos que están más organizados— son susceptibles de ser incorporados a los trabajos parlamentarios. Hay que evitar que esta incorporación se produzca en funciones propiamente parlamentarias y respetar la autonomía tanto de los grupos como de las Cámaras⁵³, pero no porque ello suponga incurrir en corporativismo, ya que los partidos tampoco representan a los intereses generales, sino porque si se llegara a afectar la representación de la ciudadanía que corresponde a estos, se produciría una merma de principios democráticos, especialmente el de la toma de decisiones por mayoría. Después de la aprobación, en 2019, del código ético, convendría una regulación específica, en el Congreso y Senado, de los grupos de interés. Esta podría incluir un registro de personas y actividades, previendo sanciones y mecanismos para evitar que los representantes políticos tengan una «agenda B»⁵⁴.

c) Creación y fortalecimiento de autoridades independientes: Estos tipos de instituciones dotan al sistema de una legitimidad por imparcialidad⁵⁵, pues el principal argumento para su justificación resulta ser la búsqueda de neutralidad en la toma de determinadas decisiones. Precisamente, por ello han sido criticadas desde el punto de vista del principio democrático, por entenderse que demuestra una falta de confianza hacia la política y los partidos políticos⁵⁶. Desde luego, un alto número de autoridades independientes, o un amplio abanico de materias sobre las que estas desplegasen su acción harían justa esta crítica, dejando sin sentido las elecciones para elegir mandatarios políticos. Obviamente no es el caso de España y, además, toda la doctrina que se ha ocupado de estos entes ha destacado el hecho de que nunca son plenamente independientes: el gobierno influye en tema de nombramientos, presupuesto, etc. La gran cuestión, por tanto, en torno a las mismas, es cómo encajan en la dinámica actual mayorías-minorías. Teniendo en cuenta que la gran mayoría son creadas por el Parlamento, para un mejor encaje en la reconfiguración de la división de poderes que se viene exponiendo, los nombramientos de sus autoridades deberían realizarse mediante un reparto de cuotas entre los partidos o pudiendo la oposición influir o vetar de algún modo estos. En caso contrario, se corre el riesgo de que su autonomía respecto del gobierno de la mayoría dependa únicamente del carácter de las personas nombradas.

53 Vid., GARRORENA MORALES, A., *Escritos sobre la democracia. La democracia representativa y la crisis de la democracia representativa*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 201-205.

54 Vid., FERNÁNDEZ CAÑUETO, D., «Representación política y relación representativa en España: entre el debate tradicional y el actual» en TUDELA, J.; CASTELLÀ, J. M^a.; EXPÓSITO, E.; KÖLLING, M., *Libro blanco sobre la calidad democrática en España*, Marcial Pons, Madrid, p. 170.

55 Cfr., ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexibilidad y proximidad*, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 113 y ss.

56 Vid., SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Autoridades independientes. Un estudio comparado de los Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 379 y ss.

d) Fortalecimiento de la justicia constitucional: Pese a ser cuestionada desde sus inicios por autores como Edouard Lambert, Carl Schmitt, Ernst Forsthoff, y recientemente, de manera muy especial, por Jeremy Waldron, la justicia constitucional ha conseguido, durante la segunda mitad del siglo pasado, expandirse y aumentar sus competencias en la inmensa mayoría de Estados que pueden considerarse democráticos, con las únicas y notables excepciones de Gran Bretaña y Países Bajos. Es natural que así sea porque, si las agencias que se han tratado en el apartado anterior dotan al sistema de imparcialidad, la justicia constitucional aumenta la legitimidad por reflexividad del sistema político⁵⁷. Ello es así porque con su examen de constitucionalidad de las leyes multiplica los lugares de la deliberación. Las críticas a la justicia constitucional, con sus distintas formulaciones y matices, se reducen a una queja respecto de que los jueces puedan anular la acción del legislativo, que representa a la ciudadanía y adopta sus decisiones por mayoría; pero cuando se comprende que, como se ha dicho, hoy, la verdadera división de poderes se da entre mayorías y minorías, la «objección contramayoritaria»⁵⁸ pierde su sentido.

Desde esta perspectiva la justicia constitucional es el único instrumento con el que cuenta la oposición para impedir que la mayoría apruebe normas que vulneren la Constitución, suponiendo, por tanto, el único freno o contrapeso efectivo a un poder que, eventualmente, estuviese vulnerando el pacto constitucional. Instrumento sí, pero no —como han sostenido algunos autores— oposición en sí misma, pues los jueces constitucionales, que están perfectamente legitimados para ser más o menos activistas según las circunstancias⁵⁹, carecen, por el contrario, de legitimidad democrática alguna para, imponiendo su criterio sobre el legislador⁶⁰, obstruir por sí mismos las decisiones de la mayoría. Es distinto, por ejemplo, una «revolución judicial»⁶¹ en la que los jueces deciden acabar con la segregación en las aulas (el famoso caso *Brown v. Board Education*), de la postura adoptada por el Tribunal Supremo americano ante la legislación del «*New Deal*». En el primer caso se crea un derecho nuevo entendiendo que ello responde a una evolución de la sociedad, en el segundo se impide la creación del derecho por el legislativo dentro del marco de discreción política que la Constitución le otorga⁶².

57 Cfr., ROSANVALLON, P., óp. cit, p. 174 y ss.

58 BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986, p. 16.

59 Vid., BARAK, A., *The judge in a democracy*. Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, p. 270.

60 Vid., ALEXY, R., «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 40.

61 Vid., ACKERMAN, B., *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 20.

62 Cfr., FALLER, H. J., «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania», *Revista de estudios políticos*, n.º 7, pp. 56.57.

Un sector de la doctrina española ha venido tradicionalmente cuestionando la utilidad del recurso de inconstitucionalidad⁶³ sosteniendo que esta debería evolucionar a una jurisdicción centrada en la protección de derechos, siendo, pues, su principal función la interpretación de los derechos a través del control concreto de constitucionalidad⁶⁴. Dejando, incluso, al margen, el hecho de que parecen posturas desfasadas, que harían perder a la justicia constitucional toda relevancia práctica, toda vez que la tendencia actual en la interpretación de los derechos por parte de los jueces y tribunales ordinarios es a una interpretación supranacional de los mismos a través de mecanismos como el control de convencionalidad, la cuestión prejudicial y, eventualmente, (España no lo ha ratificado) a través de las opiniones consultivas previstas en el protocolo n.º 16 al CEDH. Lo cierto es que eliminar el control abstracto de constitucionalidad abriría la posibilidad, como ha sucedido en Italia⁶⁵, a la existencia de normas inconstitucionales y exentas de control dentro del ordenamiento jurídico. Es más, la correcta comprensión de la dialéctica mayoría-minoría en los términos expuestos en estas páginas implica la necesidad de crear recursos específicamente pensados para la oposición, lo que podría lograrse, al modo en que se hace en el art. 63 BVerfGG legitimando activamente a esta en el conflicto entre órganos constitucionales⁶⁶.

e) Establecimiento de mecanismos que sirvan para encauzar protestas y otras manifestaciones de oposición en general: Cuestión que no trata solamente de dogmática de derechos fundamentales, sino que es susceptible de ser abordada también desde la perspectiva mantenida en estas páginas. Evidentemente, la delimitación del derecho a la libertad de expresión o su ponderación con el derecho al honor forma parte de la teoría de los derechos, pero también es posible destacar, y es lo que interesa a los efectos que nos ocupan, que especialmente a los representantes políticos⁶⁷, pero también a los ciudadanos particulares hay que reconocerles un amplio margen de crítica, pues también estos están legitimados —sin perjuicio del empleo de medios legales y democráticos así como sin perjuicio de su sujeción a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE)— a oponerse a la acción del gobierno. Como bien ha indicado el TC: «el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sis-

63 Cfr., RUBIO LLORENTE, F., «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en RUBIO LLORENTE, F.; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 155-173.

64 Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., «Los retos al tribunal constitucional español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25-1, 2021, p. 22.

65 *Vid.*, SCC 406 de 1989.

66 *Vid.*, BVerfGE 90, 286, y MONTILLA MARTOS, J. A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002, p. 115.

67 *Vid.*, STEDH *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992.

tema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas»⁶⁸.

En concreto, sobre lo que aquí se está tratando ha indicado que «desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público». Sin embargo, establece una serie de límites, pues «esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación»⁶⁹. Aquí es donde el control ejercido por el Tribunal parece, a la luz de la jurisprudencia del TEDH⁷⁰, excesivo, siendo ya varias las ocasiones en las que el Tribunal europeo corrige la actuación de los jueces y tribunales españoles⁷¹. A pesar de ello, el Tribunal parece empecinado, como demuestra la STC 190/2020⁷², en fallar en contra de la doctrina del TEDH. Para que España se ajuste a los estándares europeos en esta materia parece conveniente, por tanto, una reforma de delitos como los de los artículos 490.3, 491 y 543 C.P.

V. La protección de las minorías políticas por parte de la UE

5.1. El principio democrático y de estado de Derecho en el Derecho de la UE

La importancia de lo expuesto en el epígrafe anterior radica en que las bases y principios enunciados y, especialmente, los que derivan del *checklist* de la Comisión de Venecia, pueden ser empleados por la Unión Europea

68 STC 235/2007, FJ 4.º.

69 STC 177/2015.

70 *Vid.*, STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, referida precisamente al caso citado supra.

71 Centrándonos solamente en aquellas en las que la condena a España vino el ejercicio de la libertad de expresión para ejercer una crítica política podemos citar la reciente *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021, *Jimenez Los Santos c. España*, de 14 de junio de 2016 o *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011. Pero en una sociedad democrática moderna, la tolerancia debe extenderse también, a otras instituciones del Estado, como la judicatura (STEDH *Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España* de 9 de marzo de 2021) o la policía (STEDH *Toranzo Gómez c. España* de 20 de noviembre de 2018). Todas estas resoluciones reflejan que España tiene, a este respecto, una asignatura pendiente.

72 *Vid.*, especialmente el voto particular de la Magistrada Encarnación Roca Trías.

para impulsar y fortalecer la democracia en los Estados miembros. Una adecuada interpretación de principios que ya están recogidos en los Tratados haría jugar a la Unión un importante papel en la protección de las minorías políticas.

Lo primero que debe recordarse es que, de acuerdo con el art. 2 TUE «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». Estos valores son, tal y como establece el mismo precepto a continuación, comunes a los Estados. Ningún Estado que no los respete puede ingresar en la Unión Europea (art. 49 TUE). Para concretar la adhesión a la Unión, se deben cumplir determinados criterios. Estos criterios, conocidos como los criterios de Copenhague, fueron establecidos por el Consejo Europeo de Copenhague en 1993 y, posteriormente, el Consejo Europeo de Madrid los reforzó en 1995. Con relación al tema abordado en estas páginas, interesa destacar los que se conocen como criterios políticos, es decir, la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías. Aquí es donde la lista de verificación de la Comisión de Venecia puede jugar un papel trascendental, especialmente en el informe que, sobre el cumplimiento de los criterios de Copenhague, debe realizar la Comisión⁷³. Interpretar la normativa europea a la luz de los documentos aprobados en el seno del Consejo de Europa tiene toda la lógica: se trata de compatibilizar los esfuerzos de ambas organizaciones —que, al fin y al cabo, confluyen en el desarrollo, en sentido amplio, de la integración en Europa— en la promoción de los derechos de las minorías y la democracia.

Sin duda alguna, las autoridades europeas están concienciadas de la importancia de la oposición en las democracias representativas. Así lo demuestra las innumerables Resoluciones del Parlamento condenando las violaciones de los derechos de la oposición en países como Rusia, Bielorrusia, Turquía, Azerbaiyán, Venezuela, Cuba, etc., y, también, los reglamentos y decisiones que contienen sanciones a países que violan estos derechos. Merece la pena destacar, sin embargo, la siguiente frase en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones sobre el refuerzo del Estado de Derecho. Propuesta de actuación*: «La evolución política en varios Estados miembros ha dado lugar a casos en los que principios tales como la separación de poderes, la cooperación leal entre instituciones y el respeto de la oposición o de la inde-

73 Sobre estos informes, y como incidían en la situación de las minorías nacionales, *vid.*, IBARRA, L. «Las políticas europeas de protección de las minorías», *Espiral, estudios sobre el Estado y la sociedad*, vol. XI, n.º 33, 2005, p. 58.

pendencia judicial parecen haber sido socavados, a veces como resultado de decisiones políticas deliberadas»⁷⁴.

En cuanto al diseño normativo, la regla de la mayoría cualificada que rige para la toma de decisiones del Consejo que recoge el art. 16.3 TUE e, inclusive, la minoría de bloqueo a la que se refiere el apartado siguiente del mismo precepto, pueden constituir, qué duda cabe, garantías para una minoría de Estados, que son los representados por esta institución. No obstante, huelga decir, los Estados actúan de acuerdo con la voluntad de la mayoría gobernante en los mismos, por esta razón, para evaluar el trato de las instituciones europeas a las minorías políticas en el seno de estas resulta necesario volver la mirada al órgano de representación de los ciudadanos: el Parlamento Europeo. Es en esta institución donde pueden estar representados los partidos minoritarios que han obtenido votos suficientes en los distintos Estados. Su peso en la política europea resultará ser muy residual, teniendo en cuenta la débil posición del Parlamento (reducido a ser un órgano colegislador de influencia mucho menor que el Consejo y la Comisión). Téngase en cuenta que el Parlamento carece de iniciativa legislativa⁷⁵ y puede controlar⁷⁶, y hasta presentar una moción de censura a la comisión⁷⁷, pero no así al Consejo y mucho menos al Consejo Europeo, lo que demuestra el peso que aún tienen los Estados en la Unión⁷⁸.

En el entramado institucional de la UE resulta imposible que se dé una auténtica dinámica gobierno-oposición por el tan manido déficit democrático. El entramado de la Unión busca la estabilidad mediante un equilibrio entre Estados, donde los ciudadanos e incluso partidos políticos ocupan un lugar secundario. Pese a estos aspectos negativos, es justo resaltar, también, que cabe la posibilidad de crear una comisión de investigación a instancias tan solo de un cuarto de los miembros de lo Cámara⁷⁹. Además, la práctica del sistema de elección de vicepresidentes y cuestores hace que tienda a reflejar el peso numérico de los grupos políticos y tiene en cuenta los resultados de la elección de Presidente. Ambos son aspectos que, como se vio

74 COM/2019/343 final.

75 El art. 225 TFUE únicamente establece que: «Por decisión de la mayoría de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Parlamento Europeo».

76 *Vid.*, art. 230 TFUE.

77 *Vid.*, art. 234 TFUE.

78 Sobre estas problemáticas, *vid.*, SIEBERSON, S. C., *Dividing Lines between the European Union and Its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon*. T.M.C Asser Press. Hague. 2008, pp. 164-165.

79 *Vid.*, art. 226 TFUE.

anteriormente, favorecerían, en un parlamento que ocupase un papel central en el entramado institucional, el desarrollo del papel de las minorías políticas.

5.2. Las sanciones contra regímenes que no respetan el ejercicio de la oposición política

Dado el peso que, como acaba de verse, los Estados tienen en el funcionamiento de la Unión, parece claro que el buen funcionamiento de la democracia y del Estado de Derecho en la Unión va a depender de cómo tengan lugar en los Estados miembros. La Unión Europea dispone de mecanismos para imponer sanciones a aquellos Estados miembros en los cuales se produzcan violaciones de los valores contenidos en el art. 2 TUE, y ya ha tenido la necesidad de ponerlos en marcha. Dichos mecanismos son, principalmente, tres: a) el mecanismo sancionador del art. 7 TUE; b) el reglamento⁸⁰ para proteger los fondos de la Unión de un mal uso por parte de los Estados; y, c) el procedimiento de infracción que la Comisión puede interponer ante el Tribunal de Justicia cuando un Estado incumpla las normas de la Unión Europea.

De ellos, el que ahora interesa destacar, y para poner fin a este trabajo, es el primero. Dicho mecanismo fue puesto en marcha por primera vez en 2018, cuando los eurodiputados decidieron pedir al Consejo que determinara si Hungría corría el riesgo de incumplir los valores fundacionales de la UE. El 15 de septiembre de 2022, el Parlamento dijo que la situación en Hungría se había deteriorado de tal manera que el país se había convertido en una «autocracia electoral», un sistema constitucional en el que se celebran elecciones, pero no se respetan las normas y los estándares democráticos. En

80 *Vid.*, Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, de 22 de diciembre de 2020. Este mecanismo fue avalado por el TJUE en los asuntos C-156/21 y C-157/21. El Parlamento ha mostrado varias veces su malestar por la inacción de la Comisión al respecto, hasta el punto de llegar a interponer un Recurso por Omisión ante el TJUE (*vid.*, Resoluciones del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión (2021/2935(RSP) y de 10 de marzo de 2022, sobre el Estado de Derecho y las consecuencias de las resoluciones del TJUE), pero el 18 de septiembre, la Comisión propuso suspender el pago de 7.500 millones de euros de fondos de la UE a Hungría por cuestiones de Estado de derecho para garantizar la protección del presupuesto comunitario y los intereses financieros de la UE. No obstante, esta medida está más enfocada a la protección del presupuesto, y resulta problemática, ya que el vínculo entre la erosión de los principios del Estado de Derecho y la violación de los intereses financieros de la UE no será demasiado directa (*vid.*, Mario KÖLLIG., «El nuevo mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE: ¿vía libre tras la sentencia?», en el Blog del Real Instituto Elcano, publicado en internet: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/el-nuevo-mecanismo-de-condicionalidad-para-la-proteccion-del-presupuesto-de-la-ue-via-libre-tras-la-sentencia/> [Recuperado el 7/10/2022].

esta Resolución⁸¹, las vulneraciones de los derechos de la oposición ocupan un papel importante. Así, se señala, en primer lugar, que algunas modificaciones en el sistema electoral (alteración de las circunscripciones y una ventaja para el vencedor) dejan en desventaja a los partidos de la oposición; que la Fundación Centroeuropea para la Prensa y los Medios de Comunicación (KESMA), que agrupa a 470 medios ha tenido consecuencias graves en cuanto a la reducción del espacio disponible para medios independientes y de la oposición y el acceso a la información por parte de los ciudadanos húngaros, dado, además, que los fondos destinados a los medios públicos y la KESMA se utilizan para difundir propaganda del Gobierno y desacreditar a la oposición y a organizaciones no gubernamentales; por último, que el desmantelamiento sistemático del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales ha limitado el espacio para los partidos de la oposición y las organizaciones de la sociedad civil, los sindicatos y las agrupaciones de intereses, sin dejar margen para el diálogo social y las consultas.

VI. Conclusiones

Actualmente, existe una clara tendencia en las democracias representativas de nuestro entorno a un autoritarismo de la mayoría. Esto es consecuencia de un debilitamiento de los pesos y contrapesos al ejercicio del poder, como consecuencia de no haber puesto correctamente el foco sobre los mismos. Porque, hoy en día, el poder no se encuentra limitado por la clásica división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, pues, el partido que gana las elecciones tiene presencia o influye en los nombramientos de todos ellos, sino en la dialéctica entre fuerzas políticas mayoritarias y de oposición.

La oposición se convierte en un elemento determinante de la democracia, sin que sirva la mera posibilidad de organizarse y expresarse libremente. Exista o no un estatuto constitucional expreso de la oposición, debe comprenderse su derecho y deber de crítica al gobierno como una función constitucional niveladora del ejercicio del poder en un régimen político determinado. Es decir, todo régimen democrático debe ofrecer, como mínimo, las siguientes garantías a la oposición política: un sistema electoral y de partidos que permita razonablemente una alternancia en el poder; debates parlamentarios públicos y transparentes donde los diputados de la oposición tengan la posibilidad de participar el tiempo suficiente y de acceder a la información necesaria; que los diputados gocen de inviolabilidad parlamentaria por las opiniones y votos manifestados en el ejercicio de sus funciones; que la composición de los órganos decisio-

81 *Vid.*, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2018/0902R(NLE)).

rios del Parlamento respondan a una lógica proporcional respecto del pleno y que los nombramientos de los órganos e instituciones importantes del Estado se haga por mayoría cualificada; que existan garantías judiciales que amparen a los diputados frente a perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su cargo. Lo ideal, sin embargo, dado que la oposición se encuentra siempre en una situación de inferioridad respecto del gobierno es el establecimiento de un estatuto constitucional de la oposición que sirva para igualar armas entre ambos, proporcionando a la oposición tiempo extra en los debates, financiación adicional o, al menos, garantizando el derecho a ser informada por el gobierno de hechos relevantes.

La función constitucional de la oposición obliga a revisar algunas categorías clasificatorias tradicionales. Hablar, especialmente, de una oposición no reconocida o proscrita, subversiva etc., puede tener cierto sentido político, pero no jurídico. En este trabajo se propone una clasificación de la oposición en: a) oposición parlamentaria y oposición general, distinguiendo, dentro de la parlamentaria, entre oposición estatutaria y no estatutaria; b) oposición ideológica y discrepante; c) oposición interna y externa.

Dada esta importancia, recientemente reconocida, de la oposición, para el desarrollo de la democracia y el estado de Derecho, tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa han aprobado normas y documentos para tratar de evitar un retroceso del estatus de la misma en los países que forman parte, en sentido amplio, de la integración europea. El Consejo de Europa ha aprobado una lista de verificación con unos estándares que deben garantizarse a la oposición de los Estados miembros de la organización; en la Unión Europea, por su parte, existen tres mecanismos por el que las instituciones europeas pueden actuar contra aquellos Estados donde no se respeta el derecho de oposición: a) el mecanismo sancionador del art. 7 TUE; b) el reglamento para proteger los fondos de la Unión de un mal uso por parte de los Estados; y, c) el procedimiento de infracción que la Comisión puede interponer ante el Tribunal de Justicia cuando un Estado incumpla las normas de la Unión Europea. El primer y segundo mecanismo han sido utilizados en el caso de Hungría, destacando la violación de ciertos derechos de la oposición. Además, la Unión ha adoptado múltiples resoluciones contra terceros países en los que existen conculcaciones de tales derechos. Todo ello a pesar de que, desde el punto de vista interno, dado el peso que los Estados tienen en el entramado institucional de la UE, no puede decirse que exista, en las instituciones europeas, garantías efectivas para las minorías políticas.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PRESUPUESTO ESENCIAL DE LA DEMOCRACIA, DESDE LA INTERPRETACIÓN DE LA SCJN (MÉXICO)

Mario Alberto González Gómez

*Doctor en Derecho Parlamentario por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México
Jefe del Departamento de Normatividad de la Dirección Jurídico-Consultiva del Instituto Electoral del Estado de México.
(México)*

mariogonzalez67@hotmail.com

I. Introducción

Política y comunicación, constituyen dos elementos estrechamente vinculados al quehacer humano, que en el ámbito de los procesos electorales se entrelazan al requerir la política un canal de comunicación en sus diversas áreas de desarrollo y en los diferentes ámbitos en que pretende vincularse, ya en los espacios cerrados de deliberación al seno de los propios partidos políticos, en los órganos parlamentarios en el ejercicio deliberativo; o en estructuras más amplias, en la difusión de su ideología al público general, ya sea en etapas no electorales o dentro de los procesos comiciales, en la difusión de candidatos y plataformas específicas; situaciones a las que se ha identificado como el espacio público de la política, concepto desarrollado bajo la premisa de que el espacio público representa un lugar de la vida social en el que se forma la opinión pública.

Este espacio no es restrictivo y se fortalece con aportaciones de los individuos cuando se interesan sobre cuestiones públicas, en consecuencia, los ciudadanos forman parte de ese aspecto público de la política cuando expresan y publican sus opiniones sobre temas de interés común. De esta forma, en el espacio público los ciudadanos tienen canales de comunicación tanto para conocer como para emitir opinión, lo que en nuestro contexto actual conocemos como libertad de expresión, en su doble vertiente, libertad para expresar ideas, así como para obtener información o recibir cualquier tipo de mensajes.

En estas condiciones, el presente trabajo, centrará su atención en el ejercicio de la libertad de expresión en los procesos que tiene como objetivo la renovación constitucional de los poderes públicos de elección popular, sin perder de vista que el de expresarnos e informarnos de manera libre, es un derecho que debemos estar en condiciones de ejercer, en todos los aspectos y momentos de nuestra vida. Destacando, que propiciar las garantías necesarias para su acceso, es obligación del Estado, y exigible a este, pues, como lo refiere nuestro respetado Doctor Javier Ruipérez Alamillo «... *los derechos y libertades de los ciudadanos tan sólo podrían ser efectivos cuando el ejercicio de los mismos hubiese sido regulado por la actividad normadora de los poderes constituidos del Estado*»¹.

II. Libertad de expresión

Si bien, la libertad de expresión, en su aspecto individual, es decir la facultad de expresarse libremente, y en el aspecto colectivo, el cual implica la posibilidad de buscar todo tipo de información, se desarrolla en la generalidad de los ámbitos de nuestra vida, trasciende y cobra mayor importancia cuando se ejerce en el terreno del debate público, y aunque su ejercicio en cualquier aspecto o actividad pública resulta de la mayor trascendencia, su vinculación con los procesos electorales, suele cobrar efectos de caja de resonancia, pues trae aparejado un momento relevante para la participación ciudadana, al encontrarse asociado con la posibilidad, tanto de expresar nuestra opinión respecto de las políticas públicas y de las personas responsables de ellas, como de la búsqueda y análisis de cualquier tipo de información, que nos permita conocer, razonar y decidir de manera informada y libre en el necesario involucramiento de todos los ciudadanos con las decisiones que trascienden a su comunidad.

La construcción de criterios por los órganos jurisdiccionales, atendiendo no solo al contexto nacional sino a las resoluciones emitidas en otros países, así como instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado márgenes cada vez más amplios respecto del ejercicio de la libertad de expresión, y la de cualquier idea u opinión, que como derechos fundamentales tutelan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente.

Los criterios jurisdiccionales, en que la interpretación más favorable es la hoja de ruta en la dimensión material del derecho a la libertad de expresión como presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales, propicia la reducción de los límites a la libertad de expresión, eliminando del precepto constitucional la prohibición de denigrar instituciones y parti-

1 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *De los Derechos Fundamentales Sociales y Su Eficacia Jurídica. Entre la Jurisdicción y la Voluntad Constitucional*, Editorial vLex, México, 2018, p. 150.

dos políticos, en el marco del debate público en general, y de los procesos electorales en particular, privilegiando la tolerancia y la crítica severa, como elementos determinantes en la formación de una ciudadanía informada y eventualmente libre para la toma de decisiones en el ámbito de las que trascienden al debate público.

Es precisamente el ámbito público, el terreno en que se emite la propaganda política de partidos políticos y candidatos, en el que los destinatarios de las expresiones son personas o figuras públicas, cuyo umbral a la tolerancia de la crítica debe ser mayor, y los márgenes a la libertad de expresión deben maximizarse.

Pues en materia electoral, particularmente, resulta indispensable realizar un ejercicio de ponderación para en su caso, determinar si es o no necesaria una restricción a la libertad de expresión y libertad de prensa, cuando ha existido colisión con el principio rector de equidad en los procesos electorales y otros como el derecho al honor e imagen de las personas presuntamente afectadas por expresiones o información presuntamente calumniosa, o bien, los derechos de las audiencias.

Sobre esta ponderación, cabe precisar que se debe verificar si existen elementos que privilegien el derecho de libre expresión por parte de los partidos políticos, candidatos y medios de comunicación a difundir sus ideas, y el interés público que tiene la sociedad para conocer los hechos y/o la opinión que se presenta por parte de éste.

Por esta razón, se pone especial atención al análisis tratándose de crítica a funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, en cuyo caso se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta solamente en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.

Por ello, en el marco de una sociedad democrática, es necesaria una prensa independiente y crítica como elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, lo que permite incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública, de modo que deben ser protegidas todo tipo de ideas y opiniones, tanto las que son recibidas favorablemente como las que puedan estimarse altamente agresivas.

El periodismo en una sociedad democrática representa una de las manifestaciones más importantes de la libertad de expresión e información, toda vez que las labores periodísticas y las actividades de la prensa son elementos fundamentales para el funcionamiento de las democracias.

Por ello, los tribunales constitucionales y particularmente los especializados en materia electoral, se encuentran obligados por los criterios comunitarios a realizar interpretaciones normativas que favorezcan la libertad en el ejercicio de la libertad de expresión.

Así las cosas, a partir de la implementación del actual modelo de comunicación política en la reforma constitucional y legal en materia política electoral en México, de 2007 y 2008, y su posterior ajuste con la reforma del año 2014; los márgenes al ejercicio de la libertad de expresión se han ampliado, pasando de un modelo restrictivo en sus primeros ejercicios de aplicación, en que la propaganda política y electoral era sujeta de múltiples correcciones cuando se emitían expresiones de crítica severa hacia los partidos políticos y las instituciones de gobierno o a candidatos y servidores públicos, lo cual en todo caso limitaba por un lado, el debate político, y por el otro, la posibilidad de la sociedad de conocer a profundidad tanto los elementos en que sustentaba la crítica emitida respecto de alguna figura pública, como la eventual reacción de quien era objeto de ella.

Esta forma de someter al análisis de las autoridades electorales el contenido de la propaganda electoral, fue mostrando sus limitaciones; pues es bien sabido que la propaganda política y electoral no se limita al aspecto propositivo, es decir a la exposición de propuestas y planes de gobierno o de agenda legislativa, sino por el contrario y en mayor medida, de la conocida como propaganda negativa, es decir, la que se basa en la crítica al adversario, la que busca en lugar de ganar adeptos, lograr que el contrincante los pierda.

Las campañas políticas y electorales sustentan en gran medida sus aspiraciones de triunfo, en la denostación y en la crítica a los contrincantes. Por lo que aun la prohibición conservada en el artículo 41 fracción III, apartado C, de la Constitución Federal Mexicana, para emplear expresiones que calumnien a las personas en la propaganda política o electoral, es actualmente difícil de sancionar por una eventual infracción prevista en alguna de las legislaciones secundarias, ya que la sola emisión de expresiones posiblemente calumniosas, por sí sola no es suficiente para limitar la libertad de expresión, ya que deben cubrirse los extremos precisados en los criterios jurisdiccionales, como son que las expresiones se emitan respecto de hechos concretos, de manera inequívoca e individualizada. Pues expresiones genéricas como «el candidato X es un ladrón», puede considerarse como una crítica y no como la imputación directa de un hecho concreto; e inclusive en los casos de imputaciones directas, si se emiten asociadas a una opinión, esta se entienda amparada por la libertad de expresión, como expondremos a continuación.

III. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el particular, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que las expresiones e informaciones referentes a los funcionarios públicos, a particulares involucrados voluntariamente en asuntos

públicos y a candidatos a ocupar cargos públicos, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación o de su honra frente a las demás personas, y correlativamente, deben tener un umbral mayor de tolerancia ante la crítica, pues existe un claro interés por parte de la sociedad en torno a que la función que tienen encomendada los servidores públicos sea desempeñada de forma adecuada.

En este tenor, en sus resoluciones, los órganos jurisdiccionales electorales, han adoptado el estándar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denominado como Sistema Dual de Protección, en virtud del cual, los límites a la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un mayor y riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección alguna². Siguiendo estos criterios, habrá transgresión a las leyes electorales que regulan el contenido de los mensajes de propaganda política o electoral, cuando apreciados en su contexto, signifiquen una acusación maliciosa o imputación falsa de un delito, siempre y cuando estas manifestaciones nada aporten al debate democrático ni puedan reputarse como meras opiniones.

A mayor precisión, en su Jurisprudencia 25/2007, la Corte sostuvo, que la libertad de expresión es el derecho fundamental que comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, pues la garantía de la libertad de expresión asegura el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho. Esto es, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden. Por lo tanto, en una democracia, ese derecho es un presupuesto necesario para formar la opinión pública, porque ésta surge con el diálogo e intercambio de opiniones informadas. Por esa razón, la libertad de expresión tiene una doble dimensión: la individual y la social.

De tal forma que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que la libertad de expresión tiene la finalidad de garantizar el libre desarrollo de una comunicación pública que propicie la libre circulación de las ideas y juicios de valor inherentes al principio de legitimidad democrática; de forma que las ideas alcanzan su grado máximo de protección constitucional cuando son difundidas públicamente y con ellas se persigue fomentar un debate

2 LANZA, E., *Relatoría Especial Para La Libertad De Expresión De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos*. Costa Rica: Comisión Interamericana De Derechos Humanos - Organización De Estados Americanos, 2019.

público abierto. Por ello, la propia Corte sostiene que el derecho fundamental contenido en el artículo 7 de la Constitución, en sentido literal se refiere a la industria editorial, tipográfica o a través de la impresión de documentos, no obstante, atendiendo al dinamismo de los medios de comunicación actuales, al desarrollo de las nuevas tecnologías, la difusión de la información y el acceso a ella, la libertad de imprenta debe entenderse en sentido amplio y con carácter funcional.

De manera particular, la Corte ha sido enfática en afirmar que los artículos 6 y 7 de la Constitución, armonizan los derechos fundamentales que tutelan, pues la libertad de imprenta es una modalidad de la libertad de expresión, cuyo objetivo es garantizar su difusión, con lo que se protege el derecho fundamental a difundir la libre expresión de las ideas de cualquier materia, donde además se previno la inviolabilidad de este derecho, es decir, que ninguna ley ni autoridad podrán establecer cesura previa, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta³.

Así las cosas, la libertad de expresión constituye una institución ligada de manera inseparable al pluralismo político, como valor esencial del Estado democrático. Esta dimensión de la libertad de expresión cumple diversas funciones, entre otras, mantiene abiertos los canales de comunicación para el disenso y el cambio político; por lo que constituye un contrapeso al ejercicio del poder, toda vez que la opinión pública representa el escrutinio ciudadano a la labor pública; y contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos, y a la consolidación de un electorado debidamente informado⁴.

Al respecto, cabe destacar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), emitido en la Opinión Consultiva OC-5/85, en el cual señala que la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se sostiene la existencia de una sociedad democrática, lo cual es imprescindible para la formación de la opinión pública; además, la misma Corte Interamericana, refiere que en el contexto de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión, en sus dos dimensiones, constituye un soporte fundamental para el debate durante los procesos electorales, ya que constituye una herramienta fundamental para la formación de la opinión pública de los electores. Condición que fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos políticos que confluyen a las elecciones, lo que se torna en un elemento de análisis de las diversas propuestas políticas de los contendientes, lo cual adicionalmente abona al conocimiento de las futuras autoridades⁵.

3 Tesis: 1.^a CCIX/2012 (10.^a) Libertad De Imprenta. Su Materialización En Sentido Amplio En Diversas Formas Visuales, Es Una Modalidad De La Libertad De Expresión Encaminada A Garantizar Su Difusión (Primera Sala SCJN septiembre de 2012).

4 Tesis 1.^a CDXIX/2014, Tesis 1.^a CDXIX/2014 Libertad De Expresión. Dimensión Política De Este Derecho Fundamental (Primera Sala SCJN Diciembre de 2014).

5 OC-5/85, O. C. (13 de Noviembre de 1985). Opinión Consultiva. Opinión Consultiva OC-5/85. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También señaló la CIDH, que el debate democrático entraña que deba permitirse la libre circulación de las ideas e información respecto de las diferentes opciones políticas, ya sea de los candidatos o de los partidos que los postulan, por parte de los medios de comunicación, de los propios actores políticos y de cualquier persona que desee expresar su opinión.

De esta forma, todos estamos en condición de preguntar e investigar respecto de la capacidad, probidad e idoneidad de los candidatos, así como cuestionar y confrontar sus propuestas, plataformas y opiniones, de manera que los electores estemos en condiciones de formar un criterio y emitir un voto razonado.

Directrices que en México el propio Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha adoptado, al pronunciarse sobre los márgenes de la libertad de expresión, y que en todo caso, las bases constitucionales de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 19 párrafos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tutelan el derecho fundamental a la libertad de expresión, y ha interpretado que en el ejercicio de la libertad de expresión, particularmente en el contexto del debate político en el que está inmersa la propaganda electoral, esa libertad de expresión debe maximizarse, al ser un instrumento esencial en la formación de la opinión pública, y propiciar las condiciones para una elección informada, libre y auténtica⁶.

En estas condiciones, consideramos que las expresiones que se emiten en el contexto de la propaganda política y electoral, se encuentran en una ruta claramente expansiva, que amplía los márgenes de la libertad de expresión, los de la libertad de prensa a ella asociada, de forma que los criterios de interpretación judicial, seguirán evolucionando al grado que aun cuando pueda acreditarse la emisión de expresiones calumniosas con los requisitos actualmente dispuestos en los propios criterios jurisdiccionales, en ese ejercicio de ponderación a que nos hemos referido, se seguirá privilegiando el ejercicio de la libertad de expresión, hasta llegar a que no exista limitación alguna en la propaganda política y electoral.

Ello con vías a propiciar el debate público, en la búsqueda de consolidar el interés social en los asuntos de trascendencia, como lo son el trabajo gubernamental, el desempeño de los servidores públicos, la idoneidad de candidatos, y en general cualquier asunto de relevancia; pues en ese ejercicio de ponderación ante la posible colisión de derechos, debe primar el de la sociedad en la ejercicio de su libertad de expresión, tanto para emitir opiniones,

6 Tesis XII/2009, Tesis XII/2009 Censura Previa. Existe Cuando La Autoridad Administrativa Sujeta, De Manera Anticipada, Las Expresiones Que Se Hacen En La Propaganda Política, A Una Restricción Distinta A Las Previstas En El Orden Constitucional Y Legal. (Sala Superior TEPJF 21 de Enero de 2009).

como para buscar y recibir cualquier tipo de información, aun la que pueda haberse emitido en demerito de la reputación de alguna figura pública.

Así las cosas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia emitida para resolver la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas, sostuvo que a partir de la citada reforma constitucional de 10 de febrero de 2014, al artículo 41, base III, apartado C, la disposición únicamente protege a las personas frente a la propaganda política o electoral que las calumnie, pero no a las instituciones o a los partidos políticos, de expresiones que consideren los pueden denigrar; pues al suprimirse esta prohibición del texto del citado precepto, nada justifica excluir de la propaganda política o electoral, las expresiones que denigren a los partidos políticos y a las instituciones; por lo que la limitación del discurso político que denigre a las instituciones, ya no es una restricción válida a la libertad de expresión⁷.

Preciso, además, que, en cualquier caso, esta medida no tiene espacio dentro del artículo 6 de la Constitución, que dispone como únicas limitantes a la libertad de expresión, los ataques a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, que se provoque algún delito, o se perturbe el orden público. Pues en todo caso, la propaganda política o electoral que denigre a las instituciones o los partidos políticos no ataca en sí misma a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, o provoca algún delito o perturba el orden público; pues para poder determinar cualquiera de estos supuestos, será necesario analizar los casos concretos de propaganda política o electoral que pueda tildarse infractora del precepto constitucional.

La Corte señaló, además, que, de restringirse la expresión de los partidos políticos, se limita el debate público, pues necesita que los partidos políticos elijan libremente la forma más efectiva para transmitir sus mensajes y cuestionar el gobierno existente, para lo cual pueden considerar necesario emplear expresiones que denigren a las instituciones.

En consonancia con el criterio de la Corte, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, asumió la misma conclusión, al determinar que la denigración no es motivo de infracción en materia electoral federal, toda vez que en el texto constitucional dejó de existir una finalidad imperiosa que justifique excluir de la propaganda política y electoral de los partidos políticos a las expresiones que denigren a las instituciones y a los propios institutos políticos, y por el contrario a partir de esa reforma 2014, debe interpretarse que la limitación del discurso político que denigre a los partidos y las instituciones, dejó de ser una restricción válida a libertad de expresión⁸.

7 Acción de Inconstitucionalidad 35/2014, 35/2014 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2 de Octubre de 2014).

8 SUP-REP-131/2015, SUP-REP-131/2015 (Sala Superior del TEPJF, 31 de marzo de 2015). Consultable en: https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0131-2015.pdf

No es nuestro propósito abundar en demasía respecto de las figuras o términos asociados a la libertad de expresión que los criterios emitidos por las autoridades jurisdiccionales electorales han desarrollado, como los relativos a la sátira política o la cobertura noticiosa; sin embargo, estimamos pertinente referirnos de forma breve a las expresiones «figura pública» y «protección al periodismo», ya que han sido parte del debate central en la discusión de los márgenes o limitaciones a la libertad de expresión.

IV. Figura pública y protección al periodista

En párrafos previos, nos hemos referido ya a los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que se ha denominado «Sistema Dual de Protección», por virtud del cual, los límites a la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática están expuestas a un riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección alguna.

En este sentido, la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado, que las expresiones e información relativa a los funcionarios públicos, a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos y a candidatos a ocupar cargos públicos, en función de la naturaleza pública de las actividades que desarrollan, están sujetos a tipo diferente de protección de su reputación y su honra frente a las demás personas, y en correspondencia deben tener un umbral de tolerancia mayor ante la crítica. Por ello, la sola crítica a la postura o línea editorial de un medio de comunicación en el ejercicio de su actividad no debe confundirse como un atentado a su honor⁹.

Este trato diferenciado para las personas públicas o figuras públicas, responde al legítimo interés que el público en general tiene respecto de quienes ocupan un cargo público o desempeñan una función de esa naturaleza, pues no solo los candidatos a cargos de elección popular están sujetos a ese escrutinio, sino quienes de manera voluntaria se colocan en esa condición, como quienes pretenden ocupar un puesto público sujeto a concurso, pues es común que su currícula se ponga en conocimiento de la ciudadanía en general para que pueda valorar el perfil e idoneidad de quienes aspiran a desempeñar un puesto público, y eventualmente calificar su desempeño, en el ánimo de contribuir al debate y la formación de una opinión pública informada¹⁰.

9 Tesis Aislada 1.ª CLII/2014 (10.ª), Tesis Aislada 1.ª CLII/2014 (10.ª) (Primera Sala SCJN 11 De abril De 2014).

10 Tesis 1.ª CCXXIV/2013 (10.ª), Tesis 1.ª CCXXIV/2013 (10.ª) (Primera Sala SCJN julio de 2013).

En este tenor, los medios de comunicación son también considerados figura pública, en tanto que si la prensa goza de la mayor libertad y del más amplio grado de protección para criticar personajes con proyección pública, es necesario concluir que la crítica a su labor también debe gozar de la mayor libertad y más amplio grado de protección; pues en criterio de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, una prensa independiente y crítica es un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto¹¹.

Es decir, el ejercicio periodístico sólo puede efectuarse libremente cuando las personas que lo realizan no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento; y, en materia de interpretación normativa electoral, debe establecerse un principio general de ponderación normativa de máxima protección a la labor periodística responsable con lo que se cumple a cabalidad el mandato constitucional pro persona en favor de los profesionales de la comunicación, pero también de la sociedad en su conjunto, y se establecen las condiciones fundamentales del dialogo político electoral plural, abierto, efectivo y concluyente.

Los informes y relatorías especiales para la libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos y la Organización de las Naciones Unidas señalan que el periodismo debe considerarse una actividad y una profesión que constituye un servicio necesario para cualquier sociedad ya que proporciona a cada uno y a la sociedad en su conjunto la información necesaria para formarse sus propias ideas y opiniones y sacar libremente sus propias conclusiones.

Sostiene además la Sala Superior, que los medios de comunicación social se cuentan entre los forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales y es indispensable que tengan aseguradas las condiciones para incorporar y difundir las más diversas informaciones y opiniones¹².

Conforme al criterio de la Suprema Corte, el orden constitucional mexicano promueve la comunicación libre y socialmente trascendente, pues el intercambio de información y opiniones entre los distintos comunicadores contribuirá a la formación de la voluntad social y estatal, de modo que es posible afirmar que el despliegue comunicativo es constitutivo de los procesos sociales y políticos¹³.

11 SUP-RAP-593/2017, SUP-RAP-593/2017 (Sala Superior TEPJF 5 de Octubre de 2017).

12 Tesis: 1.ª CCXVI/2009, Tesis: 1.ª CCXVI/2009 Libertades De Expresión E Información. Los Medios De Comunicación De Masas Juegan Un Papel Esencial En El Despliegue De Su Función Colectiva (Primera Sala SCJN Diciembre de 2009).

13 Tesis: 1.ª XXVII/2011 (10.ª), Tesis: 1.ª XXVII/2011 (10.ª) Medios De Comunicación. Su Relevancia Dentro Del Orden Constitucional Mexicano (Primera Sala SCJN Enero de 2012).

Esto da certeza del carácter funcional que para la vida democrática nacional representan las libertades de expresión e información, de forma tal que la libertad de comunicación adquiere un valor en sí misma o se convierte en un valor autónomo, sin depender esencialmente de su contenido; pues, la prensa juega un rol esencial en una sociedad democrática debido a que su tarea es la difusión de información e ideas sobre asuntos políticos y sobre otras materias de interés general.

En esta misma ruta, la Suprema Corte ha señalado que la proyección pública se adquiere debido a que la persona de que se trate, su actividad, o el suceso con el cual se le vincula, tenga trascendencia para la comunidad en general, esto es, que pueda justificarse razonablemente el interés que tiene la comunidad en el conocimiento y difusión de la información. En esa medida, las personas con proyección pública deben admitir una disminución en la protección a su vida privada, siempre y cuando la información difundida tenga alguna vinculación con la circunstancia que les da proyección pública, o ellos la hayan voluntariamente difundido. Si la información difundida no versa sobre la actividad desarrollada por la persona en sus negocios o en sus actividades profesionales, ni tiene vinculación alguna con dichos aspectos, no es posible justificar un interés público en la misma¹⁴.

Finalmente, reitera la Corte, que cualquier restricción a la libertad de expresión constituye una interferencia a ese derecho, razón por la cual su constitucionalidad dependerá de que esté prevista en la ley y que sea necesaria en una sociedad democrática.

V. Consideraciones finales

La libertad de expresión es piedra angular de la democracia. Dentro del género de la libertad de expresión, se encuentra la libertad de prensa, establecida en el artículo 7 de la Constitución, que dispone esencialmente que es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio.

Por lo que, ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución, es decir, que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

Junto a estas disposiciones, encontramos el derecho a la información. En el mismo artículo 6 Constitucional, se dispone que toda persona tiene dere-

14 Tesis 1.ª XLVI/2014, Tesis 1.ª XLVI/2014, Libertad De Expresión Y Derecho A La Información. La Información Difundida Debe Estar Vinculada Con La Circunstancia Que La Da A Una Persona Proyección Pública, Para Poder Ser Considerada Como Tal (Primera Sala SCJN Febrero de 2014).

cho al libre acceso a la información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

Los artículos 19, párrafos 2 y 3, del Pacto Internacional; y 13 de la Convención Americana, reconocen el derecho fundamental a la libertad de expresión; y se ha interpretado que el ejercicio de esa libertad, en el contexto del debate político, en el que se inserta la propaganda electoral, se maximiza. Asimismo, reconocen el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, así como el deber del Estado de garantizarla.

Conforme a la propia Convención, este ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En este contexto, hemos verificado a lo largo del presente texto, que la única restricción válida a la libertad de expresión en nuestro contexto político electoral mexicano, y específicamente en la propaganda política o electoral que emiten los partidos políticos y candidatos, es la prohibición para emitir expresiones que calumnien a las personas; en cuyo caso, la eventual expresión sujeta a escrutinio, deberá cumplir con los parámetros establecidos por las autoridades jurisdiccionales, es decir, que se trate de hechos falsos, o sabiendas de su falsedad, que incidan en el proceso electoral, y que se trate de expresiones firmes, categóricas, sobre hechos específicos y concretos.

Ya que, cualquier otra posible interpretación a las expresiones pretendidamente calumniosas, será considerada como emitida al amparo de la libertad de expresión; recordemos que cuando estas expresiones son opiniones asociadas a hechos, se entenderán precisamente como emitidas en ejercicio del derecho a opinar, o cuando sean emitidas de forma genérica, sin apoyo suficiente en elementos fácticos, se entenderán como una crítica.

Pues es precisamente el ámbito público, el terreno en que se emite la propaganda política de partidos políticos y candidatos, en el que los destinatarios de las expresiones son personas o figuras públicas, cuyo umbral a la tolerancia de la crítica debe ser mayor, y los márgenes a la libertad de expresión deben maximizarse.

En consecuencia, coincidimos plenamente en que una prensa independiente y crítica es un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el debate en temas de interés público debe ser desinhibido y abierto, donde se pueden incluir ataques enérgicos y mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas con desagrado por sus destinatarios y la opinión pública, de modo que deben ser protegidas todo tipo de ideas y opiniones, aun las que puedan parecer agresivas.

El periodismo en una sociedad democrática representa una de las manifestaciones más importantes de la libertad de expresión e información, toda vez que las labores periodísticas y las actividades de la prensa son elementos fundamentales para el funcionamiento de las democracias.

En estas condiciones, consideramos que las expresiones que se emiten en el contexto de la propaganda política y electoral, se encuentran en una ruta claramente expansiva, que amplía los márgenes de la libertad de expresión, los de la libertad de prensa a ella asociada, de forma que los criterios de interpretación judicial, seguirán evolucionando al grado que aun cuando pueda acreditarse la emisión de expresiones calumniosas con los requisitos actualmente dispuestos en los propios criterios jurisdiccionales, en ese ejercicio de ponderación a que nos hemos referido, se seguirá privilegiando el ejercicio de la libertad de expresión, hasta llegar a la situación en que no exista limitación alguna en la propaganda política y electoral.

Ello con vías a propiciar el debate público, en la búsqueda de consolidar el interés social en los asuntos de trascendencia, como lo son el trabajo gubernamental, el desempeño de los servidores públicos, la idoneidad de candidatos, y en general cualquier asunto de interés o relevancia; pues en ese ejercicio de ponderación ante la posible colisión de derechos, deberá primar el de la sociedad en ejercicio de su libertad de expresión, tanto para decir lo que se quiera, como para buscar y recibir todo tipo de información.

Consideramos que, en todo caso, ante la eventual vulneración de la honra de alguna figura pública, el camino que debe tener expedito es el del derecho de réplica¹⁵, que sería por sí solo motivo de otro análisis, pues de esta forma, estará en posibilidad de afrontar cualquier acusación sobre hechos falsos o ciertos, aportando elementos que propicien o abonen al debate público, que como hemos reiteradamente señalado, es uno de los soportes de nuestra búsqueda democracia.

Pues la formación de conciencia y opinión crítica tiene mucho que ver con la posibilidad de verificar el comportamiento, reacción o atención de la problemática motivo de descalificación de una persona o institución. Cuando escuchamos sobre el incumplimiento de determinada acción gubernamental o la falta de atención de alguna responsabilidad de un servidor público, lo idóneo es verificar si la imputación está dotada de veracidad, o si al tratarse de imputaciones falsas, escuchar la versión o reacción del señalado; pues de esta forma el debate se enriquece y permite a la opinión pública enterarse del actuar de sus representantes o de quienes aspiran a serlo.

Finalmente, sostenemos que las limitaciones a la libertad de expresión, previstas en el texto constitucional, si bien, constituyen un parámetro de garantía en la conservación de otros bienes jurídicos como la honra y repu-

15 Ley Reglamentaria del Artículo 6o., Párrafo Primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia del Derecho de Réplica.

tación de personas e instituciones, sin embargo, ante la eventual colisión de derechos, la ponderación debe primar por el que mejor contribuya a la consolidación del debate público como soporte de nuestra democracia.

VI. Fuentes consultadas

AGISS BITAR, F., «El modelo de comunicación política en materia electoral a prueba», en COELLO GARCÉS, C.; DE LA MATA PIZAÑA, F.; VILLAFUERTE COELLO, G. (Coords.), *Modelo de comunicación política a debate. La libertad de expresión en materia electoral*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

MÉNDIZ NOGUERO, A., «Diferencias conceptuales entre publicidad y propaganda: una aproximación etimológica», en *Cuestiones publicitarias*, vol. 1, n.º 12, 2008.

ASTUDILLO REYES, C., «El nuevo sistema de comunicación política en la Reforma Electoral de 2007», en CÓRDOVA VIANELLO, L.; SALAZAR UGARTE, P., *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2008.

CASALUENGO MENDEZ, R., *Procedimiento Especial Sancionador. Nota académica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2014.

COELLO GARCÉS, C., «El Procedimiento Especial Sancionador en la justicia electoral. Balance y perspectivas», en COELLO GARCÉS, C.; DE LA MATA PIZAÑA, F.; VILLAFUERTE COELLO, G. (Coords.), *Modelo de comunicación política a debate. La libertad de expresión en materia electoral*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

CÓRDOVA VIANELLO, L., «Las razones y el sentido de la Reforma Electoral de 2007 – 2008», en CÓRDOVA VIANELLO, L.; SALAZAR UGARTE, P., *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2008.

DE LA MATA PIZAÑA, F., «La protección al periodismo dentro del Procedimiento Especial Sancionador Electoral», en COELLO GARCÉS, C.; DE LA MATA PIZAÑA, F.; VILLAFUERTE COELLO, G. (Coords.), *Modelo de comunicación política a debate. La libertad de expresión en materia electoral*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

ESQUIVEL ALONSO, Y., *Libertad de expresión política y propaganda negativa*, Tirant Lo Blanch, México, 2018.

GONZÁLEZ OROPEZA, M., «Libertad de expresión y calumnia en materia electoral: El ejercicio de un derecho humano en el contexto del debate po-

lítico», en COELLO GARCÉS, C.; DE LA MATA PIZANA, F.; VILLAFUERTE COELLO, G. (Coords.), *Modelo de comunicación política a debate. La libertad de expresión en materia electoral*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

ZAMORA JIMÉNEZ, A., «Libertad De Expresión y Calumnia En Materia Electoral», en COELLO GARCÉS, C.; DE LA MATA PIZANA, F.; VILLAFUERTE COELLO, G. (Coords.), *Modelo de comunicación política a debate. La libertad de expresión en materia electoral*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

LANZA, E., Relatoría Especial Para La Libertad De Expresión De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Costa Rica: Comisión Interamericana De Derechos Humanos - Organización De Estados Americanos, 2019.

LARA, L. F., *Diccionario del español usual en México*, El Colegio de México-Centro De Estudios Lingüísticos Y Literarios, México, 2019.

REY MARTÍNEZ, F., «Calumnias Electorales: Comentario De La Reciente Jurisprudencia En México», en COELLO GARCÉS, C.; DE LA MATA PIZANA, F.; VILLAFUERTE COELLO, G. (Coords.), *Modelo de comunicación política a debate. La libertad de expresión en materia electoral*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *De los Derechos Fundamentales Sociales y Su Eficacia Jurídica. Entre la Jurisdicción y la Voluntad Constitucional*, Editorial vLex, México, 2018.

Jurisprudencia y casos judiciales:

- Acción de Inconstitucionalidad, 64/2015 y Acumulados, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5418705&fecha=04/12/2015 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 15 de octubre de 2015).
- Acción de Inconstitucionalidad 35/2014, 35/2014 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2 de Octubre de 2014).
- Jurisprudencia 11/2008, <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesis-jur.aspx?idtesis=11/2008&tpoBusqueda=S&sWord=Jurisprudencia,11/2008> (Sala Superior TEPJF 18 de septiembre de 2008).
- Jurisprudencia, Concepto de, Tesis IX. 1.º.71 K. Tipo: Tesis Aislada (Tribunales Colegiados de Circuito, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=183029&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0> (Octubre de 2003).
- Jurisprudencia 46/2016. Promocionales Protegidos Por La Libertad De Expresión. Críticas Severas Y Vehementes Al Manejo De Recursos Públicos, (Sala Regional Especializada Del Tribunal Electoral Del Poder Judicial De La Federación 2016).

- SUP-RAP-066/2014 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2014).
- SUP-RAP-066/2014, Sentencia (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2014).
- SUP-RAP-121/2014, SUP-RAP-121/2014 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2014).
- SUP-RAP-593/2017, SUP-RAP-593/2017 (Sala Superior TEPJF 5 de Octubre de 2017).
- SUP-REP-131/2015, SUP-REP-131/2015 (Sala Superior del TEPJF, 31 de marzo de 2015).
- https://www.te.gob.mx/Informacion_judiciccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0131-2015.pdf
- Tesis 1.ª CCXXIV/2013 (10.ª), Tesis 1.ª CCXXIV/2013 (10.ª) (Primera Sala SCJN julio de 2013).
- Tesis 1.ª CDXIX/2014, Tesis 1.ª CDXIX/2014 Libertad De Expresión. Dimensión Política De Este Derecho Fundamental (Primera Sala SCJN Diciembre de 2014).
- Tesis 1.ª XLVI/2014, Tesis 1.ª XLVI/2014, Libertad De Expresión Y Derecho A La Información. La Información Difundida Debe Estar Vinculada Con La Circunstancia Que La Da A Una Persona Proyección Pública, Para Poder Ser Considerada Como Tal (Primera Sala SCJN Febrero de 2014).
- Tesis Aislada 1.ª CLII/2014 (10.ª), Tesis Aislada 1.ª CLII/2014 (10.ª) (Primera Sala SCJN 11 De Abril De 2014).
- Tesis XII/2009, Tesis XII/2009 Censura Previa. Existe Cuando La Autoridad Administrativa Sujeta, De Manera Anticipada, Las Expresiones Que Se Hacen En La Propaganda Política, A Una Restricción Distinta A Las Previstas En El Orden Constitucional Y Legal. (Sala Superior TEPJF 21 de Enero de 2009).
- Tesis: 1.ª CCIX/2012 (10.ª), Tesis: 1.ª CCIX/2012 (10.ª) Libertad De Imprenta. Su Materialización En Sentido Amplio En Diversas Formas Visuales, Es Una Modalidad De La Libertad De Expresión Encaminada A Garantizar Su Difusión (Primera Sala SCJN Septiembre de 2012).
- Tesis: 1.ª CCXVI/2009, Tesis: 1.ª CCXVI/2009 Libertades De Expresión E Información. Los Medios De Comunicación De Masas Juegan Un Papel Esencial En El Despliegue De Su Función Colectiva (Primera Sala SCJN Diciembre de 2009).
- Tesis: 1.ª XXVII/2011 (10.ª), Tesis: 1.ª XXVII/2011 (10.ª) Medios De Comunicación. Su Relevancia Dentro Del Orden Constitucional Mexicano (Primera Sala SCJN Enero de 2012).

UNA NOTA EN RELACIÓN CON EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Abraham Barrero Ortega

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla

(España)

abraham@us.es

1. En las pocas páginas que siguen, y en el contexto del merecido homenaje al profesor Javier Ruipérez Alamillo, quisiera aproximarme desde una perspectiva general o total al régimen jurídico-constitucional de la objeción de conciencia o, mejor dicho, de las objeciones de conciencia, ya que mi reflexión no se ceñirá al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar que reconoce como derecho fundamental el artículo 30.2 de la Constitución española de 1978 (en adelante CE).

Habría de admitirse, como punto de partida, que, tras más de cuarenta años de régimen constitucional, el derecho a la objeción de conciencia dista mucho de ser pacífico. Convendría, pues, perfilar y aclarar algunos aspectos en relación a su naturaleza o estatus constitucional. La misma jurisprudencia constitucional española recaída hasta la fecha, desde la mítica STC 15/1982 hasta la más reciente 145/2015, ha sido tildada de «zigzagueante» y hasta «contradictoria»¹.

2. La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948), genéricamente considerada, encierra al menos dos posibilidades o aspectos distintos. Existe, en primer lugar, la libertad de creencias, por la que la persona presta o rechaza su asentimiento íntimo a un sistema de verdades de fundamentación religiosa o irreligiosa, de base empírica o dogmática. Puesto que la garantía que presta el Derecho es fundamentalmente externa, toda persona tiene derecho a manifestar libremente las creencias que profesa y, por consiguiente, no puede ser obligado a manifestar lo que no profesa ni puede ser obligado a ocultar o abnegar de las que profesa.

1 GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2016, p. 129 y ss.

Se da, en segundo lugar, la libertad de conciencia, entendiendo por tal los criterios valorativos de las acciones humanas desde el punto de vista ético y moral. Ampara la conciencia moral, el conocimiento de los propios actos en su rectitud o moralidad. Y alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones.

La libertad de pensamiento, conciencia y religión, como se observa, comprende varias facetas diferentes, aunque ligadas entre sí: libertad para creer y no creer, para tener unas u otras creencias; libertad para expresar y manifestar esas creencias y para hacer partícipes de ellas a otros; y, sobre todo, libertad para comportarse de acuerdo con esas creencias, sin ser discriminado ni obligado en contra.

En palabras del Tribunal Constitucional, la libertad de pensamiento garantiza «la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual (...) vinculado a la propia personalidad y dignidad individual». Pero junto a esta dimensión interna, «la libertad religiosa, al igual que la ideológica del mismo artículo 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros» (SSTC 19/1985, 120/1990 y 137/1990).

Por otro lado, la libertad de pensamiento, conciencia y religión vendría a configurar la posición jurídica en la que queda situado el individuo en su relación con el poder público respecto de esa determinada manifestación de su pensamiento que es la conciencia y la religión. Posición que vendrá delimitada por un doble comportamiento negativo de los poderes públicos, de modo que no interfieran en el proceso de formación de las íntimas convicciones del individuo ni obstaculicen o sancionen determinadas acciones que sean manifestación de su ideología o religión. Así, la dimensión objetiva o institucional de la libertad de pensamiento, conciencia y religión se cifra en la neutralidad o laicidad del Estado. Un principio del que deriva, en primer lugar, la renuncia radical por el Estado a toda acción de adoctrinamiento ideológico o religioso y, en segundo lugar, la imposibilidad para el ordenamiento de cualquier valoración positiva o negativa de las plurales expresiones ideológicas o religiosas de la sociedad. El Estado es radicalmente incompetente en materia de conciencia y religión, en el sentido de que carece de competencia para elaborar, mantener o imponer un pensamiento estatal oficial sobre ideología o religión. De ahí que quepa considerar a la libertad de pensamiento, conciencia y religión como una libertad esencialmente negativa².

La neutralidad del Estado, derivada de la libertad de pensamiento individual, se impone como una consecuencia del pluralismo que caracteriza al panorama social, ideológico y religioso de nuestra época. Se sitúa en las anti-

2 BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006, pp. 264-267.

podas de los modelos de relación propios de los sistemas confesionales en los que, con mayor o menor intensidad, las líneas de interferencia recíproca entre Estado y religión son intensas.

3. La objeción de conciencia suele definirse como una manifestación del reconocimiento de esta genérica libertad de pensamiento, conciencia y religión. Para catalogar determinada actitud como objetora deben concurrir una serie de condiciones entre las que pueden destacarse: la existencia de una norma que acarrea prestaciones o actos de carácter personal, la concurrencia de una actitud ética del que lleva a cabo la objeción, la no utilización de métodos violentos para reivindicar las posiciones, la no pretensión de sustituir o cambiar las normas frente a las que se objeta —ya que se desea sólo la excepción en el caso concreto sustituyendo, en su caso, el deber rehusado por una prestación sustitutoria— y, por último, la imposibilidad de que una pretendida objeción pueda perjudicar a terceros o violar cualquier tipo de derecho fundamental o bien o valor de relevancia constitucional.

La objeción de conciencia comparte un gran número de caracteres con la desobediencia civil, pero de ella le separan ciertos rasgos como son la privacidad, la legalidad y la pasividad de la primera, frente a la publicidad, ilegalidad y rebeldía de la segunda³. El ámbito que habitualmente es materia de objeción es el de la prestación del servicio militar. En todo caso, dependiendo del ordenamiento jurídico específico, se admiten más o menos posibilidades para anteponer la especificidad que provoca una cuestión de conciencia frente al principio de generalidad de las normas.

4. Sabido es que, a día de hoy, dos son las grandes posiciones doctrinales vertidas en relación al estatuto constitucional de la objeción de conciencia. Por un lado, la de quienes conciben el derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental que se infiere de las libertades ideológica y religiosa (art. 16.1 CE). Las libertades ideológica y religiosa garantizan no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse con arreglo a las propias creencias. No es necesaria la *interpositio legislatoris* para que el derecho fundamental pueda ejercerse. La objeción de conciencia tiene eficacia directa. Con todo, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros derechos, bienes y valores constitucionalmente protegidos. En principio, será el legislador el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve a cabo, a falta de regulación legal, el órgano judicial competente⁴.

Por otro lado, están quienes definen la objeción de conciencia como una manifestación concreta y legitimada de las libertades ideológica y religiosa.

3 GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, op. cit., pp. 61 y ss.

4 OLLERO TASSARA, A., *España, ¿un estado laico?: la libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005 pp., 176-179.

Del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa no se sigue un derecho general a la objeción de conciencia. La invocación de la libertad ideológica o religiosa no puede servir sin más para incumplir un mandato normativo que se estima contrario a la propia conciencia. La idea, en sí misma, resulta contradictoria con los postulados básicos del Estado de Derecho: la voluntad general, la ley, está por encima de la opción individual. Otra cosa es que el legislador detecte algún supuesto, especialmente relevante y serio, entre conciencia y ley y lo legitime. Ello redundaría en una protección más real y efectiva de las libertades ideológica y religiosa. La objeción de conciencia se erige así en una «técnica de protección» de las libertades ideológica o religiosa cuyo fundamento constitucional residiría en los artículos 9.3 y 16.3 CE. No es admisible la objeción de conciencia *contra legem*; sí la *secundum legem*. Como quiera que sea, el legislador democrático tiene, en materia de objeción de conciencia, un amplio margen de apreciación. La apreciación de la mayor o menor conveniencia para legitimar una pretensión de dispensa corresponde al legislador de acuerdo con criterios de oportunidad dentro del margen de actuación, amplio, que le concede la Constitución⁵.

Adviértase, en tal sentido, que el artículo 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) - proclamada por primera vez por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza-, a diferencia del 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 1950, reconoce explícitamente el derecho a la objeción de conciencia si bien —y el matiz es concluyente— «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». La apreciación de la mayor o menor conveniencia para legitimar una pretensión de dispensa corresponde al legislador nacional de acuerdo con los criterios de oportunidad y el amplio marco constitucional antes citados. La Unión no tiene competencias para amparar una pretensión de dispensa; no es un tema que compete al Derecho comunitario.

Con esta remisión a la ley nacional, la Carta admite, en último análisis, que la objeción es una figura jurídica que desencadena súbitas tormentas de trasfondo político e ideológico. No suele darse a nivel europeo un consenso social y político suficiente en relación al fenómeno de la conciencia disidente, lo que hace aconsejable respetar el margen de apreciación del legislador de cada Estado y momento. El legislador nacional puede hacer un esfuerzo flexibilizador y buscar soluciones normativas menos lesivas para la conciencia disidente⁶.

5 BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, op. cit., pp. 410-418.

6 BARRERO ORTEGA, A., «Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», en LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 286-289.

La opción a favor del legislador nacional evita, además, un activismo del Tribunal de Justicia de la Unión imprevisible sobre cuestiones tan polémicas, ya que la aceptación de la objeción de conciencia requerirá la necesaria formalización, legalización, de su ejercicio. No bastará una simple proclamación de la dispensa que no vaya acompañada de una clara delimitación de su puesta en práctica por el legislador nacional, esto es, de la regulación de un procedimiento adecuado para la comprobación de la seriedad de las creencias que motivan la objeción, así como de la adopción de medidas proporcionadas en orden a garantizar los intereses de terceros que pudieran verse afectados. La siempre posible ponderación judicial queda así enmarcada en esa ley nacional.

Sin ley de desarrollo nacional (*interpositio legislatoris* nacional), no cabe amparar pretensiones de dispensa. Sin regulación nacional, los operadores jurídicos en general y los jueces y tribunales en concreto han de dar cumplimiento a los deberes jurídicos, sin que proceda ponderar entre un inexistente derecho a la objeción y esos deberes. Si no hay cobertura legal, prevalecerá siempre la imperatividad de la norma.

Y ello sin excluir que la objeción, la pretensión de dispensa, aun desarrollada legalmente, pueda ceder *ad casum* frente a otros derechos, bienes o valores del Derecho de la Unión, siempre de conformidad con el principio de proporcionalidad. La regulación nacional de un supuesto concreto de objeción no impide su ponderación con otros intereses de relevancia comunitaria. En unos supuestos, prevalecerá la objeción; en otros, esos otros intereses jurídicos. No es admisible la primacía incondicionada de la objeción, por muy legitimada que esté. No cabe afirmar que la remisión normativa que efectúa el artículo 10 de la Carta a favor del legislador nacional haya sido concedida sin limitación alguna o en blanco y concluir por ello con una negativa a sopesar el contenido de la objeción de conciencia prevista en la ley nacional con otros bienes o valores comunitarios. En suma, se impone siempre una cuidadosa ponderación que atienda a las circunstancias objetivas de cada caso.

5. En rigor, cabría apreciar una tercera posición intermedia o, por así decir, conciliadora. Si bien no hay un derecho general a la objeción de conciencia deducible de las libertades ideológica y religiosa, la jurisdicción constitucional puede determinar en qué condiciones la oposición a un deber legal motivada por un serio e insuperable conflicto de conciencia constituye una convicción o creencia de suficiente solidez, seriedad e importancia como para atraer las garantías del artículo 16 CE. Obviamente, esta facultad es *excepcional*: compete a la jurisdicción constitucional y no a la jurisdicción ordinaria y suele estar ligada al antimilitarismo y a concepciones especiales sobre el derecho a la vida. La cobertura inicialmente pensada para la objeción al servicio militar y al aborto se amplía a otros conflictos entre conciencia y ley. En el viejo tronco nacen nuevas ramas. Se opera una especie de *big bang* jurídico en el que el inicio fue una singularidad (la negativa al servicio militar y al aborto) de la que deriva una verdadera explosión jurídica. En último término,

es el TC quien gestiona, sin necesidad de desarrollo legal, esa ampliación o prolongación del contenido constitucionalmente declarado de las libertades ideológica o religiosa.

Así, la conocida STC 53/1985 consideró que la oposición a la interrupción voluntaria del embarazo constituía una convicción o creencia de suficiente solidez e importancia como para caer dentro del artículo 16 CE. La vía utilizada por el TC fue la inclusión de ese supuesto de objeción en el contenido esencial de la libertades ideológica y religiosa. El Tribunal Constitucional abordó de manera específica el problema de la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo, precisando que ese derecho, en este caso concreto, verdaderamente excepcional, «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no regulación». La objeción de conciencia, en este caso, forma parte del contenido de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) y así, en este punto, la Constitución es directamente aplicable. El TC interpretó, en suma, que tales derechos fundamentales comprendían la objeción de conciencia al aborto, avalando así la objeción de conciencia *ex* 16.1 CE, aun en ausencia de regulación. Ausencia que ha llevado a que los tribunales ordinarios hayan debido pronunciarse sobre los distintos problemas que surgen del ejercicio de este derecho, tales como qué sujetos pueden ejercerlo o de qué actos en concreto, de los que integran la interrupción voluntaria del embarazo, están exentos de realizar los objetores⁷.

Cierto es que el TC ha matizado posteriormente su posición, decantándose, como regla general, por la necesidad de la intermediación legislativa (SSTC 160 y 161/1987, 321/1994 y 55/1996), pero no lo es menos que la controvertida STC 145/2015 vuelve a inferir directamente la objeción farmacéutica a la dispensación de la «píldora del día después» del artículo 16 CE. Un supuesto de objeción en parte semejante al acogido en la STC 53/1985 pero, en el fondo, distinto, con diferencias cuantitativas y cualitativas apreciables como admite el propio TC. Lo relevante de esta sentencia es que el TC no renuncia a su papel de, por así decir, «guardián de la objeción de conciencia».

Más exactamente, esta STC 145/2015 concede el amparo impetrado por un farmacéutico que expresamente manifestó su voluntad de no disponer y, por tanto, de no dispensar la píldora postcoital, aduciendo sus posibles efectos abortivos. Aunque objeto también a la venta de preservativos, el TC no le ampara en este segundo supuesto.

El TC sostiene que «los aspectos determinantes» que llevaron en la 53/1985 al «singular reconocimiento» del derecho a la objeción de conciencia de los médicos pueden concurrir también «cuando la referida objeción» se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada 'píldora del día después' por parte de los farmacéuticos. El TC dice no desconocer la «falta de unanimidad

7 NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Lustel, Madrid, 2012, pp. 129-165.

científica» en relación a los posibles efectos abortivos de la píldora poscoital. ¿Fármaco abortivo o anticonceptivo de emergencia? Prefiere no terciar en el debate, limitándose a constatar la existencia de una «duda razonable» sobre la producción de dichos efectos, lo que dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de «suficiente consistencia y relevancia constitucional». El conflicto reviste un cierto grado de seriedad y envergadura.

Pese a las diferencias existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, de la «píldora del día después», el TC estima que existe un paralelismo entre el conflicto de conciencia del recurrente y el que afecta a los facultativos. Y ello porque, en determinados supuestos, la píldora podría causar en las mujeres embarazadas un efecto que choca «con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida». A esta similitud se añade que la actuación del farmacéutico «en su condición de expedidor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante». Se colige, en definitiva, que los aspectos nucleares de la singular inclusión de la objeción de conciencia al aborto dentro del contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa en la STC 53/1985 también se dan cuando el farmacéutico objeta frente a la contracepción poscoital de urgencia.

La STC 145/2015 se apoya en la previa STC 53/1985 para prolongarla o extenderla al conflicto entre la obligación de expender la píldora poscoital y la conciencia del farmacéutico. La base conflictual que late en la objeción del médico a participar en la interrupción voluntaria del embarazo y en la objeción del farmacéutico a expender la píldora poscoital se anuda a una misma finalidad, preservar la concepción del objetor sobre la vida. A ello se añade la existencia de una «duda razonable» sobre el efecto abortivo de la píldora y que la actuación del farmacéutico, en su condición de expendedor autorizado, es «particularmente relevante». Hay un paralelismo que aconseja la ampliación de la STC 53/1985⁸.

Mutatis mutandis, el TEDH, en la sentencia *Bayatyan c. Armenia* de 7 de julio de 2011 —de la Gran Sala—, revisando doctrina previa, ha sostenido que la objeción de conciencia al servicio militar deriva inmediatamente del Convenio y, en concreto, de las exigencias de la libertad de pensamiento, conciencia y religión que garantiza el artículo 9 CEDH. No hay libre opción de los Estados en relación con el reconocimiento de la objeción. La objeción al servicio militar no es una opción legítima; es un derecho aplicable y vinculante. Bajo el argumento de que el Convenio de Roma es un «instrumento vivo a interpretar», la Gran Sala sostiene de forma contundente que el artículo 9 es aplicable directamente, sin necesidad de intermediación legal, a la objeción de conciencia al servicio militar y que, por consiguiente, Armenia había infringido el Convenio respecto de un ciudadano objetor.

8 BARRERO ORTEGA, A., «La objeción de conciencia farmacéutica», *Revista de Estudios Políticos*, 172, 2016, pp. 83-107.

Aunque no exista norma estatal que consagre la alternativa entre el servicio militar y un servicio sustitutorio, la oposición a la obligación de servir en el ejército cae dentro del artículo 9 CEDH. La dispensa se aloja en el Convenio. El TEDH considera que el hecho de que el demandante, un testigo de Jehová, no acudiese a prestar el servicio militar es una manifestación de sus creencias religiosas. Su condena por insumisión supuso una injerencia en el ejercicio de su libertad de manifestar su religión. El TEDH señala igualmente que, dado que no existía ningún servicio civil sustitutorio en Armenia en aquel momento, el demandante no tuvo otra posibilidad que rechazar el alistamiento en el ejército si quería mantenerse fiel a sus convicciones y, al hacerlo, se expuso a sanciones penales. El ámbito de protección del artículo 9 CEDH alcanza, sí o sí, a la negativa a realizar el servicio militar obligatorio⁹.

6. Este «derecho a la última palabra» de la jurisdicción constitucional o «cuasiconstitucional» en materia de objeción de conciencia pudiera verse como una concreción del principio contramayoritario. Aseguraría el derecho de la minoría a discernir en conciencia por encima del criterio impuesto mayoritariamente por cauces democráticos. Un síntoma expresivo del respeto del Estado a la libertad ideológica reconocida en los textos constitucionales como derecho fundamental. Una democracia debe dar espacio a excepciones que salvaguarden convicciones jurídicas discrepantes. El mínimo ético del Derecho, fruto de un respaldo mayoritario, viene definido por el legislador, pero la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría, manifestación de un serio e insuperable conflicto de conciencia, puede ser autorizada por el órgano encargado de controlar la conformidad de la ley a los derechos fundamentales en general y a la libertad ideológica y religiosa en concreto.

Aunque está claro que la opción de la jurisdicción constitucional —o cuasiconstitucional— en pro de la legitimación de las objeciones de conciencia se concibe como una posibilidad extraordinaria, juzgo más razonable la opción en favor del legislador, de la legalización *stricto sensu*. La objeción es una figura jurídica que desencadena súbitas tormentas de trasfondo político e ideológico. No suele darse un consenso social y político suficiente en relación al fenómeno de la conciencia disidente, lo que hace aconsejable respetar el margen de apreciación del legislador de cada momento.

El legislador, a mi modo de ver, está en mejor posición que la jurisdicción constitucional para resolver determinadas problemáticas. La jurisdicción constitucional no es instancia adecuada para tomar decisiones sobre concepciones moralmente contestadas (*mutatis mutandis*, STC 198/2012). Además, no se pierda de vista que la inclusión excepcional de un supuesto

9 WALTER, J.-B., «La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch): arrêt *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 91, 2012, pp. 671-686.

de objeción de conciencia en el contenido esencial de la libertad ideológica implica una cierta «congelación o petrificación» del ordenamiento; esa objeción vincula al legislador.

La legitimidad democrática en la toma de decisiones actúa, de otra parte, a favor del legislador en la medida en que podría argumentarse que determinadas decisiones deben ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria. En el contexto de una democracia deliberativa, se impone la deferencia de la jurisdicción constitucional hacia las decisiones adoptadas por los órganos del Estado elegidos de forma democrática. La ley es el cauce adecuado para llegar a soluciones con mayor probabilidad de ser moralmente aceptables que las soluciones a las que se arribaría por otros procedimientos. El legislador lleva a cabo una suerte de función especular que, a través de los procedimientos que tienden a la imparcialidad, permite conocer con mayor exactitud las decisiones moralmente correctas. A la jurisdicción constitucional le compete garantizar el *círculo de certeza* ideológica (la libertad ideológica en tanto derecho fundamental), dejando el *círculo de penumbra* (las objeciones de conciencia legítimas) para el legislador democrático¹⁰.

7. La conciencia, por lo demás, es un universo inabarcable y no todo conflicto de conciencia puede legitimarse. De ahí la conveniencia de sistematizar —y este es, a mi modo de ver, uno de los principales logros de *Las objeciones de conciencia*— las pautas orientadoras que podrían conducir a la legalización de unas objeciones y no otras. En tal sentido, no parece que deba reconocerse la objeción a quien no es persona física; la objeción es una opción personal o individual. Se debe valorar, asimismo, que la oposición al deber sea coherente con unos estándares elementales de dignidad humana, se refiera a problemas importantes y no a cuestiones triviales, y revista un cierto grado de solidez y seriedad.

Sobre tal base, el legislador —siguiendo a Laura Gómez— habría de considerar: a) la conducta que reivindica el objetor, una conducta *abstencionista* o *activa* —con una mayor peligrosidad social en principio—; b) si se está ante un conflicto *directo* o no entre conciencia y ley; c) si el deber jurídico ha sido *voluntariamente* asumido; d) la *gravedad* objetiva del conflicto; e) si se objeta frente a *deberes en interés público* o *de cumplimiento final colectivo* o *no individualizado* —el deber no tiene que ser cumplido por una concreta persona— o cuya satisfacción exija pequeñas contribuciones individuales —cada una insignificante *per se* para la satisfacción del interés último—; f) si la exoneración del cumplimiento del deber pueda ser sencillamente solventada con la *sustitución* del objetor —no debe aceptarse la objeción en el supuesto de que sea imposible la sustitución, con merma del interés general o de derechos de

10 BARRERO ORTEGA, A., «¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 26, 2016.

terceros—; y g) el carácter *excepcional* de la pretensión de dispensa —sólo si es excepcional la objeción no pondrá en peligro la satisfacción del interés perseguido por la norma—¹¹. El legislador, a la luz de estas pautas, podría hacer un esfuerzo flexibilizador y buscar soluciones normativas menos lesivas para la conciencia disidente.

Hay que tener en cuenta, pues, la obligatoriedad con que se impone el deber, si es fácil o no eludirlo, o si es un deber voluntariamente asumido. También hay que determinar la peligrosidad social de la dispensa, los perjuicios que puede acarrear. En la tensión entre conciencia y ley, el equilibrio podría ceder más fácilmente a favor de la conciencia en el caso de conductas abstencionistas, es decir, aquellas que implican un no hacer frente al deber impuesto en la norma. Sin embargo, los comportamientos activos ofrecen un nivel de peligrosidad social mayor. De ahí que su protección jurídica esté subordinada a que esas conductas individuales no resulten especialmente destructivas, lo que implica, en un ordenamiento presidido por la Constitución, sopesar la trascendencia constitucional del deber que se quiere esquivar.

Y todo ello dejando claro que el legislador podrá llegar a la convicción de que no puede legitimarse un determinado supuesto de objeción en la medida en que el deber es de tal calibre que no puede ser dispensado. No toda pretensión de objeción de conciencia obligatoriamente ha de ser acogida por el legislador. No todo supuesto de excepción legal a la norma ha de ser necesariamente asumido por el ordenamiento. Ningún derecho es absoluto o ilimitado; la libertad de conciencia tampoco. Las opciones de conciencia están sometidas a límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo.

8. En términos mucho más prácticos, y como ya antes se adelantó al hilo del criterio del artículo 10.2 CDFUE, la opción del legislador evita un activismo judicial de consecuencias incalculables sobre temas tan vidriosos, ya que la aceptación de la objeción de conciencia requiere la necesaria formalización de su ejercicio. No bastará una exigencia de dispensa que no vaya acompañada de una clara delimitación de su puesta en práctica, de la regulación de un procedimiento adecuado para la comprobación de la seriedad de las creencias que motivan la objeción, así como de la adopción de medidas proporcionadas en orden a garantizar los intereses de terceros que pudieran verse afectados. La siempre posible ponderación judicial queda, así, encuadrada.

La opción legalista permitiría, por otra parte, al menos teóricamente, la reversibilidad de la objeción —es decir, volver a negarla para que prime el deber jurídico—. Es razonable que toda generación pueda decidir sobre cuestiones morales o políticamente controvertidas. Lo que no es tan fácilmente justificable es que la jurisdicción constitucional considere que su decisión debe vincular, por así decir, *ad eternum* y se impida al legislador reconsiderar o revisar lo decidido en un momento dado y en unas circunstancias concretas.

11 GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, op. cit., pp. 433-434.

9. Por añadidura, y para concluir, la apuesta en favor de la opción *legalista* o de legitimación de las objeciones de conciencia por el legislador obliga, en buena lógica, a interrogarse acerca de algunas cuestiones no abordadas hasta el momento por la doctrina o, mejor dicho, no abordadas de un modo plenamente satisfactorio. ¿El derecho a la objeción de conciencia de configuración legal carece por completo de las garantías reforzadas que otorga la fundamentalidad (art. 16.1 CE)? El legislador, al reconocer un determinado supuesto de objeción, ¿se limita a ponderar la pretensión de dispensa con otros derechos, bienes y valores constitucionales o hay un contenido esencial o ámbito de *agere licere* al que está vinculado de algún modo? ¿Cuál sería, pues, el parámetro de control si el TC enjuiciara la constitucionalidad de un concreto desarrollo legal de la objeción? ¿Cabría recabar la tutela de los tribunales ordinarios a través del proceso preferente y sumario y, en su caso, a través del amparo constitucional (art. 53.2 CE)? Cambiando un poco de perspectiva y penetrando en el terreno de la organización del Estado, ¿la legitimación de la objeción es una materia que corresponde al Estado —en el sentido del art. 149.1 CE— o hay margen, también en este terreno, para la autonomía política y el legislador autonómico?

Todos interrogantes de interés que, acaso, cabría abordar en otra ocasión, sin las limitaciones de espacio de esta modesta contribución. Queden aquí, en cualquier caso, apuntados a modo de retos de futuro en la tarea de clarificar la posición constitucional de la objeción de conciencia.

Bibliografía citada:

BARRERO ORTEGA, A.:

— *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.

— «La objeción de conciencia farmacéutica», *Revista de Estudios Políticos*, 172, 2016.

— «¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 26, 2016.

— «Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.): *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2016.

NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid 2012.

OLLERO TASSARA, A., *España, ¿un estado laico?: la libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005.

WALTER, J-B., «La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch): arrêt *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 91, 2012.

REFLEXIONES EN TORNO AL ANSIADO EQUILIBRIO ENTRE LOS ARTS. 18 Y 39.3 CE: INTIMIDAD DE LOS MENORES VS. DILIGENTE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

María E. Rovira Sueiro

Profesora Titular Derecho Civil

Universidad de A Coruña

maria.rovira@udc.es

I. Justificación del interés del tema

Aunque pueda parecer una quimera encontrar un equilibrio entre el ejercicio diligente de la patria potestad y el ejercicio responsable del derecho a la intimidad de los hijos menores de edad, su búsqueda responde a una necesidad social imperiosa que afecta a un colectivo importante que se enfrenta diariamente a problemas, más o menos graves, los cuales se van solucionando con una buena dosis de improvisación, intuición y, en algunos casos, con algo de sentido común, medios que pueden resultar adecuados en muchos casos, pero que en muchos otros se nos presentan no ya como insuficientes, sino como absolutamente inapropiados y sobre todo inútiles.

Somos conscientes de que se trata de un problema de marcado carácter multidisciplinar que trasciende el ámbito jurídico, pero no por ello debemos evitarlo, todo lo contrario pues de entre las disciplinas desde las que puede ser afrontado, consideramos que el Derecho debería constituir una de las principales en tanto cuenta con los instrumentos necesarios para proporcionar una respuesta satisfactoria a un conflicto social de indudable calado, no sólo por la entidad que ha adquirido en el momento presente, sino por las consecuencias que pueda desencadenar en el futuro si se hace caso omiso del mismo. No hay que olvidar que los menores de hoy gobernarán el mundo mañana y, en nuestras manos está que las suyas sepan discernir valores y proteger aquéllos que están en íntima relación con la dignidad de la persona cuyo significado y respeto merece ser inculcado y preservado desde la más tierna infancia.

Legislativamente, nuestro punto de partida se sitúa en los arts. 18 y 39 CE en los que respectivamente se reconoce el derecho a la intimidad, junto con el honor y la propia imagen, y se establece, dentro de los principios de protección de la familia, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos especialmente durante su minoría de edad. Asimismo, hay que tener en cuenta que los menores de edad son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la CE y podrán ejercerlos por sí mismos cuando su la madurez lo permita, pero podrán resultar limitados¹ por la patria potestad, cuyo ejercicio está inexorablemente ordenado a la protección de aquéllos, tal y como se analiza en el presente trabajo.

En principio, lo afirmado hasta el momento nos llevaría a concluir que los legítimos intereses de los hijos, a quienes se protege mediante el ejercicio de la patria potestad, no deberían colisionar con los intereses de sus progenitores en el ejercicio de la misma. Sin embargo, la realidad evidencia que esto no siempre es así puesto que, junto con los supuestos en los que claramente la patria potestad no se cuestionaría, como ocurre desde el nacimiento hasta edades tempranas —en las que no se ha alcanzado todavía una cierta capacidad intelectual y volitiva— en los demás casos, esto es, menores con suficiente juicio o madurez, el Derecho se encuentra con un enorme reto: conciliar unos intereses en su mayoría contrapuestos. A partir de determinadas edades es habitual que los intereses de padres e hijos no sólo no coincidan, sino que además estén enfrentados. De hecho, las previsiones legales relativas al ejercicio de la patria potestad en sí misma (arts.154 y ss CC) resultan de todo punto insuficientes para solventar este tipo de conflictos por lo que se hace necesario proporcionar una respuesta adecuada, más allá de tales normas y más allá de un eventual auxilio de la autoridad judicial o la consulta, vinculante o no, del Ministerio fiscal, en el mejor de los casos. Procede, cuando menos, una reinterpretación de su régimen jurídico que no sólo atienda a los mandatos constitucionales sino a las normas específicas de protección de menores.

Precisamente, en ese terreno un tanto pantanoso, nos encontramos con el art. 4 LOPJM que se refiere específicamente al derecho a la intimidad de los menores de edad y con el art. 162.1.º CC que expresamente excluye de la representación legal de los padres *los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo*.

Una primera aproximación nos presenta un panorama aparentemente sencillo, pero la minoría de edad genera un sinfín de posibilidades que lo complican. La mera determinación de la *madurez* se torna en una cuestión de muy difícil concreción por cuanto el dato objetivo de la edad no es suficiente,

1 Dejamos por el momento al margen los límites expresamente previstos en el párrafo 4 del art. 18 CE.

sino que debe completarse con una importante variedad de factores. Si a ello le sumamos la valoración del carácter *suficiente*, las combinaciones se multiplican exponencialmente. A nadie se le escapa que no deberá exigirse a un menor el mismo grado de discernimiento para hacerse un *selfie* con unos amigos en la excursión del colegio y subirlo a una red social, que ponerse un pendiente o recibir un riñón.

En tal sentido, nos parece de todo punto acertada la modificación llevada a cabo por la Ley de Protección de la Infancia² al añadir un inciso al primer párrafo del art. 162 CC³, que excluye del ámbito de la representación legal de los padres el ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo, a tenor del cual: «*los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*». De tal previsión en principio, puede concluirse que la intervención de los progenitores no estaría excluida en todos los casos de madurez suficiente del menor, y tampoco parece que sea necesario, a priori, que *los actos relativos a los derechos de la personalidad* sean gravosos o perjudiciales. Simplemente bastaría con que el hijo tenga madurez suficiente para resultar legitimado para ejercer por sí mismo un derecho de la personalidad y a su vez los padres, en cumplimiento de su deber de cuidado, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pueden limitar dicho ejercicio.

Ahora bien, descartar el requisito de que sea gravoso o perjudicial encuentra un importante obstáculo en el principio en virtud del cual las restricciones a la capacidad de obrar de los menores deben ser objeto de interpretación restrictiva, tal y como expresamente se plasma en el art. 2.1 LOPJM⁴ y del que se hace eco también la jurisprudencia.

Asimismo, no puede obviarse el lugar que ocupa el *interés del menor* que se concibe como *superior* y que está recogido de forma expresa y detallada en mencionado art. 2 de la LOPJM tras la redacción dada por la LO 8/2015 el cual responde, tal y como puede deducirse de su Exposición de Motivos, a una necesidad de proporcionar criterios, indicios o pautas, dependiendo de los casos, que lo conviertan en un concepto jurídico determinado que ayude en su aplicación⁵. El esfuerzo legal en su concreción se aprecia en su prolija

2 Modificado por el art. 1.2 de la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

3 En concreto el art. 162 CC dispone que «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. (...)».

4 Vgr. Último inciso del art. 2.1 de la LOPJM.

5 Por lo que aquí interesa en la Exposición de Motivos se afirma que «*A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe*

redacción Desde una perspectiva general, el interés del menor puede ser utilizado tanto para ampliar como para restringir el ámbito de actuación de los menores, puesto que no toda eliminación de barreras o límites conlleva la mejor protección del menor tal y como demanda el carácter supremo de su interés.

No obstante, no será, como veremos más adelante, el único criterio a tener en cuenta puesto que en la tensión entre el derecho a la intimidad del menor y la patria potestad también incide de forma notable el marcado carácter social de los derechos reconocidos en el art. 18.CE y, por consiguiente, del derecho a la intimidad, los cuales son muy sensibles y permeables a los cambios sociales que sin duda son reflejo los valores de la sociedad. Y es precisamente esa realidad la que en este contexto no sólo actúa como canon hermenéutico (art. 3 CC), sino que moldea su contenido (art. 1 LOPDHIPI) el cual, en cierto modo, evidencia en la actualidad una mayor laxitud del ámbito privado y consecuentemente de lo íntimo.

II. Contenido y límites de la patria potestad

El art. 39.3 CE establece que *«los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»* lo cual, junto con los demás principios rectores de la política social contemplados en los párrafos 1, 2 y 4 se erige en importante guía a la hora de interpretar las normas del Código Civil relativas a las relaciones familiares y muy especialmente, por lo que a este contexto interesa, las que regulan la patria potestad.

El art. 154 CC señala que *«los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán en el ejercicio de su función, recabar auxilio de la autoridad»*.

La patria potestad ha ido evolucionado y, como ha puesto de relieve la doctrina, «se configura más que como una situación de poder, autoridad o imperio, como un haz de derechos-deberes y de muy pocas facultades sin perjuicio —y aquí radicaría su poder decisorio— de que los padres, titulares

basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

de la patria potestad, puedan guiar el proceso de maduración del menor hasta su autonomía con respecto de los principios y derechos constitucionales (como establece ese mismo precepto, al imponer su ejercicio teniendo en cuenta el beneficio de los hijos y de acuerdo a su personalidad)⁶.

La patria potestad tiene además en la actualidad un marcado carácter instrumental, funcional debiendo siempre estar supeditada y orientada a garantizar el respeto del interés superior del menor. Dicho interés, además de ser un criterio para su aplicación, constituye un auténtico límite. En tal sentido, está recogido en la ley y ésta junto con la moral y el orden público constituyen límites, aunque no explícitos a su ejercicio a los que hay que sumar el respeto a los valores constitucionales⁷, esto es, los que están incluidos en los Convenios y Tratados ratificados por España entre los que se inserta el respeto a la personalidad del hijo, a su integridad física y psicológica, los cuales contribuirán de forma notable a dilucidar el correcto ejercicio o, por el contrario, la extralimitación de los padres en el ejercicio de la patria potestad (art. 10.2 CE). Por lo demás, del tenor literal del art. 154 CC se puede concluir que existe una presunción *iuris tantum* de que los padres actúan en beneficio del hijo a la hora de llevar a cabo el contenido de la patria potestad⁸. Dentro del haz de derechos-deberes que conlleva nos interesa hacer referencia en este contexto al de velar por los hijos, tenerlos en su compañía y la representación de su persona. El primero de ellos, es de amplio contenido y no está limitado al que ejerza la guarda y custodia en el caso de que sea exclusiva (art. 103 CC), sino que se impone a los padres también en los supuestos en los que no ostenten la patria potestad (art. 110 CC). Por otra parte, aun cuando el art. 154 CC al aludir al deber de velar después no emplea la fórmula del art. 228 CC, el cual al delimitar los deberes de los tutores se refiere a «*en particular*»⁹, es evidente que ese deber de velar comprende todo tipo de cuidados incluidos los especificados, pero tiene un carácter más global.

Por su parte, el derecho-deber de tenerlos en su compañía implica convivencia en el hogar y, por lo tanto, se erige en una posible fuente de alteración de la privacidad. Así las cosas, también tiene especial trascendencia en el ámbito del ejercicio del derecho a la intimidad de los menores. Ese deber de convivencia resulta, a su vez, del derecho-deber de relacionarse con los hijos

6 DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario al art. 154» en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, Tomo II, p. 1558.

7 *Ibidem*, pág.1569.

8 *Ibidem*, pág.1570.

9 En concreto el art. 228 CC establece que El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1.º A velar por él y a procurarle alimentos. 2.º A educar al menor y procurarle una formación integral. 3.º A promover su mejor inserción en la sociedad. 4.º A administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida. 5.º A informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración. 6.º A oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten.

por lo que, por una parte, no sólo incumbe al padre custodio y, por otra parte, no es óbice para que el hijo pueda estudiar fuera de casa, realizar estancias en el extranjero etc., sin que ello implique una dejación de funciones

Tal y como hemos afirmado, es en la convivencia donde se sitúa fundamentalmente la intimidad familiar de la que son titulares todos los miembros de la familia, así como la intimidad de cada uno de ellos, la cual puede ser vulnerada por cualquiera, tanto por parte de los menores como de los progenitores. Realmente en la actualidad está tomando carta de naturaleza la vulneración sobre todo por parte los primeros. En tal sentido, es curioso observar cómo hace algunos años los principales conflictos, por comprometer la intimidad familiar, provenían de comportamientos de los progenitores que, en casos de notoriedad o proyección pública, eran quienes exponían en los medios detalles de su vida y de la de sus hijos. Sin embargo, ahora tanto la sociedad, destacadamente los poderes públicos, como los progenitores son conscientes de la protección que debe dispensarse a los menores y tratan de preservarlos de la curiosidad ajena¹⁰, algo que curiosamente se plasma incluso en algunos convenios reguladores¹¹. Mientras tanto, son los menores, sobre todo por obra de su presencia en las redes sociales, los que exponen continuamente su vida cotidiana propia, la de sus círculos de amigos y de forma más o menos inmediata la de su familia.

La educación es otro de los deberes que forma parte del contenido de la patria potestad, el cual supone facilitar y acompañar a los hijos en su proceso de formación no sólo académica, sino personal y en el que cobra una especial trascendencia el respeto a la personalidad del hijo y a las peculiaridades que ello demanda por lo que, a medida que los hijos van cumpliendo años, ese deber, si bien no va tocando a su fin, sí se va tornando diferente. Con la adquisición de madurez gana terreno la máxima de respetar el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) a la que alude el propio art. 154 CC, pero sobre todo el art. 27.2 CE y el art. 2 LOPJM. Es más, actualmente parece confirmarlo la deriva legislativa que está tomando la protección de los menores, baste echar un vistazo al contenido de las últimas reformas¹² y al espíritu de

10 Si bien hay excepciones como por ejemplo el supuesto de la sentencia de 7 de noviembre de 2022 del Tribunal Supremo (ECLI: ES: TS: 2022:4063).

11 Así nos encontramos, por ejemplo, la referencia a un convenio regulador en el que una de sus cláusulas establecía que: «*Ambos progenitores velarán por el derecho a la intimidad y a la propia imagen de las hijas menores, absteniéndose de publicar fotos de manera constante e indiscriminada en las redes sociales de acceso público. Ello no obstante, las partes sí se autorizan expresamente para poder publicar fotos y videos de las hijas en sus redes sociales privadas (no en perfiles abiertos), y siempre y cuando la publicación sea realizada directamente por uno de los dos*», cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial del Barcelona de 20 de julio de 2022 (ECLI: ES: APB: 2022: 8687).

12 Incluso el propio TC ha tomado cartas en el asunto así ha declarado inconstitucional parte del art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención del sexo en el Registro Civil, STC 99/2019, (BOE n.º 192, de 12 de agosto).

los hoy proyectos, y a buen seguro en breve leyes, llegando al extremo en el que una cuestionable concepción de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad parecen imponerse incluso sobre el interés superior del menor

La función educativa se complementa con el deber de corregir a los hijos cuando su comportamiento no es adecuado y es aquí donde podríamos acudir al último inciso del art. 162 CC para justificar la limitación del uso de dispositivos electrónicos y, por lo tanto, de las redes sociales, origen principal de las conductas que ponen en peligro su propia intimidad y de los terceros. La incidencia de este fenómeno es de tal envergadura que empieza a tratarse de forma específica hasta el punto de emplearse el calificativo de «digital» como uno de los principales rasgos de la patria potestad del siglo XXI¹³. En tal sentido, avanzamos ya nuestra idea de apostar por la necesidad de prohibir el uso de dispositivos hasta que se alcance una determinada edad que serían los 14 años. Y ello no sólo porque es la edad legalmente prevista, y reflejada en la mayoría de las condiciones de uso que se aceptan al darse de alta en los servicios de la sociedad de la información, salvo excepciones como Snapchat, sino porque concuerda con la presunción de madurez que cabe deducir que se exige en las disposiciones adoptadas por el legislador en esta materia, la cuales estarían en consonancia con lo previsto para otros ámbitos como por ejemplo la idoneidad para ser testigo o la capacidad para otorgar determinados tipos de testamentos.

III. El deber de obediencia y de respeto de los hijos

Es necesario resaltar que la actuación de los menores en cuanto al cumplimiento de sus deberes y al ejercicio de sus derechos está claramente condicionada por su capacidad de obrar. Preguntarnos acerca de cuál es esa capacidad nos lleva a una repuesta indeterminada, pues dada la disparidad de supuestos que engloba la minoría de edad, no hay una contestación que pueda resultar universalmente válida.

Así la cosas, si bien en la actualidad no se cuestiona una cierta capacidad de obrar de este colectivo, no es menos cierto que ésta se va conquistando paulatinamente desde el nacimiento hasta al alcanzar su plenitud, que se presume a los 18 años (art. 12 CE y art. 240 CC). Ligado a lo anterior, nos encontramos con el grado de madurez que tampoco es algo igual para todos y su concurrencia en cada caso concreto dependerá, no sólo del tipo de acto que se lleve a cabo, sino también de las circunstancias individuales de cada

Asimismo, pronto será aprobado el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOCG septiembre 2022, n.º 122-1).

13 Acerca de este calificativo digital *vid.* BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles: Control y mediación parental*, Ed. Aranzadi, Cizur Menos, 2021 pp.160 y ss.

uno. Dejando al margen los extremos del abanico de edades que comporta la minoría de edad, es decir los primeros años de vida y los inmediatamente anteriores a alcanzar la mayoría, existe un período de tiempo nada despreciable en el que la madurez a una misma edad puede ser totalmente dispar, aun cuando el legislador haga abstracción de ello y sitúe la madurez en los 12 años. Sírvanos de ejemplo el art. 9.2 LOPJM que al reconocer el derecho a ser oído *«considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos»*.

Si seguimos con nuestro objeto de estudio, debemos tener en cuenta que la normativa aplicable a las redes sociales establece la limitación en los 14 años, pudiendo rebajarse a los 13 años¹⁴.

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico el límite en la actualidad es de 14 años, si bien podrá el legislador en un futuro, teniendo en cuenta los dictados europeos aumentarlo a 16 o rebajarlo a 13 años. En concreto, dependiendo del instrumento que se utilice la edad oscila entre los 13 años para el uso de Snapchat y Twitter y los 14 de Instagram, todas ellas redes muy utilizadas en España por niños mucho menores y respecto de los cuales debería constar el consentimiento expreso de sus progenitores. Es más, habría que distinguir entre lo que es el consentimiento para el tratamiento de datos, y el consentimiento para suscribir los contratos que están en la base de esas redes porque sus condiciones y contenido va más allá del mero tratamiento de los datos de carácter personal. En tal sentido, tendríamos que tener muy presente cuál es la capacidad contractual de los menores de edad que se regula en el art. 1263.1 CC en virtud del cual *«los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales»*, sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer tal y como prevé el art. 1264 CC.

Como contrapartida a los deberes de los progenitores, el art. 155 CC prevé de forma taxativa el deber de los hijos de obediencia y respeto a los padres siempre. Ahora bien, no se puede desconocer en el análisis de los comportamientos de los menores que tales deberes están atravesando una profunda crisis en nuestros días debido a una interpretación exacerbada del interés superior del menor junto con el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), como trataremos de justificar en las siguientes páginas.

14 Algo que no ha hecho el legislador español, sin perjuicio de que con ello no contravendría las previsiones del Código Civil respecto del ejercicio de los bienes de la personalidad que utiliza como parámetro el tener madurez suficiente, y sin que por el momento contenga referencia específica alguna al mundo digital.

Por lo que se refiere al primero, el interés del menor se encuentra no sólo positivizado sino ampliamente desarrollado en el actual art. 2 LOPJM y constituye un auténtico estándar para ponderar el adecuado cumplimiento por parte de los progenitores de las previsiones contenidas en el art. 154 CC. Además, no se agota ahí, sino que alcanza al ámbito público por lo que se tendrá en cuenta no sólo en la aplicación del Derecho privado sino de cualesquiera normas que les afecten, *así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos y primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Algo que recientemente parece haber olvidado el actual legislador.

Por lo tanto, tal interés no sólo se pondera, sino que tiene una consideración jerárquica máxima por cuanto se califica sin ambages como *superior*. Del art. 2 LOPJM se desprenden una serie de criterios generales a los que se debe atender, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica o los que puedan estimarse adecuados en el caso concreto. Estos criterios están orientados básicamente a la protección del derecho a: a la vida, supervivencia y desarrollo; a la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones; a participar progresivamente en el proceso de determinación de su interés superior, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal; a un entorno familiar adecuado y libre de violencia; a preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Lo anterior se completa con otra serie de parámetros generales a los que también habrá que atender como son: la edad y madurez; la necesidad de garantizar su igualdad; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, etc.

Todos ellos deben ser valorados de forma conjunta de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, de modo tal que *«la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»*, y que *«en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. (...)»*¹⁵.

Por lo que se refiere al segundo, el art. 10 CE garantiza además de la dignidad de la persona el libre desarrollo de la personalidad, este último resulta especialmente importante durante la infancia y la adolescencia, por eso no es extraño que sobre el mismo encontremos numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Sirva a título meramente ilustrativo el fundamento

15 Sobre esta cuestión *vid. infra*. VI. El conflicto entre el derecho a la intimidad del menor y el deber de protección de los padres derivado de la patria potestad.

empleado en la STC 99/2019¹⁶ para considerar inconstitucional la exigencia del requisito de la mayoría de edad del art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por considerarlo limitativo de los derechos de los menores y contrario a las exigencias del art. 10 CE, entre otros.

De cuanto se ha afirmado cabe concluir que, si bien es cierto que en el ámbito que afecte a los menores habrá de tenerse en cuenta la opinión del hijo, —cuyo peso en la decisión final de los padres será mayor a medida que éste vaya cumpliendo años—, eso no significa que las previsiones del art. 2 LOPJM y del art. 10 CE puedan ser argumentos suficientes para privar a los padres de sus deberes irrenunciables de velar por el bienestar físico y emocional de sus hijos y obligarlos a dejar hacer o inhibirse en lo que respecta al ejercicio de los derechos de la personalidad.

Es más, afortunadamente por ahora persisten una serie de supuestos legales en los que ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de los menores estaría excluido por lo que los padres son los únicos que válidamente pueden hacerlo. Así, cuando se trata de donación de órganos el consentimiento del receptor menor de edad debe ser emitido por sus representantes legales¹⁷.

Es cierto que en el campo de las excepciones están en juego los derechos más preciados del ser humano puesto que se trata de la salud y de la integridad física soporte, sobre todo el primero, de cualesquiera otros derechos fundamentales, baste recordar que la muerte extingue la personalidad (art. 32 CC), pero no puede desconocerse que la integridad moral puede resultar gravemente comprometida por una decisión del menor a pesar de su «madurez» y de cumplir formalmente con la legalidad, algo que ocurre precisamente con relativa frecuencia cuando los menores utilizan o interactúan a través de las redes sociales. En tal sentido, cabe recordar que la exclusión de la representación legal de los padres va acompañada en el último inciso del art. 162 CC de la siguiente salvedad: «*no obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*».

Llegados a este punto, puede afirmarse que la madurez suficiente del menor no necesariamente es impedimento para la intervención de los progenitores cuando así lo aconsejen su asistencia y cuidado. Los padres podrán limitar o evitar el ejercicio de los derechos de la personalidad cuando así

16 ECLI: ES: TC: 2019: 99.

17 En materia de trasplante de órganos se prohíbe sin ambages al menor ser donante de órganos (hablamos de las hipótesis de donante vivo). Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

lo exija el propio beneficio del menor, más allá de los supuestos en los que expresamente el legislador les reconozca dicha posibilidad, tal y como hemos afirmado anteriormente.

Por otra parte, y muy relacionado con lo expuesto hasta el momento, podría plantearse reforzar el argumento en favor de la vigencia de los deberes que conforman la patria potestad, incluso en ámbitos excluidos de su representación legal, tomando en consideración el tratar de evitar en el futuro una posible reclamación de responsabilidad civil por parte de los hijos basada en las previsiones del art. 168 CC¹⁸. La eventual aplicación del mencionado artículo, (que claramente está referido al ámbito patrimonial), en la esfera personal, abriría la posibilidad a los hijos de exigir responsabilidad civil a sus padres por los daños morales que les pudiera ocasionar una cierta laxitud en el deber de velar por ellos al no impedir por ejemplo el uso ilimitado de las redes sociales. Pensemos en unos padres que dejan a su hijo divulgar en *TicToc* un vídeo atentatorio de su intimidad, el cual posteriormente es utilizado para acosar a ese hijo, simplemente ridiculizarlo o incluso en el futuro es motivo de exclusión de la solicitud de un puesto de trabajo ¿podría el hijo exigir responsabilidad civil a sus progenitores por daños morales argumentando el incumplimiento de velar por ellos? ¿sería posible semejante paradoja? Empleamos el término paradoja puesto que el progenitor puede verse abocado a permitir dicho comportamiento porque, además de ser socialmente admitido, también vendría avalado por la aplicación de criterios jurídicos como el respeto a su libertad y al libre desarrollo de su personalidad junto con la obligación de interpretar restrictivamente las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores. Así las cosas, quedarían relegados no sólo socialmente, sino también jurídicamente a un segundo plano, los deberes de educación y corrección que se entienden comprendidos en el más amplio de cuidado y asistencia. A nuestro juicio, tal resultado podría evitarse aplicando lo dispuesto en el último inciso del art. 162.1 CC que, al excepcionar la regla general de la exclusión de la representación legal de los padres, volvería a introducir dicha representación en los actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo que, de acuerdo con su madurez pueda ejercer por sí mismo pero que resultan notoriamente dañosos. Por otra parte, ese último inciso no sólo permitiría devolver a los padres su autoridad sino solventar algunos problemas que en la práctica se venían planteando al cohonestar las previsiones del art. 3 de la LO 1/1982 con las del art. 4 de la LOPJM.

18 En concreto el mencionado art. 168 CC prevé que: «Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años. En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos».

IV. El derecho a la intimidad de los menores

Debemos partir de una serie de premisas previas que son comúnmente admitidas y que constituyen doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y asumida por los demás tribunales: a) Los derechos reconocidos en el art. 18 CE son tres derechos diferentes, cada uno con su contenido específico sin perjuicio de que en ocasiones una misma conducta pueda vulnerar más de uno de ellos. b) Es pacífica la doctrina que sostiene que los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales¹⁹. c) El derecho a la intimidad tienen reconocida una doble dimensión positiva y negativa. La primera se traduce en un efectivo poder de control de los datos relativos a la persona y la segunda facultad a su titular para excluir a los demás del conocimiento de un determinado ámbito de su existencia. Ambas dimensiones encuentran su protección en el art. 18 CE y en las leyes que lo desarrollan la LO 1/1982 y la LO3/2018. d) Tratándose de menores, la importancia de la protección de la intimidad la encontramos también en los arts. 4 y 8.3 de la LOPJM²⁰ en los cuales respectivamente además de su reconocimiento se garantiza su libertad teniendo como límite expreso la protección de su intimidad e imagen. Los preceptos mencionados contienen previsiones expresas relativas a los menores de edad como titulares de los derechos en cuestión.

Por consiguiente, el menor de edad es titular del derecho a la intimidad lo cual dota de una serie de peculiaridades a su protección. ¿Qué ocurre cuando el propio menor «renuncia» a la protección en el sentido de ejercer su derecho en términos tales que resulta vacío de contenido? ¿Qué ocurre cuando el derecho a la intimidad del menor es vulnerado por otro menor? Al margen de cuál sea la respuesta, una cosa parece clara: en ambos casos la patria potestad resulta seriamente comprometida. En el primer supuesto, los padres deben velar por sus hijos, lo que incluye protegerlos frente a las intromisiones ilegítimas en su intimidad tanto provenientes de terceros como de la propia conducta del menor. En el segundo supuesto, en cuanto responsables de los daños que puedan causar sus hijos, nos encontramos con una situación más grave, y sin duda de solución más compleja al resultar que

19 De todas formas, hay que tener presente que no es lo mismo ser titular que poder ejercer los derechos sobre esta afirmación *vid.* DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 48 -49; GARCÍA GARNICA, M^a C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp.183-186.

20 *Vid.* arts. 4 y 8.3 LOPJM.
2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende: a) A la publicación y difusión de sus opiniones. b) A la edición y producción de medios de difusión .c) Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

los dos sujetos implicados, activo y pasivo, son menores de edad, lo que conlleva que la ponderación del interés superior del menor esté presente en ambos casos, por lo que la resolución del conflicto implica el sacrificio del interés superior de uno de los menores.

Pero en todo caso, se pone de manifiesto el problema de la responsabilidad de los progenitores en relación a la cual nos remitimos a lo afirmado sobre el art. 162 CC sin perjuicio de que debamos ahora ponerlo en relación con el art. 1903 CC que establece que «*los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*» y que «*la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*». De una primera aproximación se podría pensar que los padres podrían eximirse de responsabilidad probando la actuación diligente. Aunque partamos del carácter subjetivo de la responsabilidad civil consagrada en nuestro Código Civil, a nadie se le escapa que cada vez son más los ámbitos en los que impera la responsabilidad objetiva²¹, y ese parece ser el criterio seguido por nuestro alto tribunal en relación con la responsabilidad de los progenitores. A nuestro juicio, aun siendo contrarios a la expansión que ofrece la doctrina del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad por los daños causados por hecho ajeno, reconocemos que en el ámbito en el que nos movemos y, sobre todo por lo que atañe a las redes sociales, quizá esa objetivización de la responsabilidad de los progenitores sea más fácil de justificar en la medida en que éstos asumen ciertos riesgos, aunque en la mayoría de los casos lo ignoren, al proporcionar a sus hijos dispositivos²² claramente destinados a la utilización de las redes sociales como medio de comunicación entre los menores y particularmente a través de programas como Instagram, Snapchat o el propio WhatsApp en principio más inocuo y más conocido por los adultos, pero que presenta unas posibilidades infinitas de menoscabo de la intimidad de sus usuarios.

Por último, es preciso advertir que la intimidad personal y familiar de los menores está casi siempre ligada a la intimidad de los demás miembros de la familia por la dependencia que existe de éstos. A título meramente ilustrativo pensemos en un menor que difunde su destino de vacaciones, lo habitual es que coincida con el de su familia, por lo que supondría una intromisión ilegítima en la intimidad de sus miembros ¿tendrían legitimación esos progenitores? ¿estaría esa legitimación fundada en el deber de protección ínsito en la patria potestad? ¿se trataría sólo de la defensa de un derecho propio a la intimidad personal y familiar?

21 En este sentido *vid. vgr.* STS 11 marzo de 2000 (ECLI: ES: TS: 2000:1953); STS 8 de marzo de 2006 (ECLI: ES: TS: 2006:1059)

22 *Vid.* LUQUIN BERGARECHE, R., *La protección jurídico-civil del menor usuario de telefonía móvil en la sociedad de la tecnología*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Cizur Menor, 2012, pp. 53-81.

V. Redes sociales, lugar abierto al público: STC 27/2020

Muy relacionado con la problemática que estamos analizando y a la que hemos hecho referencia en varias ocasiones nos encontramos con el uso generalizado de las redes sociales²³, sobre todo a raíz de la situación de crisis provocada por el COVID 19. Es innegable que constituyen una importante fuente que hace que el derecho a la intimidad deba ser especialmente protegido (art. 18.4 CE).

Aun cuando nuestro trabajo se centra en los menores de edad, no podemos dejar de lado algunas consideraciones generales que son comunes y que concurren con independencia de quien sea el sujeto implicado. Es por ello que procede abordar, siquiera sucintamente, la cuestión de si el volcado de información en un sitio de Internet implica su exposición pública por considerar las redes como «un lugar público» o «un lugar abierto al público», expresiones ambas utilizadas en la LO 1/1982, para excluirlo del ámbito de protección del derecho a la intimidad. La respuesta la encontramos en la STC 27/2020²⁴ en la que de forma muy clara se sostiene que *«el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta (...) que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE. Los particulares que se comunican a través de un entorno digital y que se benefician de las posibilidades que ofrece la Web 2.0 no pueden ver sacrificados por este solo hecho los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona. Aunque los riesgos de intromisión hayan aumentado exponencialmente con el uso masivo de las redes sociales, para ahuyentarlos debemos seguir partiendo del mismo prin-*

23 Sobre este fenómeno *vid.* GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 14, 2016, pp. 161-190.

24 ECLI: ES: TC: 2020:27, Acerca del alcance de esta sentencia *vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook», en *Derecho Privado y Constitución*, 38, 2021, pp. 119-155.; FLORES ANARTE, L., «Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero», en *Estudios de Deusto*, 68 (1), 2020, pp. 335-376; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero», en *Actualidad Civil*, 4, 6, 2020. En cuanto a la sentencia que dio lugar al pronunciamiento del TS *vid.* el comentario de ÁLVAREZ OLALLA, M.^a P., «Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302)», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 104, 2017, pp. 145-460.

cipio básico que rige el entorno analógico y afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen. (...) Es innegable que los cambios tecnológicos cada vez más acelerados que se producen en la sociedad actual afectan al conjunto global de los ciudadanos repercutiendo directamente en sus hábitos y costumbres. También lo es la afectación de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE) por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en Internet. (...) En este contexto es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garantes todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. Si bien es un hecho que el funcionamiento de las redes sociales en Internet permite la difusión de información personal, también lo es que puede significar una pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario». (...)»²⁵.

Por lo tanto, cabe concluir que la doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara al respecto por lo que a partir de este pronunciamiento no debe quedar duda alguna del carácter reservado de un ámbito de la existencia de la persona que no puede quedar anulado por su exposición en las redes sociales.

VI. El conflicto entre el derecho a la intimidad del menor y el deber de protección de los padres derivado de la patria potestad

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta lo afirmado hasta el momento, es evidente que la protección del menor es una constante en la regulación de cualquier materia que pueda afectarle, la cual además deberá respetar el interés superior del menor que resulta imperativo para todos los operadores jurídicos y todos los ciudadanos. La supremacía de dicho interés, recogida en el art. 2 LOPJM, se expande y alcanza a todas las normas que se ocupan de la protección de los menores cualquiera que sea su ámbito de aplicación (civil,

25 En la propia sentencia se nos ofrecen unos datos de lo más elocuentes y que evidencian el incremento de la utilización de Internet a todos los efectos posibles, y así se afirma: «Piénsese que según los datos que ofrece la propia red social Facebook, en el mundo hay más de 1.860 millones de usuarios activos y cada día acceden solo a esta red social más de 1.150 millones de personas. Se suben más de 300 millones de fotografías diarias y, en un minuto se publican más de 510.000 comentarios, se actualizan más de 293.000 estados y se suben más de 136.000 fotografías».

penal, constitucional, administrativo) e independientemente de su previsión expresa. Dentro de la protección del menor ocupa un lugar destacado el papel de sus progenitores, tal y como hemos señalado en reiteradas ocasiones, por cuanto durante un importante período de tiempo, y hasta su emancipación, les corresponde su cuidado en el sentido más amplio del término, tal y como también hemos ido perfilando, el cual comprende no sólo el más elemental de velar por su bienestar físico y material, sino también espiritual.

Es precisamente en ese contexto en el que se sitúa la eventual tensión entre los derechos de los hijos, especialmente su libre desarrollo de la personalidad y su intimidad y el derecho-deber de los padres de velar por ellos y tenerlos en su compañía. Tal protección en numerosas ocasiones significa o se traduce en la limitación de los derechos de los menores. No podemos obviar el casuismo que rodea a esta cuestión, pero ello no puede ser un obstáculo para intentar esbozar, aunque sea a grandes rasgos, una vía de solución de tales conflictos, para lo cual resulta imprescindible determinar los parámetros a partir de los cuales poder llevar a cabo la valoración de la conducta.

A tal fin consideramos especialmente útil la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de julio de 2019²⁶. En concreto hemos trasladado a este contexto los criterios que el TC emplea para el análisis de la proporcionalidad de una medida legislativa. Por lo tanto, a la hora de enjuiciar la conducta de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, cuando con ella limiten el derecho a la intimidad de sus hijos (como puede ser el control parental de los dispositivos móviles o la prohibición de difundir determinados datos) nos encontramos en primer lugar con la necesidad de analizar su proporcionalidad²⁷, como presupuesto de constitucionalidad de la misma que consiste en examinar su finalidad. En tal sentido, podemos afirmar que será proporcional cuando con semejante medida los progenitores pretendan exclusivamente preservar la intimidad del menor junto con su interés.

Pero el análisis no terminaría ahí, siendo preciso dar un paso más en el sentido de revisar si dicha medida puede ampararse en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Para ello siguiendo el proceder del propio Tribunal Constitucional habría que verificar el cumplimiento de una triple condición; «(i) *adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad)*; (ii) *necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad)* y (iii) *ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*».

26 STC 99/2019 (ECLI: ES: TC: 2019:99).

27 En el mismo sentido (SSTC 60/2010, 64/2019, 215/1994).

En relación a la primera condición, la adecuación de la medida no deberá exceder del haz de derechos-deberes que comprende la patria potestad ex art. 154 CC entre las que se encuentran el velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, procurarles una formación integral y representarlos siempre de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

En relación a la segunda, la necesidad de adoptar la medida, habrá que tener muy presente que las limitaciones a la capacidad de los menores sobre todo en un terreno en el que se les permite actuar por sí mismos, como es en el ejercicio de sus derechos de la personalidad, deberán ser objeto de interpretación restrictiva (último inciso del art. 2.1 LOPJM) y por lo tanto debe resultar del análisis de la medida enjuiciada que los progenitores no han tenido otra opción para proteger la integridad moral de sus hijos.

Ya por lo que respecta a la tercera condición, el juicio de proporcionalidad, hace preciso que analizados los beneficios y los inconvenientes que la medida adoptada por los progenitores, resulte claramente más beneficiosa que perjudicial a la luz del principio del interés superior del menor de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara, tal y como literalmente se establece en último inciso del art. 2.3 de la propia LOPJM.

En definitiva, el sacrificio del derecho a la intimidad de un menor como consecuencia de medidas restrictivas impuestas por los progenitores (control de acceso a Internet, prohibición de participar en determinadas redes sociales, y de difundir determinados contenidos), respeta el interés superior del menor en tanto que se deriven más beneficios o ventajas quien vería incrementada su protección por la prohibición.

Como conclusión de las anteriores consideraciones, cabe admitir que el interés superior del menor inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas por parte de los progenitores en lo que no puede ser más que calificadas como patria potestad responsable. En tal sentido, consideramos oportuno traer a colación lo afirmado por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones: de 20 de mayo de 2009²⁸: el ordenamiento jurídico no puede hacer descansar en los padres la obligación de velar por sus hijos menores a la vez que los desposee de capacidad para control. En esta línea, no hay que olvidar lo previsto en el art. 84 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales: «1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la

28 STS 10 de diciembre de 2015. (ECLI: ES: TS: 2015:5089), STS de 20 de mayo de 2009 (ECLI: ES: TS: 2009:4160),

sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales».

De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del *agere licere* de la persona que encuentran su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) o en la libertad de pensamiento (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitaciones con una finalidad tuitiva precisamente de la persona que sufre la restricción²⁹.

Así las cosas, el ejercicio de la patria potestad en los términos descritos conlleva importantes ventajas para otros bienes jurídicos también de relevancia constitucional, en tanto que la medida adoptada por los progenitores desencadena la especial protección que demanda la vulnerabilidad de los menores de edad y que se plasma también en los arts. 39 CE y 154 CC. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que conforme el menor avanza hacia la mayoría de edad se vayan relativizando, puesto que huelga afirmar que con la mayoría de edad la capacidad intelectual y volitiva de la persona se entiende que no sólo proporciona importantes elementos de juicio para la toma de decisiones, sino que además la regla será la plena responsabilidad de las consecuencias de sus actos. Por lo tanto, el peso del ejercicio de los deberes que conforman el contenido de la patria potestad irá disminuyendo en la medida en que el hijo se aproxime a la edad adulta y, consiguientemente, la legitimación de los padres para actuar en la esfera jurídica de aquél se irá diluyendo hasta su extinción (art. 169.2 CC).

VII. Conclusiones

Estamos ante una materia altamente casuística y de gran calado que trasciende de manera notable el ámbito estrictamente jurídico. La sociedad demanda respuestas y el Derecho debe proporcionarlas.

La tensión entre los derechos de los hijos y el desempeño de la patria potestad es tan antigua como el ser humano, pero parece necesario reconducir el debate y plantearlo en los términos que exigen los tiempos actuales puesto que se corre el riesgo de que, el exceso de concesiones a los menores a las que venimos asistiendo, lejos de proteger a los más vulnerables, conviertan la realidad en un caos en el que todo se permita y enarbolando la bandera de su respeto y protección se acaben consolidando situaciones absolutamente contrarias a la dignidad de la persona y a la protección que ésta merece.

La protección de los menores y de su dignidad no puede aceptar la eliminación de límites y la permisividad de un Estado que asume un rol tuitivo que no le pertenece. En tal sentido, no se puede sustraer a los padres el ejercicio

29 SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 60/2010, de 7 de octubre).

básico de funciones que son irrenunciables, como la patria potestad, sobre todo en lo atinente al desarrollo de la personalidad de sus hijos. Con lo anterior no queremos decir que no sea necesaria la intervención de los poderes públicos cuando objetivamente se produzca un incumplimiento, algo que por desgracia siempre existirá, pero las injerencias en el ámbito privado más allá de lo necesario resultan absolutamente intolerables y atentan a los principios más básicos de nuestro ordenamiento jurídico como es la libertad de las personas.

Las redes sociales son en nuestros días una de las principales fuentes de conflicto entre padres e hijos y dado que han venido para quedarse habrá que convivir con ellas, pero tratando de evitar que éstas se conviertan en la nota discordante de las relaciones paterno-filiales. No se puede perder la perspectiva y como nos recuerda el propio Tribunal Constitucional «*la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir, sin embargo —por obvio que ello resulte— que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica*». (STC 27/2020).

No sin cierta anticipación ya la Constitución advirtió de la necesidad de que la ley limite el uso de la informática para garantizar la intimidad de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 CE), que no es otra cosa que lo que pretenden hacer los padres al ejercer de manera responsable la patria potestad.

VIII. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, A., «Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook», *Derecho Privado y Constitución*, 38.

Álvarez Olalla, M.^a P., «Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302)», *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, 2017,104.

BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles: Control y mediación parental*, Ed. Aranzadi, Cizur Menos, 2021.

DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario al art. 154» en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Tomo II, Valencia, 2003.

FLORES ANARTE, L., «Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero», *Estudios de Deusto*, 68, 2020.

GARCÍA GARNICA, M^a C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 14.

DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LUQUIN BERGARECHE, R., *La protección Jurídico-civil del menor usuario de telefonía móvil en la sociedad de la tecnología*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Cizur Menor, 2012.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero», *Actualidad Civil*, 2020.

SÉPTIMA PARTE

Federalismo y Comunidades Autónomas

LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES Y LA COOPERACIÓN INTERTERRITORIAL

Fernando Reviriego Picón

Profesor Titular de Derecho Constitucional.

UNED

(España)

fernando.reviriego@der.uned.es

I. Introducción¹

Es una obviedad señalar que en el seno de cualquier estado descentralizado políticamente resultan fundamentales los mecanismos de cooperación entre los distintos niveles de poder.

Esta cooperación institucional, en un deseable marco de lealtad mutua, puede revestir diferentes formas (bilateral, multilateral, vertical, horizontal...) y se revela especialmente necesaria en determinados momentos. Sin irnos muy atrás en el tiempo, un buen ejemplo de su utilidad lo vimos durante la grave crisis de salud pública provocada por la pandemia de Covid19 y que derivó en la declaración de varios estados de alarma.

Fue precisamente al hilo de esta crisis cuando reapareció —tras tres años sin convocarse— la Conferencia de Presidentes y con una intensa dinámica de reuniones hasta entonces nunca vista.

En este contexto, si en el espacio de dieciséis años desde su creación en 2004, la Conferencia de Presidentes, como máximo órgano de cooperación multilateral entre el Gobierno y las comunidades y ciudades autónomas, apenas se había reunido en seis ocasiones, en el corto espacio de dos años se reunió hasta en veinte ocasiones. De hecho, durante los primeros meses del estado de alarma las reuniones se llegaron a celebrar semanalmente, cuando antes no se había reunido en los tres años previos a esa fecha. Así, como luego veremos con más detalle, del 15 de marzo al 14 de junio de 2020 hubo catorce reuniones de la Conferencia.

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto «PID2021-124531NB-I00, El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo» dirigido por las profesoras M. Salvador y R. Morán.

Antes de esta revitalización de este instrumento de cooperación política al más alto nivel, especialmente criticable fue el período que medió entre 2010 y 2019, ya que, si bien el reglamento interno de la Conferencia establecía que la Comisión debía reunirse, previa convocatoria del presidente del Gobierno, al menos una vez al año (el nuevo Reglamento ha aumentado su frecuencia a dos reuniones anuales), lo cierto es que en esos diez años únicamente se convocó en dos ocasiones.

En estas notas, partiendo de un necesario apunte sobre su evolución a lo largo de estas casi dos décadas, nos acercaremos a esta figura que recientemente, marzo de 2022², se ha dotado de un nuevo reglamento de funcionamiento, en el que se han ampliado sus competencias, al tiempo que se ha buscado, como se destaca en su exposición de motivos, dotar a este órgano de más agilidad, pluralismo y continuidad en la toma de decisiones.

II. La experiencia de casi dos décadas: de la ilusión al abandono; de la necesidad ¿a su consolidación?

Si tuviéramos que hacer una sucinta síntesis de la evolución de la Conferencia de Presidentes a lo largo de estas casi dos décadas, creemos que podrían distinguirse tres etapas diferentes.

Una primera, en buena medida ilusionante, en la que parecía que este órgano estaba llamado a desempeñar un papel fundamental en el Estado autonómico, convirtiéndose en una pieza básica de su engranaje. Y, más aún, ante la ausencia de un Senado, tanto entonces como ahora, que actúe como verdadera cámara de representación territorial.

Un órgano que nace en un momento de inflexión de la evolución de este Estado, no en vano emerge en paralelo con el importante proceso de reformas estatutarias en buen número de comunidades autónomas. Esto es, con los llamados estatutos de nueva generación, en los que junto a una ampliación competencial se potenciaban los diferentes instrumentos de cooperación con el Estado. Se comenzaban a tramitar entonces varias de estas reformas estatutarias que irían cristalizando en los nuevos textos. Se aprobaron así en un primer momento, y en esa misma VIII Legislatura (2004-2008), los estatutos de la comunidad valenciana (L.O. 1/2006, de 10 de abril), Cataluña (L.O. 6/2006, de 19 de julio), Illes Balears (L.O. 1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (L.O. 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (L.O. 5/2007, de 20 de abril) y Castilla y León (L.O. 14/2007, de 30 de noviembre). Y, no olvidemos tampoco, que poco tiempo atrás de su creación también se había planteado incluso, aunque finalmente quedara en nada, la posibilidad de elaborar un proyecto

2 Orden TER/257/2022, de 29 de marzo.

de ley general de cooperación autonómica. Recordemos que el objetivo de este proyecto, que finalmente no terminó de cuajar, no era otro, en palabras del Ministro de Administraciones Públicas, que «conseguir la integración de todas las Comunidades Autónomas en el proyecto común, a fin de asegurar el desarrollo armónico del conjunto en los ámbitos económico, social y cultural, haciendo realidad los principios de solidaridad e igualdad tanto personal como territorial»; y que al hilo del mismo se postulaba la creación de la Conferencia de Presidentes en un escenario que terminase potenciando el papel del Senado³.

La Conferencia nace así en 2004, durante el primer gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero (2004/2008). Esta iniciativa ya había sido anunciada durante los propios debates de la sesión de investidura, con el objeto de recuperar el diálogo político con todas las comunidades autónomas y como complemento de un Senado reformado⁴. En su primera reunión los temas tratados fueron la institucionalización de la propia Conferencia en el futuro, las relaciones de las autonomías con la Unión Europea y la financiación de la sanidad. A partir de esta primera reunión buena parte del debate político comenzó a hacerse desde el prisma de su actuación.

Durante esa VIII Legislatura la Conferencia llegó a reunirse hasta en tres ocasiones (2004, 2005 y 2007), lo que parecía un buen augurio, y de hecho se alcanzaron en estas reuniones importantes acuerdos en materia de financiación sanitaria o de lucha contra la violencia de género, por apuntar algunos.

No obstante, en la siguiente Legislatura, la IX (2008/2011) sólo se reunió en una ocasión (2009), aunque, eso sí, aprobándose entonces el reglamento de la Conferencia e invitando a participar, en el marco de un contexto de grave crisis económica, a los líderes de los agentes sociales al efecto de exponer sus propuestas en la materia.

Como es sabido, este reglamento estableció una periodicidad anual que comenzó a incumplirse de inmediato, no en vano hasta octubre de 2012 (ya en la X Legislatura) no volvería a celebrarse reunión alguna de la Conferencia.

Hay que destacar que la puesta en marcha de este foro fue recibida muy positivamente por la doctrina, aunque se echó de menos entonces una necesaria y complementaria articulación horizontal. Por apuntar algún ejemplo, Bocanegra y Huergo, señalaron, al poco de su creación, que era un cauce apropiado para el reconocimiento de la importancia política de las comunidades autónomas y especialmente indicado para solucionar eventuales bloqueos dentro del funcionamiento de un Estado compuesto e igualmente para permitir la cooperación entre las comunidades autónomas y la defensa de sus intereses comunes. Un

3 *Diario de Sesiones del Senado. Comisión General de las Comunidades Autónomas*, VII Legislatura, n.º 147, 12 de junio de 2001.

4 *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, n.º 2, 15 de abril de 2004, p. 19.

órgano que, a su juicio, llegaba cuando el Estado autonómico había agotado una etapa y debía ser mejorado para poder seguir cumpliendo sus objetivos de integración, autonomía, cohesión, solidaridad y eficacia⁵. Cuestión diferente sería el hecho de no activarse entonces (todavía tardaría unos años en iniciarse esa experiencia) esa apuntada versión horizontal de la conferencia.

De aquí se transitó a una segunda etapa en la que el interés por su convocatoria comenzó a diluirse. Las dinámicas y sesgos partidistas, por un lado, y la apuesta de algunas comunidades por primar de forma exclusiva las relaciones bilaterales con el gobierno de la Nación, por otro, llevaban a pensar en el naufragio de un proyecto en el que se habían depositado muchas expectativas. De parecer que nos encontrábamos al momento de la creación de este órgano ante una suerte de bálsamo de fierabrás, transitamos rápidamente a un escenario en donde las dinámicas políticas parecían hacer inoperante la actuación de este órgano.

De esta forma, tras la celebración de la cuarta Conferencia, como ya hemos apuntado, no volvió a convocarse este órgano durante el segundo gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, anticipando lo que ocurriría tiempo después.

Durante los dos gobiernos de Mariano Rajoy (2011/2018) la conferencia únicamente se reunió en otros dos momentos (2012 y 2017).

Tampoco hubo ninguna convocatoria en esa misma Legislatura tras el triunfo de la moción de censura que llevó a Pedro Sánchez a la presidencia del Gobierno.

Tres conferencias por tanto en el espacio de tres legislaturas (IX, X y XII); no contamos a estos efectos las legislaturas XI y XIII, derivadas de la imposibilidad de investir candidato alguno tras las elecciones de diciembre de 2015 y abril de 2019 donde se aplicó la previsión de disolución automática del artículo 99.5 CE. Un panorama desolador por más que en alguna de esas conferencias se alcanzaran acuerdos ciertamente importantes⁶.

En un contexto de intensa polarización política parecía renunciarse así a buscar los indudables beneficios que podría traer consigo este instrumento de cooperación multilateral, como así se venía mostrando en otros países con modelos territorialmente descentralizados.

5 BOCANEGRA SIERRA, R., HUERGO LORA, A., *La Conferencia de Presidentes*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 15 y ss.

6 En la última de las Conferencias, más de tres años antes de declararse el estado de alarma, se alcanzaron acuerdos en materia de políticas de empleo, educación, reto demográfico, tarjeta social, desarrollo del principio de cooperación para el ejercicio de las competencias de las diferentes administraciones en materia de protección civil, desarrollo y aplicación de la ley de garantía de la unidad de mercado, administración digital y empleo público, sostenibilidad del estado del bienestar y reforma de la financiación autonómica, mecanismos de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica o desarrollo de la participación de las comunidades autónomas en los asuntos de la Unión Europea.

El proyecto parecía entonces destinado a naufragar sin remedio, dependiendo únicamente de la voluntad coyuntural de unos gobiernos que no parecían ver beneficio alguno en su emplazamiento, aunque vino en su rescate la peor de las crisis: la pandemia de Covid19.

Así dio comienzo una tercera etapa, muy intensa, por la necesidad de colaboración derivada de una situación excepcional, que permitió convertirla en una herramienta fundamental. Aunque la Conferencia no había sido convocada, como ya hemos apuntado, durante el primer gobierno de Pedro Sánchez, la excepcionalidad de lo vivido desde marzo de 2020, con la subsiguiente declaración del estado de alarma, llevó a reactivar este foro (casi mejor sería hablar de resurrección) desde el primer momento.

De esta forma, al día siguiente de ser aprobado el Real Decreto que declaró el estado de alarma⁷ se celebró la primera de una larga serie de conferencias virtuales en las que se desarrolló una muy intensa actividad (como así sucedió con foros similares en otros países de nuestro entorno⁸), aunque en ocasiones, todo hay que decirlo, se pudiera limitar a una simple transmisión de información por parte del Gobierno central, sobre todo en esa primera etapa de centralización de la gestión de la crisis.

En esta primera Conferencia que abría esta nueva fase se puso de manifiesto la necesidad de una actuación conjunta de las diferentes administraciones en la que la respuesta a la excepcional situación debía realizarse desde la unidad de acción y bajo tres principios: coordinación, colaboración y solidaridad.

Durante este primer estado de alarma se celebraron catorce reuniones de la Conferencia, con una cadencia de una reunión semanal (Conferencias VII a XX).

Tras este primer estado de alarma la Conferencia sólo se reunió en dos ocasiones (Conferencias XXI y XXII) en el período que medió hasta la declaración de un estado de alarma parcial que afectó a nueve municipios de la Comunidad de Madrid⁹, pero no se reunió en ningún momento durante los quince días que duró ese segundo período.

Llama ciertamente la atención que en el extenso período de tiempo (octubre de 2020 a mayo de 2021) que duró el tercero de los estados de alarma durante la Covid-19¹⁰ (o segundo si tenemos en cuenta sólo los que afectaron

7 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

8 En Alemania, por ejemplo, la Conferencia de la Federación y los Länder se reunió hasta en veintiséis ocasiones entre 2020 y 2021 para tratar aspectos políticos o administrativos en la lucha contra la pandemia, *Vid.* HÖHNE, B., «Los Parlamentos de los Länder de la RFA y la política de emergencia en la pandemia de la Covid19», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 23, 2022, pp. 7 a 34.

9 Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre.

10 Reales Decretos 926/2020, de 25 de octubre y 956/2020, de 3 de noviembre.

al conjunto del territorio nacional) la Conferencia de Presidentes sólo se reunió en una ocasión, justo al comienzo de dicho estado excepcional (Conferencia XXIII). La cogobernanza que rigió este período no parece que debiera estar reñida con la actuación de este órgano.

Desde entonces únicamente se ha reunido en tres ocasiones más (Conferencias XXIV a XXVI).

La primera de ellas (Conferencia XXIV, julio de 2021) estuvo centrada en tres temas fundamentales: el Fondo de Recuperación de la Unión Europea, el reto demográfico y el proceso de vacunación. En el marco de esta conferencia también se hizo una valoración muy positiva de las reuniones celebradas durante la pandemia con el objetivo de coordinar las diferentes actuaciones en la lucha contra la misma. Cabe destacar que esta Conferencia, por la importancia de los temas a abordar, contó con la asistencia no solo del presidente del Gobierno sino asimismo de las tres vicepresidentas y cuatro ministros,

Tras cinco meses sin convocarse, en la segunda de ellas (Conferencia XXV, diciembre de 2021), se apuntó por el presidente del Gobierno su voluntad de convocar una reunión de la Conferencia cada diez días para evaluar la evolución de la pandemia, pero lo cierto es que hasta tres meses después no volvió a celebrarse la siguiente, y hasta la fecha (junio de 2022) no se ha convocado ninguna adicional.

En la última de ellas (Conferencia XXVI, marzo de 2022), la única presencial desde la declaración del estado de alarma (Conferencias XXIV a XXVI) se aprobó precisamente su nuevo reglamento y se acordó reforzar la cooperación institucional en torno a cuatro ejes concretos conectados a la invasión de Ucrania por parte de Rusia: ayuda humanitaria y acogida de refugiados ucranianos, posibles respuestas al alza de los precios de la energía, distribución de fondos europeos y planes de respuesta a las consecuencias del conflicto.

Queda por ver si en el segundo semestre de este año 2022 se convocará como procede la Conferencia o si, por el contrario, las convocatorias electorales que comienzan a acercarse en el horizonte provocarán un nuevo incumplimiento de la periodicidad establecida en el nuevo reglamento, tal y como sucedió nada más aprobarse el primero de sus reglamentos.

III. La Conferencia como foro de debate e impulso

3.1. Ejes de competencias

Tres fueron los ejes de competencias que se establecieron para la Conferencia de Presidentes en el primero de sus reglamentos.

En primer lugar, servir foro de debate sobre las grandes directrices de las políticas públicas, sectoriales y territoriales de ámbito estatal, sobre las posi-

bles actuaciones conjuntas de carácter estratégico, así como sobre los asuntos de importancia relevante para el Estado de las Autonomías, que afecten a los ámbitos competenciales estatal y autonómico. Esta previsión fue completada y precisada en el nuevo reglamento añadiendo al primero de los elementos las políticas que afecten a los intereses o al ámbito competencial de diversas comunidades autónomas.

En segundo lugar, una función de estímulo, potenciar las relaciones de cooperación del Estado con las comunidades autónomas, sobre la base de que el principio de cooperación «convierte al interés general en objeto de la atención concurrente de todas las instancias de poder»¹¹.

Y en tercer lugar una de impulso y orientación de los trabajos de las conferencias sectoriales, así como los de otros órganos multilaterales de cooperación.

En el nuevo reglamento, que mantiene estas competencias, se profundiza en un aspecto fundamental, su relación con las conferencias sectoriales estableciendo que se podrían adoptar directrices de funcionamiento para las mismas mediante acuerdo de la Conferencia. Una competencia que, como se apunta en la exposición de motivos, se contempla en términos amplios de cara a permitir un margen de maniobra suficiente a los máximos representantes de los ejecutivos para orientar el trabajo de los órganos sectoriales. Y, junto a ello, la posibilidad de encomendarles la realización de los acuerdos adoptados en la Conferencia y la evaluación del grado de cumplimiento de los mandatos anteriores. Hay que tener en cuenta que al ser acuerdos precisan la unanimidad de todos los asistentes a la Conferencia siempre que representen al menos a dos tercios de los presidentes autonómicos.

A ello se añade la de acordar su reglamento y normas de funcionamiento interno, así como una coetilla final relativa a otras competencias que pudieran atribuírsele por ley o que se pudieran incorporar en el reglamento.

Cabe apuntar, por último, que, durante el último de los estados de alarma declarados por la Covid19, y al hilo de la extensa prórroga (seis meses) establecida tras la inicial declaración del mismo, se estableció en el apartado relativo a la rendición de cuentas que transcurridos cuatro meses de la prórroga establecida la Conferencia de Presidentes podría formular al gobierno una propuesta de levantamiento del estado de alarma; una solicitud que debía hacerse previo acuerdo favorable del Consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹². Esta posibilidad no fue finalmente activada, aunque lo cierto es que hubo reunión alguna de la Conferencia más allá de la que se celebró justo al día siguiente de la declaración del estado de alarma.

11 TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares, Granada, 2000, pp. 46/47.

12 Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

3.2. Periodicidad y convocatoria

Si inicialmente se estableció la necesidad de una reunión anual de la Conferencia (con una convocatoria de al menos veinte días naturales de antelación), en el nuevo reglamento se ha determinado que deba reunirse al menos dos veces al año.

Este incremento de la periodicidad ya venía siendo solicitada por un sector de la doctrina desde tiempo atrás por considerarlo insuficiente¹³, por más que la experiencia de estos años fuera ciertamente decepcionante en lo que hace referencia a este punto.

Caso de cumplirse esta previsión (lamentablemente en 2022 no ha sucedido así) ayudará a la consolidación de este órgano, permitiendo con su diálogo constante y sostenido en el tiempo, potenciar su papel como máximo órgano de cooperación política.

La convocatoria corresponde al presidente del Gobierno, bien por propia iniciativa bien por petición del Comité preparatorio o de diez presidentes de comunidades o ciudades autónomas.

3.3. Oficina de apoyo técnico y administrativo

En el nuevo reglamento se ha aprobado la creación de una oficina, que ejercerá las labores de secretaría administrativa, y que prestará apoyo técnico y administrativo a la Conferencia, al Comité preparatorio y a las comisiones y grupos de trabajo. Estará adscrita al Ministerio competente en materia de cooperación territorial, que será quien deberá poner a su disposición los medios necesarios para su adecuado funcionamiento y quien proponga a quien ha de dirigirla, su Secretario General. Esta propuesta se hará al Comité preparatorio que será quien lo nombre de manera efectiva. Esta figura del Secretario General podrá participar, con voz, pero sin voto, en las reuniones de los diferentes órganos de la Conferencia y le corresponderá la elaboración de las actas de las diferentes sesiones que se celebren¹⁴.

La creación de esta figura de un secretariado permanente en la Conferencia ya llevaba tiempo apuntándose desde la doctrina. A título de ejemplo, Aja al poco de celebrarse la segunda de las conferencias, ya señaló que la naturaleza y trascendencia de sus funciones exigían una secretaría permanente: «Sin ninguna duda, un buen funcionamiento de la Conferencia —además de

13 Vid. TAJADURA TEJADA, J., «La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma», *Revista de Derecho Político*, n.º 101, 2018, pp. 565 y ss.

14 La Oficina podrá contar también con la colaboración de personal experto en materia de cooperación interadministrativa bien del Estado, bien de las comunidades o ciudades autónomas.

buenos planes políticos— necesita una Secretaría Permanente, muy profesional (en el mejor sentido de la palabra) que prepare las cuestiones, avance políticamente en la búsqueda de soluciones consensuadas —trabajando con el órgano de segundo nivel— y asegure el traslado correcto de los Acuerdos alcanzados a las instituciones de destino. Para las tres fases de los problemas abordados por la Conferencia, preparación de los problemas a tratar, impulso de acuerdos políticos entre las CCAA y con el Gobierno y traslado de los acuerdos a las instituciones implicada, es imprescindible la Secretaría, cuya orientación básica será la búsqueda de equilibrio entre los diferentes miembros de la Conferencia»¹⁵.

Más recientemente, el Plan de recuperación y transformación y resiliencia para canalizar los fondos europeos para reparar los daños provocados por la crisis de Covid19, abogaba por la necesidad de su previsión, sobre la base de que la misma permitiría velar por la dinámica de estabilidad, constancia y permanencia de la actividad que la Conferencia debe desarrollar en relación con su misión básica y esencial. Desde el Ministerio de Política Territorial se consideró que esta figura serviría para agilizar el funcionamiento de la Conferencia, así como mejorar la coordinación de sus trabajos dotándolos de continuidad a la par que facilitar la comunicación con las conferencias sectoriales¹⁶.

3.4. Reglamentación

La experiencia comparada en materia de estos órganos nos muestra que no es habitual una previsión normativa de detalle para su funcionamiento, siendo más frecuente asentar su actuación en prácticas que poco a poco, reunión tras reunión, se van consolidando. Siguiendo esta estela las tres primeras reuniones de la Conferencia de Presidentes se celebraron sin contar con reglamentación alguna; especialmente criticada fue la segunda de las reuniones al transmitir cierta sensación de improvisación su organización.

Ahora bien, en la cuarta Conferencia de Presidentes celebrada en 2009 se aprobó, finalmente, su Reglamento de funcionamiento en virtud de la Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre.

Casi una década después, mediante Orden PARA/265/2017, de 23 de marzo, dicho reglamento fue reformado para dotar de mayores competencias al comité preparatorio.

15 AJA FERNÁNDEZ, E., «La Conferencia de Presidentes del Estado Autonómico», *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 800.

16 *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D, n.º 365, 22 de noviembre de 2021.

Más recientemente, bajo el cobijo de la última Conferencia celebrada en marzo de 2022, y con el objeto de «actualizar este espacio de diálogo adaptándolo a las nuevas necesidades con el objetivo de dotar a este órgano de más agilidad, pluralismo y continuidad en la toma de decisiones», se ha aprobado el nuevo Reglamento con importantes modificaciones, entre ellas el incremento de la periodicidad mínima de las reuniones (Orden TER/257/2022, de 29 de marzo). Y se ha habilitado de manera expresa lo que durante la pandemia de Covid19 fue una realidad, la posibilidad de participar de manera telemática en las Conferencias de manera excepcional. Esta posibilidad queda también habilitada para las sesiones del Comité Preparatorio.

La modificación del Reglamento exige el acuerdo unánime de los miembros de la Conferencia. Por tanto, a diferencia de los acuerdos, que exigen unanimidad de los presentes, pero con quorum de asistencia de dos tercios, esto es que pueden adoptarse sin exigir el acuerdo de todos los miembros, la reforma reglamentaria sí exige la unanimidad de todos los integrantes de la Conferencia.

IV. Organización y desarrollo de la Conferencia

4.1. Trabajos previos y orden del día: el Comité preparatorio

El desarrollo de la Conferencia y la posibilidad de alcanzar acuerdos en la misma depende en buena medida del trabajo preparatorio. Una adecuada planificación y organización con un previo trabajo de desbroce puede suponer sin duda la diferencia entre el éxito de la conferencia o su fracaso.

Es por ello que previo a la reunión de la Conferencia de Presidentes hay un intenso trabajo de organización y planificación que corresponde al denominado Comité Preparatorio, que está formado por el ministro competente en materia de cooperación territorial y un consejero de cada gobierno autonómico¹⁷.

Este órgano, ya previsto en el primero de los reglamentos de la conferencia¹⁸, ha sido dotado de mayores competencias en el nuevo reglamento.

Inicialmente sus competencias quedaban acotadas a examinar previamente los asuntos que podrían incluirse en el orden del día de la conferencia y, a esos mismos efectos, preparar toda la documentación que se considerase necesaria.

17 Cuando los temas a abordar puedan hacerlo recomendable, también pueden asistir otros consejeros o asesores, e, igualmente, otros ministros.

18 Hay que reseñar que en 2017 se reformó el Reglamento de la Conferencia para asignar al Comité preparatorio las funciones de evaluación y ejecución de los acuerdos adoptados; hasta ese momento únicamente disponía de las funciones de impulso y seguimiento.

Junto a estos cometidos, tras la aprobación del nuevo reglamento, le ha correspondido también fijar el orden del día de la Conferencia, adoptar las decisiones y medidas necesarias que exija la organización interna del trabajo y el régimen administrativo y presupuestario de la conferencia, nombrar a la persona que ostente la Secretaría General de la Conferencia de Presidentes, así como tareas ulteriores tras la celebración de la Conferencia.

Sus acuerdos deben adoptarse con el voto favorable de la persona titular del Ministerio competente en materia de cooperación territorial y de la mayoría de los representantes de las comunidades y ciudades autónomas.

Su sede será la del Ministerio que ejerza las competencias en materia de cooperación territorial, en este caso el Ministerio de Política Territorial¹⁹. Y deberá reunirse como mínimo cada seis meses con una convocatoria de al menos siete días naturales salvo en casos de urgencia acreditada en la que el plazo de convocatoria podrá ser menor.

Por su parte, la Conferencia deberá ser convocada con veinte días de antelación, un plazo que podrá verse reducido en casos de urgencia. Esa convocatoria, en la que se indicará la fecha y el lugar de la reunión, deberá incluir el orden del día, y la documentación necesaria.

Resulta evidente la importancia del orden del día en cualquier órgano del que hablemos. Pero especialmente relevante lo es en el caso de la Conferencia de Presidentes por el necesario trabajo previo que debe realizarse en el conjunto de las comunidades y ciudades autónomas si pretenden alcanzarse acuerdos en la reunión.

El Comité preparatorio de la Conferencia es, como hemos apuntado, quien tiene asignada la tarea de fijar el orden del día de ésta; y, junto a ello, examinar de manera previa los asuntos a abordar y preparar la documentación necesaria para el debate.

La fijación del orden del día deberá hacerse con la conformidad del presidente del Gobierno y de, al menos, diez comunidades o ciudades autónomas; un número menor, por tanto, al que resulta exigible para la adopción de los acuerdos.

Aparte de las cuestiones que el Comité preparatorio pudiera acordar para el orden del día se incluirán también, y «en todo caso», aquellos asuntos que solicitasen el propio presidente del Gobierno, el Senado, la mayoría de los representantes del conjunto de comunidades o ciudades autónomas o las conferencias sectoriales²⁰. Esta ha sido una acertada incorporación del nuevo

19 Real Decreto n.º 507/2021, de 10 de julio; anteriormente, en esta misma Legislatura, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, Real Decreto n.º 2/2020, de 12 de enero.

20 En el caso de las Conferencias Sectoriales los acuerdos para esta solicitud de inclusión deberán tomarse por acuerdo unánime de todos los miembros con derecho a voto.

reglamento aprobado en 2022 y que conecta de manera inmediata la actividad de la Conferencia con el Senado y las conferencias sectoriales, cuestión en la que luego entraremos con algo más de detalle.

Cabe, no obstante, y lógicamente, la inclusión de nuevos asuntos en el orden del día cuando razones de urgencia así lo aconsejaren. Esto podrá ser solicitado por el presidente del Gobierno o un tercio de los presidentes autonómicos, debiendo ser aceptado por el presidente del Gobierno y diez comunidades o ciudades autónomas.

4.2. Desarrollo y compromisos políticos

La Conferencia de Presidentes tiene su sede en el Senado. Ahora bien, ello no impide que puedan celebrarse reuniones tanto en las comunidades autónomas como en las ciudades de Ceuta y Melilla. Es el Comité Preparatorio de la Conferencia quien determinará la sede concreta en cada momento.

Hasta la fecha, más allá de las reuniones telemáticas celebradas en pandemia, han sido once reuniones presenciales de las cuales se han celebrado fuera del Senado únicamente tres de ellas: la primera en julio de 2020 en la Rioja (Conferencia XXI), la segunda en julio de 2021, en Salamanca (Conferencia XXIV) y la tercera en marzo de 2022, en La Palma (Conferencia XXVI).

Junto a los miembros de la Conferencia, presidente del Gobierno y presidentes de las comunidades y ciudades autónomas, asistirá también la persona titular del Ministerio competente en materia de cooperación territorial, disponiendo de voz, pero no de voto.

La asistencia es indelegable. No cabe delegación salvo en el caso de que un consejero autonómico pudiera estar ejerciendo temporalmente las funciones de presidente. No se prevé excepción para el caso del presidente del Gobierno.

A las reuniones podrán asistir, como acompañantes de cada presidente, un miembro de sus respectivos gobiernos en calidad de asesor, en el caso de que los temas a abordar lo aconsejen. En calidad de invitados también podrá convocarse a representantes de asociaciones e instituciones afectadas por alguno de los asuntos a tratar.

Las reuniones de la Conferencia son a puerta cerrada (lo que no ha evitado filtraciones durante la propia celebración de alguna Conferencia) y el orden de intervención de los miembros se acordará en el seno del Comité preparatorio con las comunidades y ciudades autónomas. El Secretario General, que tendrá en las reuniones voz pero no voto, levantará acta de las sesiones y tras la celebración de la reunión se harán públicos los acuerdos o recomendaciones adoptados.

El nuevo Reglamento ha previsto expresamente la posibilidad de participar telemáticamente en las reuniones cuando haya razones excepcionales y lo auto-

rice el Comité preparatorio. Si bien es oportuno que se recoja esta previsión lo cierto es que ya durante la pandemia se celebraron múltiples reuniones por esta vía. Más allá de esto, llama la atención la previsión de que los participantes deban encontrarse en territorio español, a la que se añade también la necesaria, evidentemente..., acreditación de la identidad. Quizá esa exigencia se conecta con la referencia a la necesidad de garantizar el carácter reservado de las deliberaciones mediante la disposición de medios técnicos adecuados. Pero lo cierto es que no encontrarse en territorio español no impediría hacer uso de medios para evitar intromisiones indeseadas y lo contrario, encontrarse en territorio español no implicaría que no pudieran producirse esas intromisiones.

En la Conferencia pueden adoptarse compromisos políticos que tomarán la forma de acuerdos o recomendaciones. Son varias las diferencias entre unos y otros. Por un lado, la mayoría exigida para su aprobación; por otro, las consecuencias y obligaciones de los mismos.

En el caso de los acuerdos deben adoptarse por consenso de todos los miembros presentes, que deben suponer al menos dos tercios de los presidentes autonómicos. Para su adopción, por tanto, se precisa una asistencia mínima de trece de ellos. Esta exigencia de consenso implica que la asistencia *per se* otorga una suerte de derecho de veto a la adopción de acuerdos (no así de recomendaciones como ahora veremos). De igual modo, la no asistencia de algún presidente autonómico no impide la adopción de acuerdos siempre que se cumpla ese quorum mínimo de asistencia.

Para las recomendaciones no resulta precisa por el contrario el consenso de todos los miembros sino únicamente el acuerdo del presidente del Gobierno y el de dos tercios de los presidentes autonómicos. Estas recomendaciones, a diferencia de los acuerdos, sólo comprometen a quienes los hayan adoptado.

Tanto los acuerdos como las recomendaciones serán públicas.

Cabe señalar por último que la Conferencia podrá también acordar la creación de comisiones o grupos de trabajo para el análisis de cuestiones de interés común.

4.3. Cumplimiento de acuerdos y recomendaciones

Una vez celebrada la Conferencia corresponde al Comité Preparatorio la tarea fundamental de desarrollar las medidas para asegurar el cumplimiento de los acuerdos y recomendaciones adoptados. También le corresponde coordinar las actuaciones de las diferentes conferencias sectoriales y elevar a la Conferencia de un informe anual sobre el estado de cumplimiento de los acuerdos y recomendaciones. Podrá encomendar al Consejo de Política Fiscal y Financiera el seguimiento de los asuntos y acuerdos de naturaleza económica adoptados. Asimismo le compete ejercer todas aquellas competencias que la Conferencia pudiera encomendarle.

V. La Conferencia y las conferencias sectoriales

Con el objeto de conectar de manera directa la actuación de la Conferencia de Presidentes con la de las conferencias sectoriales, como mecanismos de colaboración básicos entre Estado y comunidades autónomas, se ha introducido en el nuevo reglamento la facultad de la Conferencia de acordar directrices de funcionamiento para éstas. Una idea que ya venía siendo apuntada por la doctrina desde el mismo momento de la creación de la Conferencia de Presidentes. Cámara Villar apuntó así, por ejemplo, que este órgano podía actuar no solo como instancia de dirección sino también de supervisión de sus actividades, con el estímulo que ello supondría para la acción concertada en beneficio del conjunto²¹. A estos efectos, el Secretario General de la Oficina de la Conferencia de Presidentes puede designar uno de sus técnicos para asistir a las reuniones de las conferencias sectoriales con el objeto de realizar un adecuado seguimiento de su actividad.

Y, al mismo tiempo, se ha establecido la posibilidad de que las conferencias sectoriales, como órganos de cooperación de composición multilateral y ámbito sectorial determinado²², soliciten —en un acuerdo que debe ser tomado por unanimidad—, la inclusión de un asunto en el orden del día. Se habilita así que cuando haya asuntos de gran relevancia las conferencias sectoriales puedan coadyuvar en las tareas de la Conferencia de Presidentes.

Se busca así la convergencia en la actuación de todos estos órganos en orden a una mejor cooperación.

Esa necesidad de coordinación es aún mayor en el momento en el que existen cerca de medio centenar de conferencias sectoriales²³. Recordamos que reúnen al miembro del gobierno de la Nación competente por razón de la materia con los miembros de los consejos de gobierno autonómicos y de las ciudades de Ceuta y Melilla. De especial interés son las conferencias sectoriales recientemente creadas sobre el reto demográfico y el plan de recuperación, transformación y resiliencia²⁴.

Cabe destacar que durante la pandemia de Covid19 la actividad de estas conferencias se intensificó doblando su frecuencia habitual, pero especial-

21 CÁMARA VILLAR, G., «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, pp. 197 y ss.

22 Art. 147 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

23 En la página el Ministerio de Política Territorial se encuentra la relación actualizada de todas ellas: https://www.mptfp.gob.es/portal/politica-territorial/autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Conf_Sect_Constituidas.html

24 La Conferencia sectorial de memoria democrática ha sido la última en aprobar su reglamento de funcionamiento, Resolución de la Secretaría de Estado de Memoria Democrática de 10 de mayo de 2022.

mente, por razones obvias, la del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que celebró más de ochenta reuniones durante 2020 cuando en 2019 apenas se había reunido en cinco ocasiones.

VI. La Conferencia y el Senado

Como ya apuntamos tiempo atrás, la correcta gestión de este foro de encuentro, negociación y acuerdo puede permitir convertirlo en un adecuado y necesario complemento del Senado (donde precisamente tiene su sede natural) en lo que respecta a la participación de las comunidades autónomas haría referencia en orden a la consecución de un funcionamiento eficaz y equilibrado del sistema en su conjunto, ayudando a aquilatar tensiones territoriales²⁵. Ello sobre la base de la complementariedad de dos órganos que, en palabras de Gálvez, poseen distinta naturaleza (parlamentaria o gubernamental) y vienen a satisfacer diferentes expectativas «más de participación en la formación de la voluntad del Estado en el primer caso y más de canalización de la cooperación en el segundo»²⁶.

Evidentemente, lo ideal sería esa actuación en paralelo de este foro junto a un Senado reformado, ajustado a su caracterización constitucional y no el que ahora tenemos, pero ese es un tema que escapa al objeto de estas notas, por más que puede conectarse con el hecho de que puede permitir contemplar o no a esta Conferencia no solo como complemento sino en ocasiones como alternativa. Como destacó García Morales, la no consecución de auténticas cámaras de representación territorial en algunos estados federales ha llevado a la articulación alternativa de procedimientos participados, provocando que las instancias federadas hagan valer sus intereses a través de órganos de colaboración fuera del ámbito parlamentario; órganos que en la práctica llegarían a ser más importantes que la propia segunda Cámara²⁷.

De cara a una potenciación de la actuación de la Conferencia y a una parlamentarización de la cooperación intergubernamental, Fernández Allés se ha planteado la posibilidad de reformar la composición del Senado (con una reforma del reglamento parlamentario, de la LOREG y una ley del artículo 150.3 CE) para designar como senador autonómico a los respectivos presidentes de las comunidades autónomas. De esta forma, «convertidos en senadores natos, la Comisión General de Comunidades Autónomas adoptaría la composición y competencias de la Conferencia de Presidentes y sus

25 REVIRIEGO PICÓN, F., «El Senado y la Conferencia de Presidentes», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, 2006, p. 358.

26 GÁLVEZ MUÑOZ, L., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 49, 2022, p. 74.

27 GARCÍA MORALES, M.J., «La conferencia de gobiernos cantonales en suiza: regulación y balance de funcionamiento», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 72, 2005, p. 61.

acuerdos seguirían un trámite similar al previsto en el artículo 139 del Reglamento del Senado, incluyendo también la competencia para ratificar los acuerdos de las Conferencias Sectoriales. En consecuencia, los acuerdos de la Conferencia de Presidentes seguirían teniendo la «consideración de compromiso políticos» (artículo 6 del Reglamento interno de la Conferencia de Presidentes) a la espera, en cada caso, de lo que resultara de la tramitación parlamentaria en ambas Cámaras. Pero la cooperación intergubernamental quedaría parlamentarizada (controles, información, debate, publicidad...)»²⁸.

Con independencia de la futura (si es que alguna vez se produce) reforma del Senado, es interesante destacar que el nuevo reglamento de la Conferencia ha querido potenciar su figura más allá del papel testimonial de servir de sede o escenario ordinario de esta.

El Senado puede así introducir asuntos en el orden del día de la Conferencia de Presidentes. Una facultad que, como se apunta en el reglamento de la conferencia, supone reforzar su condición de cámara de representación territorial y permite crear el embrión de una relación más intensa entre esta cámara y los mecanismos de cooperación interadministrativa. Si bien habrá que esperar a futuras convocatorias para ver si el Senado se sirve o no, y cómo, de esta competencia, a priori la valoración de la incorporación de esta previsión resulta positiva.

VII. La Conferencia y sus dimensiones vertical y horizontal

Hasta el momento, todas las referencias que hemos venido haciendo en estas notas han sido a la Conferencia de Presidentes en su dimensión vertical y multilateral, creada como hemos visto durante la VIII Legislatura, y recogida en sede legal once años después de su creación, y seis desde la aprobación de su Reglamento²⁹. Fue en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que la contempló como órgano de cooperación multilateral³⁰. Lo hizo dentro de la Sección segunda (Técnicas orgánicas de

28 FERNÁNDEZ ALLÉS, J.J., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 49, 2022, pp. 48/49.

29 En la propuesta presentada en septiembre de 1994 con ocasión de la constitución en el Senado de la Comisión General de las Comunidades Autónomas, al hilo del primer debate sobre la situación del Estado de las Autonomías, ya se apuntó la necesidad de recoger en sede legal la posible creación de la Conferencia de Presidentes. Su creación tardaría en todo caso, como es sabido, una década.

30 Cabe recordar que fue la ya derogada Ley 30/1992, de régimen jurídico de la Administración del Estado y del procedimiento administrativo común la que reguló por primera vez los instrumentos de cooperación, entendiéndolo no como un principio únicamente deseable sino indispensable. Se apuntó en la exposición de motivos de dicho texto normativo que «La cooperación es un deber general, la esencia del modelo de organización

cooperación) del Capítulo III (relaciones de cooperación) del Título III (relaciones interadministrativas) recogiénolo como el primero de los órganos de cooperación, justo antes de las conferencias sectoriales, las comisiones bilaterales de cooperación³¹ y las comisiones territoriales de coordinación. Se estableció allí su composición (presidente del Gobierno y presidentes de comunidades y ciudades autónomas) y funciones, determinando que la Conferencia tiene como objeto la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para el Estado y las Comunidades Autónomas (también las ciudades autónomas aunque en esa primera referencia —sí en la composición, por el contrario— nada se señaló).

Pero junto a esta dimensión vertical lo cierto es que una dimensión horizontal puede resultar de indudable utilidad en un estado descentralizado, como la experiencia comparada demuestra.

No existe a nuestro juicio disyuntiva alguna entre ellas sino una clara relación de complementariedad. De hecho, es claro que una dimensión horizontal podría servir, entre otras cosas, y conectándolo al tema que nos ocupa, de cumbre preparatoria de la dimensión vertical al permitir que se pueda partir de posiciones comunes alcanzadas en aquella de cara a la negociación con el gobierno central.

Como apunta Caamaño, «en este contexto institucional podrían elaborarse desde iniciativas legislativas conjuntas por parte de las comunidades autónomas; acuerdos-programa para desarrollo de determinadas políticas de ejecu-

territorial del Estado autonómico, que se configura como un deber recíproco de apoyo y mutua lealtad que no es preciso que se justifique en preceptos concretos porque no puede imponerse, sino acordarse, conformarse o concertarse, siendo el principio que, como tal, debe presidir el ejercicio de competencias compartidas o de las que se ejercen sobre un mismo espacio físico. Esta necesaria cooperación institucional entre Administraciones Públicas permitirá, en el marco de la modernización de sus estructuras, la simplificación de todas ellas y, cuando sea posible, también la reducción de la organización territorial de la Administración General del Estado, en las Comunidades Autónomas que, por razón de su nivel competencial propio, hayan asumido la gestión de las materias en que se desarrollen las funciones de aquellos órganos territoriales». Cabe destacar asimismo que en su articulado se estableció el principio de lealtad institucional como principio fundamental de las relaciones entre las administraciones públicas. Por su parte, La Ley 40/2015, de 1 de octubre, distingue la colaboración, la cooperación y la coordinación entre los principios de las relaciones interadministrativas inmediatamente a continuación de esa referencia a la lealtad institucional, «Colaboración, entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes; Cooperación, cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común; Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico».

31 Desde la reforma de LOTC de 2000 la actuación de estas comisiones en orden a evitar la interposición de recursos de inconstitucionalidad ha sido muy relevante.

ción, competencia de las comunidades (inmigración, bienestar social, redes interiores de comunicación, medio ambiente, vivienda, movilidad...) o declaraciones de tipo institucional, que, en su caso, permitirían posteriormente solicitar la participación de la Administración General del Estado o el aporte de recursos financieros, especialmente aquellos que procediesen de fondos y ayudas europeas»³². Aunque también hay autores, como González García, que consideran que la ausencia de esta configuración horizontal no sería tan gravosa como pudiera parecer, apostando por «aprovechar las potencialidades de horizontalidad que tiene ya la propia Conferencia de Presidentes vertical»³³.

Pero lo cierto es que a lo largo de estos años esta perspectiva ha quedado bastante desdibujada en parte por las propias prevenciones del constituyente. Recordemos que en el marco del abierto Título octavo de la Constitución encontramos únicamente una referencia a los posibles acuerdos de cooperación entre comunidades autónomas, y desde una perspectiva ciertamente recelosa. Se estableció así en el art. 145 CE que «Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales». Ninguna otra previsión.

Al amparo de los nuevos procesos de reforma estatutaria, en los que se articularon nuevos escenarios para la cooperación, se tomó la iniciativa desde el Gobierno de Aragón en 2008 de celebrar un encuentro entre las comunidades autónomas que acaban de aprobar sus nuevos estatutos de Autonomía y de cara al desarrollo de los mismos. Asistieron así, representantes, con el rango de vicepresidentes o consejeros, de Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Illes Balears y la comunidad valenciana.

Como se apuntó, el hecho de haber comenzado estas reuniones solo con un grupo reducido de comunidades autónomas, que luego fue incrementándose aunque con la ausencia siempre del País Vasco, hizo más sencillo su desarrollo inicial pero contaron, a la par, con el inconveniente añadido de la escasa fuerza política de sus acuerdos de cara a una mayor proyección en todo el Estado³⁴.

32 CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», *cit.*, p. 57.

33 GONZÁLEZ GARCÍA, I., «El papel de la norma en la colaboración interterritorial: propuestas de reforma», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 23, 2016, pp. 169 a 175.

34 DE PEDRO BONET, X., «La Conferencia de los gobiernos de las comunidades autónomas», *Informe Comunidades Autónomas 2010*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011, pp. 94 y ss.

Estos encuentros comenzaron a celebrarse con gran frecuencia, no en vano en poco más de dos años se celebraron múltiples reuniones: Zaragoza (julio de 2008), Sevilla (octubre de 2008), Valladolid (febrero de 2009), Valencia (junio de 2009), Barcelona (noviembre de 2009), Palma de Mallorca (marzo de 2010), Logroño (julio de 2010), Santiago de Compostela (octubre de 2010). En ellas se alcanzaron diferentes acuerdos, protocolos, convenios y se emitieron diversas declaraciones; cabe destacar, por ejemplo, la declaración del sexto de los encuentros relativo a la función constitucional del Senado y la necesidad de potenciar su función como cámara de representación territorial.

Con el objeto de reforzar su funcionamiento, en la reunión de Santiago de Compostela de 2010 se decidió transformar estos encuentros en la Conferencia de los gobiernos de las comunidades autónomas. De esta manera, en marzo de 2011, también con la ausencia del País Vasco, se celebró en Santander la I Conferencia de comunidades autónomas.

En todo caso las reuniones comenzaron a espaciarse en el tiempo, no fructificando en un espacio de cooperación que pudiera consolidarse.

Cuestiones destacadas como el modelo de financiación y los criterios a tener en cuenta en el mismo han sido objeto de reuniones más recientes, con menor número de comunidades presentes, como las de Zaragoza de septiembre de 2018 o Santiago de Compostela en noviembre de 2021. En esa primera, con la participación de los Presidentes de Aragón, Asturias, Castilla y León, Castilla la Mancha, Galicia y La Rioja, se aprobó una declaración para, entre otras cuestiones, solicitar un acuerdo multilateral para el modelo de financiación, fundamentado en el pleno respecto a la Constitución y de forma particular en los artículos 138.2 y 139.1 CE. En la segunda, con la participación de dos comunidades más, Cantabria y Extremadura, se abordó el modelo de financiación autonómico apuntando la necesidad de que en el reparto de fondos deban tenerse en cuenta criterios como la dispersión geográfica, el envejecimiento de la población y los obstáculos que la propia orografía pudieran suponer. Se habló entonces, al hilo de este foro, de la reunión de los Presidentes de las comunidades más despobladas.

VIII. A modo de conclusiones

La utilidad de un instrumento de colaboración como la Conferencia de Presidentes está fuera de toda duda. Pero no solo esta dimensión vertical puede ser una pieza clave en un Estado descentralizado políticamente, también la horizontal, como se ha puesto de manifiesto en otros países desde hace mucho tiempo; el caso alemán podría ser un buen ejemplo.

En España hubo que esperar un cuarto de siglo desde la aprobación del texto constitucional para que se constituyera en su dimensión vertical y un poco más en una versión horizontal, aunque limitada ésta última inicialmente

a aquellas Comunidades Autónomas que habían aprobado sus nuevos estatutos de autonomía, los denominados estatutos de segunda generación.

Para que esta Conferencia de Presidentes, resucitada durante la pandemia, sea verdaderamente operativa debe funcionar, como así precisa su reglamento en su artículo primero, conforme el principio de lealtad institucional.

La lealtad, como ha repetido el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias, debe presidir «las relaciones entre las diversas instancias de poder territorial y constituye un soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico y cuya observancia resulta obligada» (*vid.* por todas la STC 247/2007, de 12 de diciembre), y que debe ponerse también de manifiesto evidentemente en el máximo órgano de cooperación política entre el Gobierno de la Nación y los gobiernos autonómicos. Cabe apuntar que los llamados de estatutos de nueva generación han recogido de manera expresa este principio³⁵. El interés general debe ser el que guie la actuación de este órgano, soterrando intereses particulares, por más que ello pueda resultar más que complejo en no pocas ocasiones. Ello en el marco de un «deber de colaboración ínsito a la estructura misma del Estado de las Autonomías» (STC 113/2019, de 3 de octubre). Y en él, cuestiones como la transparencia y la rendición de cuentas se revelan de suma importancia³⁶.

Casi han transcurrido ya dos décadas desde la primera reunión de la Conferencia de Presidentes³⁷. Un período en el que hemos vivido, seguimos viviendo, crisis de muy diferente tipo. La última, la crisis sanitaria derivada de la epidemia de Covid19 que permitió resucitar la Conferencia tras un largo período de letargo. Pero también crisis económicas, como la iniciada en 2008, o políticas, como la crisis derivada del *procés* y que tuvo su epicentro en el referéndum de independencia de 2017 y la posterior aplicación del artículo 155 del texto constitucional.

Nos encontramos ante un órgano que tiene la capacidad de convertirse en un instrumento fundamental en el marco de nuestro Estado de las autonomías. La propia exposición de motivos del vigente Reglamento de la Conferencia de Presidentes, aprobado en marzo de 2022 (Orden TER/257/2022, de 29 de marzo), destaca que ésta debe convertirse en la clave de bóveda o pieza clave del sistema de cooperación entre administraciones públicas.

35 STC 113/2019, de 3 de octubre.

Sobre la lealtad en el Estado autonómico *vid.* ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «La función de la lealtad en el Estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, 2008.

36 Sobre esta cuestión *vid.* GARCÍA MORALES, M.J., *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado Autonómico*, Institut d'Estudis de l'Autogovern, Barcelona, 2017.

37 Para una versión horizontal, aunque limitada inicialmente a un pequeño grupo de comunidades autónomas, hubo que esperar al final de esa misma Legislatura.

Ahora bien, no son pocos los obstáculos que debe superar. Nada menor es el hecho de que los actores puedan primar criterios meramente partidistas, en lugar de primar el que debería ser propio de este tipo de foros, como es dar voz a sus respectivos territorios. Y lo cierto es que en algunas Conferencias esa ha sido la impresión, al generarse bloques entre comunidades presididas por las dos principales fuerzas políticas, apoyando unas las iniciativas del gobierno de la Nación cuando son de su mismo color político y oponiéndose otras en una suerte de ariete contra el gobierno cuando son de signo contrario.

En este marco los alicientes económicos de alguna de estas convocatorias se han revelado fundamentales. Algo que puede ser determinante a la hora de pensar en una reunión de la Conferencia, ya que el color de los gobiernos autonómicos, especialmente cuando varios, o muchos de ellos, pueden ser de diferente signo al del Gobierno de la Nación, pueden ser un estímulo para una no convocatoria o, al menos, el retraso de la misma, hasta que la situación varíe, ya que ello puede plasmarse en una visible oposición a las políticas del gobierno.

Desde la óptica de las comunidades autónomas el esquema de incentivos ha sido evidente, pues como se ha apuntado «la realidad nos demuestra que solo se ha activado este instrumento de cooperación en momentos de aportaciones económicas complementarias, por parte de los órganos generales del estado, o ante particulares situaciones de crisis. En ambos casos, el verbo colaborar presenta un difícil encaje, pues, realidad, podríamos sustituirlo por la alocución presencia por conveniencia»³⁸. A ello se une que algunas comunidades autónomas, que prefieren los réditos de las negociaciones bilaterales, no han asistido a varias de sus reuniones. Por ejemplo, en la última celebrada antes de que se produjera su revitalización durante el estado de alarma no asistieron los presidentes de las comunidades autónomas de Cataluña y País Vasco.

La posible incorporación de la Conferencia de Presidentes en una hipotética reforma constitucional del Título VIII ha sido defendido por un sector de la doctrina³⁹, no en vano, como se ha apuntado, «la imprevisión constitucional de las técnicas de colaboración, cooperación y coordinación, así como

38 CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», cit., p. 71.

39 *Vid.* por todos, TAJADURA TEJADA, J., «La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma», *Revista de Derecho Político*, n.º 101, 2018, pp. 551 y ss. Más recientemente, este mismo autor ha apuntado que «en una futura reforma de la Constitución territorial, junto a un título dedicado al reparto de competencias, habría que incluir otro sobre el sistema de relaciones entre el poder central y los poderes territoriales. Este sería el lugar en el que habría que incluir el diseño básico de la Conferencia de Presidentes, como institución situada en la cúspide de un sistema piramidal de cooperación basado en el principio de lealtad», «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», cit., p. 79.

su insuficiente y desordenada regulación legislativa, han influido de forma determinante en el carácter yuxtapuesto con el que se ha desarrollado nuestro Estado autonómico» en el marco de una «dinámica que nos ha llevado a un “federalismo de conflicto” en lugar de a un “federalismo de cooperación”»⁴⁰. Una cuestión que se ha venido planteando desde tiempo atrás y que incluso fue considerada en el Informe del Consejo de Estado de 2006 sobre la reforma constitucional, aunque en este caso desechando su necesidad sobre la base de que el éxito y eficacia de la misma dependen en suma «de la voluntad política existente al respecto y de la conciencia de la necesidad de una actuación conjunta»⁴¹. Una reforma que podría encontrar acomodo a la par de la necesaria reforma del Senado superando su papel práctico de mera cámara de segunda lectura dando contenido por fin, cuatro décadas después, a su teórico papel de cámara de representación territorial.

Parece preciso continuar engrasando el engranaje de la cadena colaborativa que debiera integrar este órgano junto con el Senado y las conferencias sectoriales. Ahora bien, para ello resulta necesario integrar correctamente las diferentes voluntades, alejar en la medida de lo posible criterios partidistas sobre la base, debemos seguir insistiendo en esta idea, del principio de lealtad institucional.

Como apuntaron Gálvez y Ruíz resulta fundamental que «tanto el Estado central como las comunidades autónomas, superen los recelos históricos y entiendan que la cooperación intergubernamental va más allá de ser una mera —e importante— exigencia práctica para el adecuado funcionamiento de la estructura descentralizada». Su consolidación (tanto de la conferencia en su versión vertical como horizontal), precisará que lleguen a ser «percibidas por todos los actores del Estado de las autonomías como herramientas que posibilitan, de un lado, la participación de los Gobiernos autonómicos en las decisiones del Estado, a través del debate sobre las políticas públicas de ámbito estatal y sobre las actuaciones de carácter estratégico, y de otro lado, el intercambio mutuo de experiencias para un mejor conocimiento de la realidad española, necesario para que el Estado autonómico pueda actuar de modo coherente y eficiente en el escenario cada vez más interdependiente y globalizado»⁴². Se trata, en palabras de Díez Bueso, de «crear un ecosistema de relaciones de colaboración donde todas las piezas se articulen y retroalimenten: auxilio, cooperación y coordinación deben actuar en planos distintos e ir de la mano», alineando esa cooperación en el marco de «una

40 MONTILLA MARTOS, J. A., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», cit., pp. 37/38.

41 *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, Consejo de Estado, febrero de 2006, p. 266.

42 GÁLVEZ MUÑOZ, L., RUÍZ GONZÁLEZ, G., «Estado autonómico, cooperación intergubernamental y conferencias de presidentes», *Revista de Derecho Político*, n.º 86, 2013, p. 249.

planificación estratégica, que sirviera de base para todos los instrumentos de cooperación y, en su caso, resultara coherente y acorde con los objetivos de la coordinación estatal cuando ésta exista»⁴³.

La Conferencia de Presidentes se encuentra reconocida en una norma con rango de ley, dispone de un reglamento detallado de funcionamiento, pero más allá de todo ello sigue dependiendo de la voluntad política de los diferentes actores. Una cuestión aparentemente sencilla pero a la par compleja.

Como destaca Sáenz Royo, tras reseñar que el derecho no asegura el funcionamiento de este tipo de instrumentos, hay órganos que previstos normativamente no han sido constituidos (lo ejemplifica con la Conferencia Sectorial de Política Patrimonial prevista hace dos décadas); las relaciones de cooperación son relaciones, por naturaleza, de carácter voluntario, lo que puede hacer incluso contraproducente el intento de someterlas a un marco jurídico más o menos rígido; ello le lleva a considerar que ni la constitucionalización de la Conferencia de Presidentes ni un marco regulativo más detallado puedan suponer *per se* una mejora en su funcionamiento⁴⁴.

Si la pandemia de Covid19 generó una intensísima actividad de la Conferencia de Presidentes durante un primer momento, aunque meramente informativa en muchos casos, y una actividad más espaciada con posterioridad, lo cierto es que, ya vueltos a la normalidad, o esa nueva normalidad, como vino en denominarse, el interés por su convocatoria parece haberse enfriado o incluso sepultado en un clima de vehemente polarización política. Una tensión que probablemente se intensifique en los próximos meses a la vista del intenso calendario electoral que nos aguarda en este 2023. Da la impresión de que el interés por este órgano ha sido un mero espejismo coyuntural derivado de circunstancias extraordinarias difícilmente imaginables poco tiempo atrás. El primer botón de muestra de este desinterés lo tenemos en ese incumplimiento de la periodicidad establecida en el nuevo reglamento. La lealtad institucional es el elemento sobre el que deberían girar las relaciones de colaboración en nuestro Estado autonómico, aunque lo cierto es que la experiencia de estos años, al que se une ahora este incumplimiento, nos hace ser muy escépticos con este desiderátum. Si bien cuando se convocó por primera vez la Conferencia de Presidentes suscitó muchas esperanzas, y algo parecido ocurrió con su intensa actividad durante la pandemia, tanto entonces como ahora la dinámica partidista terminó por desinflarlas.

43 DÍEZ BUESO, L., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 49, 2022, pp. 58.

44 SAÉNZ ROYO, E., «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 49, 2022, pp. 68.

IX. Bibliografía

- AA.VV.** «Encuesta sobre la cooperación en el estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 49, 2022.
- Álvarez Álvarez, L.**, «La función de la lealtad en el Estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, 2008.
- AJA FERNÁNDEZ, E.**, «La Conferencia de Presidentes del Estado Autonómico», *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006.
- BOCANEGRA SIERRA, R., HUERGO LORA, A.**, *La Conferencia de Presidentes*, Iustel, Madrid, 2005.
- CÁMARA VILLAR, G.**, «La Conferencia de Presidentes como instrumento de integración para el Estado autonómico: problemas y perspectivas», *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, vol. I, Colex-INAP, Madrid, 2005.
- CÁMARA VILLAR, G.**, «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004
- DE PEDRO BONET, X.**, «La Conferencia de los gobiernos de las comunidades autónomas», *Informe Comunidades Autónomas 2010*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L., RUÍZ GONZÁLEZ, G.**, «Estado autonómico, cooperación intergubernamental y conferencias de presidentes», *Revista de Derecho Político*, n.º 86, 2013.
- GARCÍA MORALES, M.J.**, *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado Autonómico*, Institut d'Estudis de l'Autogovern, Barcelona, 2017.
- GARCÍA MORALES, M.J.**, «La conferencia de gobiernos cantonales en suiza: regulación y balance de funcionamiento», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 72, 2005.
- HÖHNE, B.**, «Los Parlamentos de los Länder de la RFA y la política de emergencia en la pandemia de la Covid19», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 23, 2022.
- REVIRIEGO PICÓN, F.**, «El Senado y la Conferencia de Presidentes», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, 2006.

TAJADURA TEJADA, J., «La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma», *Revista de Derecho Político*, n.º 101, 2018.

TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares, Granada, 2000.

EN CLAVE ACTUAL: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y AUTONOMÍA LOCAL

Juan Francisco Sánchez González

Doctor en Derecho. Profesor tutor UNED Pontevedra

Prof. Acred. Contratado Doctor ANECA

juasanchez@pontevedra.uned.es

I. La autonomía local en la Constitución: reconocimiento de personalidad jurídica a las entidades locales

La autonomía se puede identificar como principio organizativo que implica el reconocimiento para los entes que la ostentan, de una cierta independencia funcional en el desempeño de las competencias encomendadas¹.

La existencia de un ámbito de libertad es la nota distintiva que caracteriza la posición en la que se encuentran los titulares del derecho a la autonomía y la diferencia de los entes sujetos a una relación de jerarquía.

En el ámbito de las entidades locales el reconocimiento de personalidad jurídica propia y diferenciada del resto de administraciones públicas y de un ámbito de facultades públicas atribuidas para su ejercicio constituye el fundamento de esa idea de libertad.

Este es el significado con el que se precisa la autonomía en la Constitución a través de los términos establecidos en los artículos 137 y 140, al señalar el primero que todas estas entidades territoriales «gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses», y, el segundo que «la Constitución garantiza la autonomía de los municipios».

1 Vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.F., «Autonomía local y tutela financiera». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, ISSN 0210-2161, n.º Extra 3, 2022 (Ejemplar dedicado a: Endeudamiento local) p. 1.

El concepto de autonomía local se modifica a través de su reconocimiento constitucional cambiando radicalmente el sistema de relación de las entidades locales con la administración del Estado. Esta relación abandona el sometimiento de los actos de la vida local a autorización o aprobación de éstos por el Estado y pasa a un sistema de libertad en el marco y bajo los principios y el control establecido en el ordenamiento jurídico.

En palabras del profesor L. Parejo Alfonso, «(...) el proceso de transformación del régimen local ha supuesto el desmantelamiento prácticamente total de los poderes de control ejercidos hasta ese momento por la Administración del Estado»².

Sin embargo, esa afirmación del reconocimiento de un ámbito de libertad, en el que desaparece el riguroso control ejercido por el Estado, no significa que sea absoluto. La autonomía supone, en este sentido, una libertad de actuación, si bien en los límites disciplinados por el ordenamiento jurídico. Será éste el que deba circunscribir el ámbito específico de libertad que entraña la idea de autonomía. De este modo, el poder para la gestión de los respectivos intereses locales se ejerce en el marco del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 2 de febrero de 1981, afirmaba que: «(...) hace referencia al poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía y aún este poder tiene sus límites dado que cada organización territorial dotada de autonomía es parte de un todo. En ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2.º de la Constitución española»³.

Un límite fundamental a esa autonomía local viene determinado por la necesidad de someter a aprobación por el legislador ese ámbito de libertad. La autonomía se circunscribe, por la aplicación del artículo 137 de la Constitución, a la gestión de sus respectivos intereses. Lo que, en último extremo, se traduce en un ámbito de competencias que define su esfera de actuación. Y ese haz de competencias viene delimitado por el legislador estatal o autonómico.

Será el legislador el que delimitará los distintos aspectos que integran el estatuto jurídico de las entidades locales, regulará los aspectos esenciales de su organización, la esfera de competencias que corresponda a los distintos niveles de las administraciones territoriales en función de sus intereses respectivos.

Así pues, el estatuto jurídico de las entidades locales viene delimitado por el legislador que regula lo medular en su funcionamiento, sin perjuicio del

2 Cfr. PAREJO ALFONSO, L., «La autonomía local en la Constitución», *Tratado de Derecho Municipal*, 2.ª Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 7.

3 Cfr. STC. 4/1981, de 2 de febrero. FJ 3.

reconocimiento de la potestad de autoorganización reconocida para, a partir de las mismas premisas fijadas por el legislador, materializar las necesidades y situaciones de la corporación local a través de sus disposiciones normativas.

En definitiva, lo que consideramos necesario advertir es que, falta en nuestro ordenamiento jurídico constitucional una delimitación precisa de las relaciones de las distintas administraciones públicas⁴, lo que ha conducido a algún autor a afirmar que se ha consagrado la «(...) desconstitucionalización de la estructura del Estado», en el sentido de que se ofrecía la apertura de un modelo de organización territorial en que se posibilitaba, desde su mismo origen, la construcción tanto de un Estado unitario y centralizado como de otro Estado descentralizado, e, incluso, fórmulas confederales, sin tener que sufrir modificación formal, dado que era interpretable desde el propio Texto constitucional⁵.

Esta afirmación también es trasladable al ámbito local, en donde, a diferencia de otros textos constitucionales, es difícil conjugar el principio de autonomía de las entidades locales con el establecimiento de un sistema de control por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas⁶.

4 Vid. ENTRENA CUESTA, R., «Comentario a los artículos 137, 140, 141 y 142». pp. 2085-2103 y 2121- 2163, *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1986, 2.ª ed.

5 Cfr. CRUZ VILLALÓN P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, num. monográfico 4, 1982, pp. 33-63.

Sobre este aspecto y la complejidad del Estado desde la óptica territorial tras la aprobación del Texto Constitucional se ha pronunciado en muchísimas ocasiones el «Maestro». Por ejemplo, en RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Entre el Federalismo y el Confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías*. Biblioteca nueva, Madrid, 2010, pp. 160-189.

6 Vid. Art. 130 de la Constitución italiana de 1947, en donde se señalaba que el órgano encargado del control (un organo de la Regione) estaría constituido según el modo establecido por las leyes de la República. Sin embargo, el art. 130 ha quedado derogado, al igual que los arts 128 y 129, por la Ley Constitucional n.º 3 de 2001, que viene a introducir una reforma profunda en el sistema de organización territorial de la República italiana. De este modo según la redacción del art. 114, que también se ha modificado, el Estado se dividía en Municipios, Provincias y Regiones. Se establecía una visión orgánica y jerarquizada de los ordenamientos: los entes autónomos eran considerados parte del Estado, de modo que las Regiones y los entes locales venían calificados como elementos constitutivos de aquél. Con el nuevo Texto constitucional la República está integrada por los Municipios, las Provincias, las Regiones y el Estado, diseñándose un sistema interinstitucional en red, según el cual tanto el Estado como los otros niveles institucionales son, desde su respectiva autonomía (organizativa, normativa y política), elementos constitutivos de la República. Esta línea parece elevar de nivel la posición que ocupaban estos entes en relación con el Estado, siempre respetando la soberanía que se considera atributo del Estado, frente a la autonomía reconocida a estos entes. Sobre la relevancia de la modificación constitucional italiana, cfr. ROLLA, G., «La posición constitucional de los entes locales tras la reforma constitucional del 2001», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, num 52/53, Valencia, 2007, pp. 155-184.

En este sentido nos parece interesante estudiar la visión que en la actualidad se ha dado al concepto de autonomía local por el Tribunal Constitucional a partir de las últimas reformas que se han operado sobre el régimen jurídico de las entidades locales. Para ello analizaremos ese régimen jurídico y las últimas modificaciones operadas sobre la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local.

II. El régimen jurídico de la autonomía local

La responsabilidad de diseñar el régimen jurídico de las entidades locales se ha encomendado al Estado a través del título competencial recogido en el artículo 149.1.18 de la Constitución española, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre la regulación básica del régimen jurídico de las administraciones públicas y por tanto también la administración local, pudiendo las Comunidades autónomas desarrollar esta competencia vía estatutos de autonomía y legislación de desarrollo sobre el régimen local.

De este modo, el Estado dicta la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, que ha venido a establecer el marco normativo básico para las entidades locales a partir de las precisiones contenidas, fundamentalmente en los artículos 25, 26 y 7.4 de dicho texto legal. Esta norma se complementa con el Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y el Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

Las Comunidades autónomas, tras la aprobación de la Constitución, han asumido competencias para desarrollar el régimen básico de las Entidades locales en su territorio, mediante su reconocimiento estatutario y su regulación en distintas disposiciones normativas⁷.

Esta regulación sobre el concepto autonomía a nivel estatal y autonómico se completa con la cita obligada a la Carta europea de la autonomía local, entendida como tratado internacional aprobado en el seno del Consejo de Europa en Estrasburgo en 1985 en defensa y fortalecimiento de la autonomía local, que fue ratificado por España en 1988.

La Carta europea de la autonomía local recoge en su artículo 2, que el principio de autonomía local debe estar reconocido en la legislación interna y en la Constitución y en su artículo 3, entiende la autonomía local como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales para ordenar y gestionar una parte de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

7 Vid, por ej. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Artículos 89 a 98.

Al alcance de la autonomía local, se refiere su artículo 4, al afirmar que las entidades locales han de tener libertad para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra entidad. Además, sus competencias han de ser plenas y completas.

Este contexto se complica en la medida en que el régimen jurídico de las entidades locales no se agota con la regulación básica estatal o de desarrollo de las Comunidades autónomas. Ante la ausencia de un texto a nivel constitucional que delimite con precisión ese término autonomía local⁸, se debe recurrir a la legislación sectorial en cada materia, que será la que, en definitiva, concrete el ámbito de actuación de los ayuntamientos y delimitará con mayor precisión su ámbito funcional.

No podemos desconocer que en los últimos años, el Estado, reacio a reconocer con facilidad ámbitos de no-intervención, en los cuales permanezca al margen sin ejercer ningún tipo de tutela, se ha replanteado esa percepción sobre el alcance de la autonomía local y ha aprobado todo un marco de regulación llamada in extenso, en materias en donde, con facilidad, se podrían hallar intereses propiamente locales, o incluso autonómicos, lo que ha conducido no sólo a desvirtuar la autonomía local sino a considerar en idénticas condiciones a las entidades locales, como se consideró en la etapa inicial tras la aprobación de la Constitución.

Se procede a tratar del mismo modo a municipios con territorios muy extensos y con escasa población y a territorios pequeños con mucha densidad de población y a la inversa, distorsionando por mera homogeneización la realidad municipal sin atender a las evidentes diferencias entre municipios⁹.

Este criterio homogéneo de tratamiento fue abordado por el legislador hace años, modificándose la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local a través de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que vino a reconocer la singularidad de los municipios grandes, atribuyéndoles un régimen particular, bajo el marco de municipios de gran población.

En el año 2005 con la publicación del Libro Blanco de Reforma del Gobierno Local, se abre un proceso llamado de «Segunda Descentralización», en el que se planteaba como hipótesis de maduración de las Comunidades autónomas y la asunción por las mismas de la responsabilidad de desarrollar el contexto necesario para hacer efectiva la autonomía local de los municipios en su territorio.

8 Vid., SANCHEZ GONZÁLEZ J.F., «Estudio sobre el alcance de la autonomía local en el constitucionalismo español». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, n.º 17, 2013, p. 430.

9 Por sólo tener en cuenta los elementos económico y poblacional, nada tienen que ver el ayuntamiento de Valencia con 1.010 millones de euros de presupuesto en 2022 y 795.000 habitantes, con el ayuntamiento de Pontevedra, con 85 millones y 84.000 habitantes o el ayuntamiento de Pazos de Borbén, con 3000 habitantes y 1,8 millones de euros de presupuesto en 2022.

La última modificación de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ha supuesto un cambio en el paradigma y la percepción sobre la autonomía local. El Estado deja de ser garante de la autonomía para municipios y provincias y pasa a determinar su ámbito decisional, dejando muy poco o ningún margen de actuación tanto a las Comunidades autónomas como a los municipios.

Esta nueva regulación es debida a la necesidad de adaptar la normativa local a las previsiones de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que desarrolla la reforma del artículo 135 de la Constitución, con motivo de dotar de estabilidad los mercados de deuda tras la crisis económica que se evidenció con una ferocidad implacable en 2011, obligando a España, desde las instancias europeas a acometer medidas de contención del gasto y de reducción del endeudamiento.

La nueva Ley de bases de régimen local, ha reforzado los controles, autonómicos o estatales, sobre el ámbito municipal, ha establecido el seguimiento y análisis de las prestaciones de servicios por la Diputación Provincial y ha suprimido competencias municipales sobre servicios tradicionalmente complementarios, habiéndose planteado ante el Tribunal Constitucional si tal modificación vulneraba la autonomía local tal como detalla nuestro ordenamiento constitucional, en línea con las advertencias que planteaba el Consejo de Estado, en el contexto de su aprobación, a través del Dictamen 567/2013, al anteproyecto de la Ley.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta última reforma son fundamentales para delimitar el concepto de autonomía local que manejamos en la actualidad y sobre el que examinaremos las líneas evolutivas desde la óptica constitucional para analizar, en clave actual, el alcance de su significado.

III. Las sentencias del Tribunal Constitucional 41/2016 y 111/2016

No pretendemos realizar un análisis pormenorizado de las consideraciones que valora el Tribunal Constitucional sobre el alcance de la autonomía local tras la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, pero si ilustrar de las premisas que fueron consideradas con las sentencias y de las conclusiones con repercusión en el concepto analizado, pues ya se han planteado estudios en profundidad al respecto¹⁰.

10 Cfr. ARROYO GIL, A. «Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 38, 2016, pp. 701-716.

En síntesis, se consideró inconstitucional el 57 bis LBRL (introducido por el art. 1.17 LRSAL), a través del cual el Estado, aunque no sea el acreedor, podía aplicar retenciones a las Comunidades autónomas en el caso de que estas no cumplan con sus obligaciones de pago frente a los entes locales. Estas retenciones se efectuarían con cargo a las transferencias que correspondan a las Comunidades autónomas por aplicación del sistema de financiación. Además, se trataría de retenciones imperativas, es decir, que se realizarían al margen de la voluntad de las partes afectadas.

Se consideró que, en la medida en que se estaba afectando directamente a las relaciones financieras del Estado con las Comunidades autónomas, materia objeto de reserva a ley orgánica, careciendo de ese carácter formal la Ley de racionalización, no cabría más que declararlo inconstitucional¹¹.

La disposición adicional undécima de la Ley 27/2013, relativa a la compensación de deudas entre administraciones públicas por asunción de los servicios y competencias a que se refieren las disposiciones transitorias primera y segunda del mismo texto, así como las disposiciones transitorias primera y segunda, que establecen, respectivamente, la prohibición de que las Comunidades autónomas puedan atribuir a los entes locales, como «competencias propias», la participación en la gestión de los servicios de atención primaria a la salud, así como la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.

En estos casos, el Tribunal entiende que se produce una intromisión intolerable del Estado en el ámbito competencial autonómico, de ahí que concluya declarando la inconstitucionalidad de tales disposiciones.

Interesante resaltar la particular configuración competencial que asume el Tribunal Constitucional detallando que la Ley 7/1985 reguladora de las bases de régimen local, en su artículo 25.2 Ley bases de régimen local identifica las materias respecto de las cuales los municipios deben tener, en todo caso, «competencias propias», sin que este precepto atribuya directamente tales competencias a los municipios, ya que esta es una función que corresponde necesariamente hacer a la legislación sectorial, estatal y autonómica. Además, se ha de entender que la enumeración contenida en este art. 25.2 LBRL es de mínimos, de modo que el Estado y las Comunidades autónomas, cuando consideren que existe algún interés local, podrán otorgar competencias propias a los municipios más allá de las previstas en ese precepto, y siempre y cuando, lógicamente, estas últimas lo hagan dentro del ámbito de las competencias que tienen asumidas en sus propios Estatutos de autonomía, y sin perjuicio también de que para hacerlo hayan de sujetarse a las condiciones previstas en los apartados 3, 4 y 5 del citado art. 25, es decir, que se haga a través de una norma con rango de ley, teniendo en cuenta los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad

11 STC 41/2016, de 3 de marzo. F.J.16.

financiera; que se incluya una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o actividad, y que se prevea la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones públicas; y que se garantice que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública.

La conclusión del Tribunal es obvia: el Estado «sólo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que estas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate». «En materias de competencia autonómica, sólo las Comunidades autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle». En consecuencia, el legislador básico estatal se ha extralimitado en este punto del título competencial derivado del art. 149.1.18 de la Constitución¹².

Se declara igualmente inconstitucional la disposición transitoria tercera de la Ley 27/2013, que disponía la asunción por las Comunidades autónomas de los servicios de inspección sanitaria que venían prestando los municipios, considerando que se han extralimitado los márgenes de la competencia básica del art. 149.1.18 CE, produciéndose, en consecuencia, una invasión de las competencias autonómicas estatutariamente asumidas, al prohibirles la descentralización de tales servicios a favor de los municipios de su correspondiente ámbito territorial¹³.

Del mismo modo la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/2013 en el apartado que establece el tipo de norma y el órgano autonómico competente («Decreto del órgano de gobierno») para acordar la disolución de las entidades locales menores ya constituidas en el supuesto de que no presenten sus cuentas ante los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad autónoma. En tal contexto el Estado excede claramente los límites de su competencia, al tratarse de una cuestión de organización administrativa que incumbe determinar en exclusiva a la propia Comunidad autónoma¹⁴.

La disposición transitoria 11.ª, párrafo tercero, en la identificación del término «órgano autonómico competente» («Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma») para declarar la disolución de las mancomunidades que no hayan adaptado sus Estatutos a la Ley 27/2013.

El Tribunal considera que, al tratarse de una cuestión propia de la autonomía organizativa de las Comunidades autónomas, no le corresponde al legis-

12 STC 41/2016, de 3 de marzo. FJ 10 y 13.

13 STC 41/2016, de 3 de marzo. FJ 13.

14 STC 41/2016, de 3 de marzo. FJ 7.

lador estatal básico determinar cuál es el órgano autonómico competente para llevar a cabo tal declaración de disolución de las mancomunidades¹⁵.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de junio destacamos la declaración de inconstitucionalidad de las referencias en el artículo 26.2 de la Ley 7/1985 en la redacción dada por el artículo 1.9 de la Ley 27/2013 «al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas» y «para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera».

El Tribunal Constitucional entiende que del art. 149.1.18 CE no cabe derivar a favor del Estado funciones de carácter ejecutivo, tal y como ha venido sosteniendo el propio Tribunal en jurisprudencia reiterada¹⁶, de ahí que haya que considerar una invasión de la competencia autonómica la atribución de una función de tal carácter a favor del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el referido art. 26.2 LBRL.

Respecto de las materias a las que se refiere la mayor parte de los servicios enumerados en este artículo son las Comunidades autónomas las que tienen conferidas las competencias ejecutivas: «gestión en materia de protección del medio ambiente» (art. 148.1.9 CE), «sanidad e higiene» (art. 148.1.21 CE), proyección, construcción y explotación de los «aprovechamientos hidráulicos» y «aguas minerales y termales» (art. 148.1.10 CE), «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (art. 148.1.3 CE), «ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma» (art. 148.1.5 CE) y «obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio» (art. 148.1.4 CE).

Por su parte, aunque el art. 149.1.23 CE reconoce al Estado competencia en materia de medio ambiente, esta alcanza solo a las bases, sin que, por tanto, este precepto pueda dar cobertura a tareas de ejecución como la ahora enjuiciada¹⁷.

Otro tanto cabe afirmar respecto de los títulos coordinación general y bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE)¹⁴. Por todo ello, los incisos arriba mencionados son declarados inconstitucionales y nulos.

También es declarada inconstitucional la disposición adicional 16 de la Ley 7/1985 LBRL, introducida por el artículo 1.38 de la Ley 27/2013. De este modo, a partir de la publicación de la sentencia, «cuando el Pleno de la Corporación no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos», ya no podrá aprobarse por parte de la Junta de Gobierno Local: «el presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre

15 STC 41/2016, de 3 de marzo. FJ 8.

16 SSTC 214/1989, FJ 1; y 41/2016, FFJJ 3 a), 5, 6 c) y 7 c).

17 Cfr. por todas, STC 33/2005, de 17 de febrero, FFJJ 8 y 9.

que previamente exista un presupuesto prorrogado»; «los planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril»; «los planes de saneamiento de la Corporación Local o los planes de reducción de deudas»; y «la entrada de la Corporación Local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y, en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a Entidades Locales con problemas financieros»¹⁸.

Considera el Tribunal Constitucional que «al hurtar al pleno —como órgano constitucionalmente necesario de los ayuntamientos y diputaciones— de tareas sumamente trascendentes, (...), y al atribuir las a la junta de gobierno —como órgano eventual, carente de relieve constitucional y configurado legalmente con marcado «carácter ejecutivo»— (...) ha impuesto un sacrificio a un principio medular, definitorio de la propia autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) y de la competencia estatal misma que da cobertura a la intervención legislativa (art. 149.1.18 CE); un principio constitucionalmente proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE; STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8).

No se trata de negar la legitimidad democrática o la capacidad representativa con que también cuenta, naturalmente, la junta de gobierno local. Se trata de constatar que la disposición adicional decimosexta LBRL afecta singularmente a dos dimensiones del principio democrático, convenientemente aisladas por la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4 a): de un lado, la dimensión que exige tendencialmente que las decisiones vinculadas al destino de la comunidad sean tomadas conforme al principio mayoritario por órganos colegiados de naturaleza representativa; y, de otro, la que garantiza, también tendencialmente, que, en el marco de procedimientos deliberativos, la minoría pueda formular propuestas y expresar su opinión sobre las propuestas de la mayoría, sin predeterminedar necesariamente resultados, pero con la posibilidad abstracta de influir en ellos»¹⁹.

No puede perderse de vista que este principio, en cuanto tal, no puede cerrar los amplísimos espacios de configuración que la Constitución asigna al legislador básico a la hora de regular los órganos de gobierno locales y repartir tareas entre ellos; en lo que ahora importa, obliga solo a que, respecto de aquellas decisiones determinantes de la vida de la comunidad local (...), tenga muy buenas razones para sustraerlas a la competencia del órgano representativo que expresa el pluralismo político de esa comunidad así como para suprimir o reducir los beneficios inherentes a la democracia deliberativa.

18 STC. 111/2016, de 9 de junio. FJ 8.

19 STC. 111/2016, de 9 de junio. FJ 8.

Ello exige desarrollar un juicio —calificado de «ponderación» en la doctrina constitucional— que identifique los bienes en juego, calibre su importancia y determine si el beneficio asegurado a uno compensa el sacrificio impuesto a otro («regla de prevalencia condicionada», en términos de la STC 103/2001, de 23 de abril, FJ 10)».

Y en esa tarea de identificación del otro término de la ponderación, el Tribunal no duda en señalar que el mismo no es otro que el «principio constitucional de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)».

Nos encontramos, por consiguiente, ante dos principios que tienen expreso reconocimiento constitucional (principio democrático: art. 1.1 CE / principio de estabilidad presupuestaria: art. 135 CE), y que, según el Tribunal, ostentan, «prima facie, la misma relevancia constitucional. Sin embargo, es más que evidente que no son equivalentes, esto es, bienes a los que la Constitución haya asignado el mismo peso.

La democracia es principio fundacional del propio Estado constitucional (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5), «valor superior de nuestro ordenamiento reflejado en el art. 1.1 CE» (STC 204/2011, FJ 8) y fundamento, tanto de la autonomía local (STC 103/2013, FJ 6), como de la competencia estatal misma para regular los órganos de gobierno de los entes locales y para repartir asuntos entre ellos (STC 33/1993, FJ 3).

Las ventajas (eventuales e indirectas) para la estabilidad presupuestaria propiciadas en algunos casos por la disposición adicional decimosexta LBRL no superan ampliamente —ni compensan mínimamente— los relevantes perjuicios causados al principio democrático. (...)

La disposición controvertida establece una solución que vulnera el principio democrático al imponer sobre él un sacrificio muy relevante que no puede entenderse justificado en otros valores, bienes o principios.

Resulta interesante resaltar el juicio de adecuación a la Constitución del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 36.1 g) y 36.2 a), segundo párrafo, Ley 7/1985, en la redacción dada por el artículo 1.13 de la Ley 27/2013, no son inconstitucionales siempre y cuando sean interpretados tal y como se dispone en los FFJJ 11 y 12 c), respectivamente, de esta Sentencia.

Esto es, a las diputaciones provinciales, consejos y cabildos insulares, así como a las Comunidades autónomas uniprovinciales les seguirá correspondiendo «la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes».

El Tribunal entiende que el art. 36.1 g) LBRL no transfiere a la diputación provincial, en su totalidad, la prestación de servicios de administración electrónica y de la contratación en municipios con menos de 20.000 habitantes, pues algo así sería incompatible con la potestad de autoorganización

que corresponde a los propios municipios, incluidos los de menor población, como manifestación de la autonomía que tienen constitucionalmente garantizada en el art. 137 CE.

El artículo 36.1 g) LBRL se limita a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión», prevista en la letra b) de este art. 36.1 LBRL.

A mayor abundamiento, hay que tener también presente que el art. 31.2a) LBRL establece como «finés propios y específicos de la Provincia garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales, en el marco de la política económica y social y, en particular: (...) Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal».

De esta forma, se ha de entender que lo que pretende el art. 36.1 g) LBRL es hacer efectivos unos servicios, en el ámbito de la administración electrónica y de la contratación, que los municipios con población inferior a 20.000 habitantes pueden no ser capaces de satisfacer adecuadamente. Cumple así la diputación provincial la función institucional que le es más propia: cooperar y prestar asistencia a los municipios de su ámbito territorial en el desempeño de las tareas que los mismos tienen encomendadas. De ahí que, según el Tribunal, no pueda entenderse que se produce una vulneración de la autonomía municipal. Por el contrario, esta actividad provincial contribuye a que la misma sea real y efectiva.

Por otro lado, en relación con el art. 36.2 LBRL, se ha de tener presente que el legislador estatal, a partir de su título competencial comprendido en el art. 149.1.18 CE, y según lo ha venido entendiendo la jurisprudencia constitucional, puede o bien incrementar o bien reducir las competencias de las diputaciones provinciales (la autonomía constitucionalmente garantizada: arts. 137 y 141 CE), siempre y cuando ello no implique una vulneración del principio de autonomía municipal, que goza también de la correspondiente garantía constitucional (arts. 137 y 140 CE). Es más, en la medida en que la provincia viene determinada por la agrupación de municipios, cuyos órganos de gobierno (los Ayuntamientos) son elegidos directamente por los vecinos, cabe entender que a estos les corresponde un grado de autonomía superior al que cabe reconocer a las diputaciones provinciales. O, dicho de otro modo, la autonomía provincial, en todo caso, puede servir al fin de hacer real y efectiva la autonomía municipal, cuando esta se vea en riesgo a causa de la escasa capacidad de gestión de los municipios como consecuencia de sus dimensiones. Lo que no resultaría admisible es que esa misma autonomía provincial viniese a debilitar la autonomía de los municipios de su ámbito territorial.

A partir de esta premisa de fondo, según reconoce el propio Tribunal Constitucional, «[la garantía constitucional de la autonomía local no impide

por sí que el legislador atribuya a la diputación provincial competencias de coordinación en sentido estricto, como «límite efectivo» al ejercicio de las atribuciones municipales (STC 214/1989, FJ 18). Los arts. 137 y 140 CE no imposibilitan esta atribución, imponen solo condiciones. (...) la competencia provincial de coordinación, además de estar específicamente atribuida y suficientemente determinada, debe responder a la protección de intereses supramunicipales; una amplia indeterminación normativa equivale a confiar a la propia entidad coordinadora la forma y alcance de su «cierto poder de dirección» sobre el ente coordinado; un poder que estaría, en realidad, autoatribuido en contra de la doctrina constitucional. A su vez, el legislador, dentro de los amplios márgenes con que cuenta para diseñar fórmulas de coordinación provincial, debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserve el municipio sea tendencialmente correlativo al nivel de interés municipal presente en el asunto de que se trate.

Tal como recuerda la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), «se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local 'en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias' (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, FJ 9, entre muchas; en el mismo sentido, últimamente, SSTC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 6, y 92/2015, de 14 de mayo, FJ 4)»²⁰.

IV. Últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la autonomía local

La jurisprudencia constitucional actual no se ha pronunciado para precisar el ya debilitado y confuso concepto de autonomía local. Se ha ido asentando el diseño con el que se confeccionó la Ley 27/2013 de racionalización, recurriendo a mecanismos que distorsionan los efectos de la reforma, véase por mera inercia, en la medida en que el papel que asumen las diputaciones provinciales con municipios de menos de 20.000 habitantes no está funcionando en lógica de asumir sus servicios y sólo devolverlos para la gestión municipal si se acredita un coste efectivo inferior al que se le genera a la Diputación (ex artículo 26 de la Ley 7/1985 de bases de régimen local).

Del mismo modo, las Comunidades autónomas han llevado a cabo iniciativas normativas que contravienen el criterio y fin perseguido por la Ley 27/2013²¹, siendo consentidas por el Estado mediante acuerdos transaccionales suscritos con las propias Comunidades autónomas, y, en lo relativo

²⁰ STC. 111/2016, de 9 de junio. FJ 12.

²¹ Véase, entre otras, la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

a los servicios sociales, a través de una Carta del Secretario de Estado de Administraciones Públicas y de una Nota explicativa de la Reforma Local que asumía que tales servicios seguirían prestándose por los Ayuntamientos a partir del 31 de diciembre, fecha de finalización del período transitorio establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 27/2013 hasta que se aprobaran las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y local.

Las sentencias que se han dado hasta la fecha no resultan innovadoras y se fundamentan en la construcción ya expuesta sobre la garantía institucional de la autonomía local, evidenciando el escaso margen de actuación para el reconocimiento de una autonomía local de alcance político, máxime tras la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y las exigencias de control o tutela financiera que se ha intensificado por el Estado.

En este contexto quisiéramos resaltar el estudio actual de las sentencias de impacto para mantener el criterio que sostiene el Tribunal Constitucional y reflejar el mantenimiento en la tendencia jurisprudencial dejando entumecida y a la espera de alguna modificación más osada que eleve a nivel constitucional las reformas necesarias para hacer efectivo el principio de autonomía local diseñado en la Carta europea de la autonomía local.

Nos parece interesante destacar el contenido de la Sentencia de Tribunal Constitucional 137/2018, de 13 de diciembre, que viene a declarar inconstitucional el artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza al considerar que contraviene la normativa básica estatal y priva al pleno de la corporación de su potestad para expresar la voluntad del ayuntamiento en relación con el gobierno de las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza.

El artículo 14.1 u) de la Ley de Aragón 10/2017, al atribuir al Gobierno de Zaragoza «la formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de junta general», no se opone formal o literalmente, al artículo 123.1 k) LBRL, que recoge una atribución del pleno recogida por lo demás, en los mismos términos literales, en el artículo 11.1 k) de la Ley autonómica. Pero materialmente sí entra en contradicción efectiva e insalvable con la normativa básica, al reducir el acuerdo de creación de la sociedad mercantil local a un acto vacío de una parte del contenido fundacional que le es propio.

En particular, contradice lo dispuesto por el artículo 85 ter.3 LBRL, al impedir que el pleno decida, al aprobar los estatutos de la sociedad, cuál es «la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de estas».

El legislador básico estatal ha reservado al pleno municipal la facultad de optar por una u otra fórmula organizativa en las sociedades mercantiles

locales, dentro naturalmente del margen de configuración dispuesto por el ordenamiento jurídico. La ley autonómica, al desapoderar al pleno de este ámbito de decisión, invade el espacio de autoorganización local garantizado por la normativa básica estatal, e incurre con ello en vulneración del artículo 149.1.18 CE²².

Destacamos, del mismo modo la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2020, de 15 de julio, que viene a declarar inconstitucionales los preceptos de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana, en particular, la letra b) del apartado 4 de la disposición transitoria cuarta y el inciso «de acuerdo con la distribución establecida en el apartado 4 b) de la disposición transitoria cuarta» recogido en la letra b) del apartado 2 de la disposición transitoria quinta.

Estos artículos especifican los porcentajes de financiación por las diputaciones provinciales de costes de personal y prestaciones municipales, resultando especialmente interesante al recordar la doctrina establecida sobre el significado y alcance de la garantía constitucional de la autonomía provincial que se recoge constitucionalmente en los artículos 137 y 141 de la Constitución y la doctrina sobre la autonomía y suficiencia financiera de las diputaciones provinciales que se recoge en el art. 142 de la Constitución.

La sentencia recuerda que la Constitución «no precisa las competencias que corresponden a los entes locales» [STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), citando la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3]. Distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las comunidades autónomas (las competencias atribuidas por los estatutos de autonomía y las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE).

A su vez, en consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), la Constitución no encomienda en exclusiva la regulación y la asignación de las competencias locales ni al Estado ni a las comunidades autónomas, pues cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y atribuir las competencias de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía asegurada en los arts. 137, 140 y 141 de la Constitución²³.

A la hora de asignar o suprimir competencias locales al amparo de sus atribuciones estatutarias, la Comunidad autónoma debe respetar las referidas bases del régimen local²⁴, pero además debe respetar la garantía constitucional de la autonomía local y también la regulación sobre régi-

22 STC 137/2018, de 13 de diciembre. FJ 3.

23 STC 214/1989, FJ 3 a).

24 SSTC 214/1989, FJ 3 a); 159/2001, FJ 4, y 121/2012, de 5 de junio, FJ 7.

men local que pueda eventualmente incluir su propio estatuto de autonomía, salvo que esta última fuera incompatible con aquellas bases²⁵.

La autonomía local constitucionalmente garantizada se configura como una garantía con un contenido mínimo que el legislador debe respetar; «se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, para lo que deben estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible²⁶.

Las leyes sectoriales «deben ponderar los intereses locales y supralocales involucrados, asegurando ‘que los municipios tengan competencias propias en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal’ y, en general, una capacidad de intervención en los asuntos que les afectan tanto más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a los intereses municipales»²⁷.

La doctrina referida, además de asumir que la capacidad de intervención de los distintos entes locales en los asuntos que les afectan debe ser tanto más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a sus intereses en un determinado ámbito, supone asumir una segunda perspectiva —que no es sino el reverso de la misma idea—: la de que el legislador sectorial, atendiendo, en este caso, a intereses de alcance supralocal, pueda conferir a instancias políticas supramunicipales (por ejemplo, cabildos, consejos insulares, diputaciones o comunidades Autónomas) mecanismos de intervención sobre el ámbito competencial local que limiten la autonomía municipal [STC 107/2017, de 21 de septiembre, FJ 3 c)], —o en su caso que limiten la autonomía provincial cuando se trate de mecanismos de intervención autonómica que supongan una limitación de esta—, pero siempre que la previsión de tales mecanismos se condicione al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos.

De la lectura de la sentencia, además de recordatorio de la doctrina tradicional se infiere que la previsión de una función autonómica de coordinación de las diputaciones provinciales por parte de la comunidad autónoma, indudablemente susceptible de suponer una afectación de su capacidad de decisión en un ámbito legalmente atribuido a aquellas, deberá someterse a las siguientes condiciones: además de estar específicamente atribuida y suficientemente predeterminada, tal previsión de coordinación deberá responder a la protección de intereses generales o comunitarios, de modo que

25 SSTC 31/2010, FJ 36, y 103/2013, FJ 4.

26 STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39.

27 STC 107/2017, de 21 de septiembre, FJ 3 c) y SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3; 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9].

se graduará el alcance o intensidad de la propia coordinación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales o comunitarios existente en tales asuntos o materias. Así, tal coordinación debe realizarse a través de la adopción de planes sectoriales en cuya tramitación debe garantizarse la participación de los propios entes locales coordinados con la finalidad de armonizar los intereses públicos afectados.

Con esta base se concluye declarando la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana que no se adecuan a las exigencias constitucionales para desarrollar la función de coordinación de las diputaciones provinciales —y que se encuentran concretadas y desarrolladas en la normativa básica estatal cuando exige que la potestad de coordinación de la comunidad autónoma de la función provincial de asistencia económica a los ayuntamientos se realice a través de planes sectoriales en los que se garantice la participación de los entes locales con la finalidad de armonizar los intereses públicos afectados—, al infringir la autonomía local.

Por su trascendencia en la realidad social, aunque menor desde la significación de la autonomía local, merece la pena destacar la Sentencia 182/2021, de 26 de octubre, en la línea de la Sentencia 59/2017, de 11 de mayo de 2017 que viene a establecer la nulidad de los preceptos reguladores del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, artículos 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 del RD. Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, que tras su expulsión del ordenamiento jurídico dejó un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impedía la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad con las importantes consecuencias para la suficiencia financiera de los mismos, lo que obligó al Gobierno a dictar el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En esencia, se consideró que el mantenimiento del actual sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible, por ser ajeno a la realidad del mercado inmobiliario y de la crisis económica, y, por tanto, al margen de la capacidad económica gravada por el impuesto y demostrada por el contribuyente, vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición (artículo 31.1 de la Constitución).

Con la regulación actual se trató de solventar la deficiencia advertida por el Tribunal Constitucional, dando cobertura legal a uno de los elementos tributarios más importantes para los municipios urbanos, considerando que no se podría someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento

de valor de los terrenos, introduciendo un nuevo supuesto de no sujeción para los casos en que se constate, a instancia del interesado, que no se ha producido un incremento de valor.

La última sentencia que mencionaremos será la Sentencia 19/2022, de 19 de febrero, que declara inconstitucional el inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

En la argumentación se resalta que el artículo 44 de la Ley de bases de régimen local protege la libre asociación de los municipios configurando legalmente el derecho de asociación municipal, a su vez, expresión de la autonomía que los municipios tienen constitucionalmente reconocida (arts. 137 y 140 CE). Libertad que ha de ser respetada por el legislador autonómico²⁸.

El Tribunal Constitucional también ha afirmado el carácter materialmente básico de las reglas relativas al procedimiento de constitución de las mancomunidades (art. 44.3 LBRL), atendiendo, precisamente, a su propósito garantizador de la autonomía local: la elaboración corresponderá a los concejales de la totalidad de los municipios promotores; las diputaciones involucradas emitirán informe sobre el proyecto de estatuto; los plenos de todos los ayuntamientos aprobarán los estatutos²⁹.

El art. 44.4 LBRL se limita a trasladar algunos de esos elementos tuitivos de la autonomía local al procedimiento de modificación y supresión de las mancomunidades: «Se seguirá un procedimiento similar para la modificación o supresión de mancomunidades». Se trata, por tanto, de una previsión formal y materialmente básica. Por ello, la exigencia básica de que la modificación de las mancomunidades se lleve a cabo por un procedimiento similar al de la constitución inicial implica que, en la medida en que la reforma proyectada afecte sustancialmente a la autonomía local, los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Dicha afectación sustancial a la autonomía local se producirá, en principio, cuando la reforma altere o modifique alguno de los elementos que el art. 44.2 LBRL enuncia como contenido mínimo estatutario en tanto que en ellos se expresa la garantía de la autonomía de los municipios integrantes de la mancomunidad. En tales supuestos los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad.

V. Conclusiones

El impacto que a propósito de la autonomía local se vivió con la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la administración local y que

28 STC 105/2019, de 19 de septiembre, FJ 5 b).

29 SSTC 103/2013, FJ 3 a); 143/2013, de 11 de julio, FJ 4

condujo a una recentralización en el proceso de gestión de los municipios españoles se ha mantenido en esencia tras los pronunciamientos por el Tribunal Constitucional, sobre el apoyo del principio constitucional de estabilidad presupuestaria recogido en el artículo 135 CE y la teoría de la garantía institucional de la autonomía local que arrastra desde las clásicas sentencias de principios de los años ochenta.

Ese impacto re-centralizador, de nuevo, se confronta a la realidad social en la medida en que los municipios mantienen sus ámbitos competenciales intactos, o más bien, se han acrecentado hoy día para hacer frente a los fenómenos derivados de la post-pandemia y la crisis económica actual, asumiendo, ahora bajo un amparo competencial todavía más diluido, debilitadas las entidades locales desde la perspectiva de la suficiencia financiera y abocadas a una desertificación y a la vida bajo el prisma de la tutela financiera, toda la responsabilidad por canalizar la gestión de los fondos europeos «Next Generation» y activar el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

Una vez más, esa pretendida autonomía política a la que es llamado el municipalismo español se encuentra desposeída de armadura jurídica, pues la Ley 27/2013 de reforma de la LBRL la ha alejado de esa naturaleza y queda muy lejos una ideal reforma constitucional que active esa realidad municipal y les permita formar parte de la organización territorial del Estado.

Esta afirmación se realiza a pesar de la pretensión de las Comunidades autónomas que, como afirmamos, han dictado normas de interpretación de la Ley 27/2013, en las que se devuelve a las entidades locales lo que el Estado pretendía que asumieran, aun sin transferencia de medios para su ejercicio. No se han configurado del modo que exige el artículo 27 de la LBRL, se ha hecho sin más en una evidente transgresión consentida de los postulados pretendidos con la reforma.

No existen precisiones ni ámbitos de estudio donde se evalúen con precisión todas las competencias asumidas por los ayuntamientos en la gestión del COVID-19 ni cuál ha sido su coste, ni se ha utilizado el mecanismo de racionalización del gasto previsto en el artículo 7.4 LBRL para activar el pronunciamiento simultáneo de las administraciones a fin de que no existan duplicidades administrativas. Se han desarrollado los trabajos y funciones que demanda la sociedad y que exige a los ayuntamientos, que se ven obligados, de una parte, a cubrir esas necesidades y de otra parte a cumplir las exigencias de contención del gasto, al modo del hermano pequeño del que sus dos hermanos mayores tiran de los brazos en sentido contrario (véase al Estado y a las Comunidades autónomas).

En lógica de autonomía local constitucionalmente garantizada, la jurisprudencia constitucional ha mantenido el mismo criterio que el que sostiene desde su origen, dando mayor contenido, según la experiencia y la maduración del Estado descentralizado, a las relaciones de las administraciones públicas con las entidades locales, pero no más allá de la significación y alcance que a nivel constitucional se le puede dar al concepto.

Corresponde al Gobierno y a las Cortes Generales la responsabilidad de llamar la atención sobre la necesidad de una reforma valiente, que eleve a nivel constitucional la imagen que la sociedad tiene de las entidades locales y pueda reformarse el Texto Constitucional para acometer el cambio que se exige y demanda nuestra sociedad y se refleje lo que, en definitiva, ya es un hecho en nuestra realidad³⁰.

VI. Bibliografía

ARROYO GIL, A. «Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 38, 2016.

CRUZ VILLALÓN P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, num. monográfico 4, 1982.

ENTRENA CUESTA, R. «Comentario a los artículos 137, 140, 141 y 142». pp. 2085-2103 y 2121- 2163, *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1986, 2.ª ed.

PAREJO ALFONSO, L. La autonomía local en la Constitución, *Tratado de Derecho Municipal*, 2.ª Ed. Civitas, Madrid, 2003.

ROLLA, G., «La posición constitucional de los entes locales tras la reforma constitucional del 2001», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadique Furió Ceriol*, num 52/53, Valencia, 2007.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J.:

— «Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales en ROURA GÓMEZ, S.A., TAJADURA TEJADA, J., (Dir.) y otros, *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca nueva, 2005.

— *Entre el Federalismo y el Confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías*, Biblioteca nueva, Madrid, 2010.

30 Sobre la problemática de la identificación del «núcleo esencial indisponible» y la articulación de un cambio constitucional, *Cfr.* RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales en ROURA GÓMEZ, S.A., TAJADURA TEJADA, J., (Dir.) y otros, *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca nueva, 2005, pp. 41 a 47.

SANCHEZ GONZÁLEZ, J.F.:

- «Autonomía local y tutela financiera». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, ISSN 0210-2161, n.º Extra 3, 2022 (Ejemplar dedicado a: Endeudamiento local).
- «Estudio sobre el alcance de la autonomía local en el constitucionalismo español». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, n.º 17, 2013.

Legislación

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Jurisprudencia

- STC 4/1981, de 2 de febrero.
- STC 32/1981, de 28 de julio.
- STC 214/1989, de 21 de diciembre.
- STC 40/1998, de 19 de febrero.
- STC 159/2001, de 5 de julio.
- STC 51/2004, de 13 de abril.
- STC 33/2005, de 17 de febrero.
- STC 31/2010, de 28 de junio.
- STC 121/2012, de 5 de junio.
- STC 103/2013, de 25 de abril.
- STC 143/2013, de 11 de julio.
- STC 41/2016, de 3 de marzo.
- STC 111/2016, de 9 de junio.
- STC 59/2017, de 11 de mayo.
- STC 107/2017, de 21 de septiembre.
- STC 137/2018, de 13 de diciembre.
- STC 105/2019, de 19 de septiembre.
- STC 182/2021, de 26 de octubre.
- STC 19/2022, de 19 de febrero.

EL FEDERALISMO MEXICANO

César Lorenzo Wong Meraz

Doctor en Derecho por la Universidad A Coruña

Profesor Investigador

Universidad de Chihuahua

cesarwongm@msn.com

I. Introducción

El federalismo ha sido, sin lugar a duda uno de los temas más recurrentes en las últimas décadas, provocado grandes debates, estudios, reformas legislativas y sobre todo análisis académicos, lo anterior demuestra que es una de las doctrinas jurídicas de mayor relevancia para su aplicación en los Estados.

Por lo anterior, diversos juristas y académicos se han dado a la tarea de estudiar el impacto de su aplicación en un territorio, además de buscar definir los elementos que conforman el federalismo. En el presente documento abordaremos, de manera general, algunas definiciones sobre el federalismo desde el punto de vista de diversas corrientes y autores.

Al carecer de una concepción o definición única abordaremos, primeramente, diversos elementos del federalismo y seguidamente lo relativo a la evolución y aplicación de este modelo en México. Posteriormente realizaremos una reflexión sobre la influencia del federalismo en la justicia electoral mexicana y el futuro del federalismo en el ámbito electoral, terminaremos con una serie de conclusiones desde el punto de vista jurisdiccional sobre este interesante tema.

Comenzaremos por describir la búsqueda o naturaleza del federalismo, la cual coincidimos en que es otorgar la posibilidad de que diversos Estados coexistan en una sola Nación, estos Estados en principio son libres e independientes y la esencia del federalismo es hacer posible que se organicen para unirse.

Etimológicamente, el origen del vocablo proviene del latín *foedus* que significa unión, alianza, pacto o acuerdo. De igual manera se ha utilizado para referirse a las alianzas forjadas entre los hombres y pueblos con el objeto de alcanzar fines comunes y superiores¹.

El federalismo surge como una doctrina política que responde plenamente a la necesidad de autonomía para las demarcaciones territoriales internas y los territorios que integran un Estado², esta necesidad fue exigida cada vez más desde el punto de vista de libertad e igualdad entre entes.

García-Pelayo, establece una definición clásica del Estado federal, señalando que es una forma de división del poder político no sólo desde el punto de vista funcional, sino, sobre todo, desde el punto de vista territorial y con arreglo a la cual hay un único poder para ciertas materias y una pluralidad de poderes para otras³. Desde un punto de vista práctico existen regulaciones para un conjunto, sin embargo, es flexible en algunas materias y se permite la autorregulación para los Estados parte.

Por otro lado, el modelo federal permite conservar importantes espacios de autonomía entre los miembros que lo componen, pero a la vez otorga a un ente integrador la función de orientación del sistema en su conjunto. Un sistema federal permite flexibilidad en sus formas de coordinación para adaptarse a las características de cada uno de sus miembros. Un sistema federal adquiere legitimidad política a través del juego de pesos y contrapesos que genera la interacción de sus integrantes⁴.

Para Joseph Proudhon el federalismo constituye la esencia y el carácter del contrato federativo. En este sistema los contrayentes, ya sean municipios, entidades federativas o provincias, no se obligan sinalagmática y conmutativamente, los unos con los otros, sino que también se reservan individualmente al celebrar el pacto; más derechos, más libertad, más autoridad, más propiedad de lo que ceden. Este pacto federal tiene por objeto garantizar a los Estados su soberanía, su territorio y la libertad de sus ciudadanos; es un contrato restringido, a pesar de los grandes intereses que constituyen su objetivo⁵.

El Estado federal se aplica en la Constitución americana de 1787. Con ello se intentaba crear una manera de hacer compatibles la existencia de los

1 CRUZ COVARRUBIAS, A. E., *Federalismo Fiscal Mexicano*, Porrúa, México, 2004.

2 MEZA GARCÍA, J. G., *Monitor Democrático, Democracia representativa electoral en México: ¿Federalista o centralista?*, coordinadores MOLINA PIÑEIRO, L., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

3 GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional*, Ed. Harla, México, 1998.

4 CABRERO, E., *Para entender el federalismo*, Nostra ediciones, México, 2007.

5 PROUDHON, P. J., *El principio federativo*, traducción Francisco Pi y Margall, Sarpe, Madrid, 1985.

Estados individuales con la de un poder dotado de facultades para bastarse por sí mismo en la esfera de sus funciones⁶. Es preciso señalar que en 1780 fue publicado el multicitado libro «El Federalista», mismo que contenía una serie de ensayos con los cuales Madison, Hamilton y Jay explicaban a los habitantes de las trece entidades locales una nueva forma de organización política.

Por otro lado, al federalismo lo describe Guillen López como, un sistema de gobierno que se caracteriza por la integración de un Estado nacional determinado y limitado en sus poderes por el pueblo soberano, quien es la fuente constitutiva tanto de los estados de la federación como del Estado nacional⁷.

Es decir, el federalismo organiza al poder público y estructura del Estado mediante dos o más órdenes de gobierno, que tienen distribuidas determinadas atribuciones y responsabilidades, y una independencia política en dos vías. En sentido contrario el centralismo parte de la idea de la existencia de un Estado unitario y está a favor de un gobierno que tome las riendas de todos los asuntos del país, incluyendo los propios de las entidades federativas. En cambio, el federalismo tiene en su esencia, una organización y estructuración del Estado, en forma dual, en la que cada parte tiene sus propias atribuciones y conserva una capacidad propia de reproducción política⁸.

Cuando se habla de la organización política de un Estado federal, los estudiosos del derecho constitucional, entre ellos Carl Schmitt, definen los principios teóricos en los que se basa el federalismo y al hacer un análisis de los estados federales, llegan a la conclusión de que existen tantos federalismos como países con organización política federal. Para Carl Schmitt, la federación es la unión permanente de los estados que constituyen una unidad política basada en el libre convenio al servicio de autoconservación de cada uno y del conjunto. Además, destaca que en toda federación se vive una tensión entre la soberanía del todo y la autonomía de sus miembros y el modo en el que se resuelve esa tensión es lo que caracteriza las particularidades de cada Estado federalizado⁹.

De igual manera para George Jellinek, el Estado federal es soberano, formado por una variedad de Estados. Su poder nace de la unidad estatista de los estados miembros. Se trata de una unión de derecho público entre

6 GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, editorial Alianza, Madrid, 1993.

7 GUILLÉN LÓPEZ, T., *Federalismo, Gobiernos Locales y Democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la Cultura Democrática, México, 2001.

8 GUILLÉN LÓPEZ, T., *Federalismo, Gobiernos Locales y Democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la Cultura Democrática, México, 2001.

9 SCHMITT, C., *Teoría constitucional de la Federación*, Madrid, Alianza, Universidad Textos, 1982.

Estados, los cuales establecen una soberanía sobre los que se unen, cuyos participantes son los estados mismos que en su conjunto son soberanos o cosoberanos a determinadas obligaciones¹⁰.

El principio constitucional en el que se fundamenta el Estado federal es la pluralidad de centros de poderes soberanos coordinados entre sí, de tal manera que al gobierno federal, competente respecto de todo el territorio de la federación, se le confiere una cantidad mínima de poderes como lo son la política exterior, militar o económico, los cuales son indispensables para garantizar la unidad y a los Estados federales o entidades federativas. En este caso se les asignan poderes soberanos en su propio territorio.

Es decir, la distribución de competencias consiste en que cada parte del territorio y cada individuo están sometidos a dos poderes soberanos, al del gobierno federal y al de un estado federado, sin que por esto desaparezca el principio de unidad de decisión sobre cada problema¹¹.

Por tanto, la diferencia esencial entre ambos modelos es, entonces la estructura dual del federalismo, en la que cada una de sus partes integrantes conserva la capacidad propia de independencia y atribuciones que tienen marcada la delimitación territorial propia.

Un punto importante relacionado con el federalismo es que supone el desarrollo de una construcción social total basada en el acuerdo, no en la coacción; es decir, varias comunidades políticas dotadas de propia individualidad, pero con estructura homogénea, se constituirán como unidades autónomas bajo un orden común. Es decir, por naturaleza encontraremos una convivencia muchas veces armónica, otras simplemente efectivas, entre la federación y las entidades federativas, logrando una coexistencia plena.

Por último, señalaré que la esencia del federalismo es el pacto logrado entre las comunidades que lo originan, más allá de las causas que lo motiven, que siempre serán originadas por múltiples factores influenciados en muchas ocasiones por los aspectos que se viven en determinado momento.

II. Federalismo en México

Como ya lo mencionamos anteriormente cuando nos referimos al federalismo, lo hacemos como una forma de Estado que ha sido adoptada por un país. Esta decisión en un país democrático se encuentra contenida en una norma jurídica que tiene como propósito establecer de manera clara la forma

10 Citado por GALVÁN RIVERA, F., *Federalismo electoral mexicano*. Institutos y tribunales locales y federales, 7.ª mesa redonda sobre Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2011.

11 BOBBIO, N., *et al.*, *Diccionario de Política*, vol. 1 de la A a la J, CRISAFIO, R., *et al.*, 11.ª edición Veinticinco Editores, México, 2011.

en la que un Estado se organiza en cuanto a la distribución de competencias de sus partes, es decir entre la federación y los estados que lo conforman.

En el caso del federalismo mexicano se entiende que nace del deseo del pueblo, pues la Constitución federal, en su artículo 39, establece que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Además señala que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. Por último, señala que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de gobierno¹².

La importancia de conocer y entender el federalismo en un país como México radica en la necesidad de comprender por qué cada entidad federativa tiene sus propias leyes de diversas materias y en algunos casos es de competencia federal y en otros corresponde su regulación a la competencia estatal.

La forma o modelo de gobierno instalado en México, el cual es federalista, se encuentra establecido en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se señala que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida¹³.

En México no se puede hablar de régimen de gobierno sin que se señale, al mismo tiempo la batalla que ha tenido el federalismo para instalarse y lograr su espacio como elemento distintivo del sistema político mexicano. Es preciso señalar que el régimen federal constituye uno de los elementos esenciales del Estado mexicano, toda vez que pocas instituciones políticas han tenido más privilegio que el régimen federal, para ser definido como un logro histórico de la nación¹⁴.

Esta disposición, de hecho, no es propia de la Constitución de 1917. En México tuvimos las primeras pinceladas de modelo federalista, precisamente en la Constitución de Cádiz de 1812, pues en dicha Constitución se dotó de una cierta autonomía a las provincias por medio de las diputaciones provinciales¹⁵, reguladas en el Capítulo II del referido documento.

Más tarde en la Constitución de 1824, el constituyente, al iniciar los trabajos, básicamente se formaron dos grandes grupos o bandos; por un lado, los federalistas y por otro los centralistas, con el fin de discutir la organización

12 Artículo 39. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

13 Artículo 40. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

14 FAYA VIESCA, J., *El federalismo mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1998.

15 Constitución Política de la Monarquía Española, Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Capítulo II.

nacional. Señala Cruz Barney que años posteriores se les identificó como liberales y conservadores¹⁶, ocasionando disputas a lo largo de las diversas etapas constitucionales en México.

Respecto a las razones que explican la decisión de México por adoptar el federalismo, se afirma que una explicación lógica para establecerlo como sistema de organización se basa en establecer como premisa inicial que la Nueva España formaba un todo unido que no agradaba al constituyente de 1824, cuya intención era buscar un esquema opuesto al sistema central que había imperado durante la etapa de la colonia¹⁷.

Lo anterior, sin omitir la gran influencia Norteamérica para tomar el mismo camino tomado por ellos y por último un factor meramente de carácter social, el cual consiste en que, a la par de dichos debates, un amplio sector social realizaba y alimentaba movimientos regionales de carácter separatista, de tal manera que, con la adopción del federalismo, se considera que ayudó a frenar este tipo de manifestaciones, sobre todo en el Norte de México.

Siguiendo este patrón, fueron emitidas diversas Constituciones con sentido federalista, como la de 1857, que ratifica dicha postura al señalar que es voluntad del pueblo mexicano constituirse como una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres soberanos, regulando, además, que la organización de los procesos electorales fuera a cargo de los ayuntamientos, tanto a nivel federal como local.

En ese sentido, aun cuando en algunos periodos del siglo XIX se dejó de lado el sistema federal y se adoptó el centralista, en algunos documentos de carácter constitucional, como en las Leyes Constitucionales conocidas como las 7 Leyes de 1836, las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, donde se promovieron e implementaron gobiernos unitarios, esto es, organizaciones políticas y administrativas de carácter centralista. Finalmente, la tendencia de la vida política del país era tendiente al federalismo.

Con la Constitución de 1917 se atiende la libertad democrática, la igualdad ante la ley y otros derechos sociales. A los Estados se les sancionó su carácter soberano y se les confirió un poder legislativo propio, en tanto que a los municipios se les otorgó autonomía política y financiera, ratificando el modelo federalista.

Así, pues, quedo plasmado en la Constitución de 1917 que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, laica, federal, integrada por estados libres y soberanos en lo que respecta a sus asuntos internos, pero unidos en una federación. De igual manera

16 CRUZ BARNEY, Ó., *El Constitucionalismo Mexicano en el Siglo XIX, Constituciones Históricas de México*, 1.ª Ed. Porrúa, México, 2002.

17 GÁMIZ PARRAL, M., *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, UNAM, México, 2000.

queda expresamente establecido que la renovación de los poderes Ejecutivo y Legislativo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas. Fijando de este modo un sistema de carácter federal y representativo.

Finalmente, adoptando los elementos federalistas de la Constitución de Cádiz y, de igual manera, el modelo estadounidense, se estableció que la nación mexicana se inclinaba para formar su gobierno en forma de república representativa popular y federal. Sin embargo, como señala Santiago-Castillo, la instauración de un federalismo auténtico ha sido un hecho político discontinuo y, sobre todo, una aspiración¹⁸, pues en diversos momentos de la vida nacional ha sido interrumpido por la implementación, de hecho o de derecho, de una especie de centralismo.

De este modo, como podemos ver el federalismo en nuestro país ha sido en ocasiones sustituido por el centralismo, situación que fue aprovechado en cada momento histórico para colocar tendencias ideológicas, regresando de manera posterior un federalismo cambiante y evolucionado como lo tenemos actualmente.

Lo anterior, porque como lo señala Márquez-Padilla, el federalismo es un proceso de negociación que se establece en el contexto nacional, en el cual se dirimen diferencias y conflictos, suponiendo la existencia de intereses diversos. En la idea federalista, las partes reciben un trato como iguales, aun cuando no tienen poderes iguales¹⁹.

El federalismo mexicano ha tenido por objeto construir un gobierno federal fuerte, sin suprimir algunos aspectos de las autonomías locales, asegurando siempre el predominio del ejecutivo federal. A lo largo de su desarrollo se han llevado a cabo reformas constitucionales tendentes a consolidar instituciones políticas que definen las relaciones entre el ejecutivo federal y los gobiernos de las entidades federativas en el sistema político.

La eficacia del federalismo mexicano depende fuertemente de un postulado central que prácticamente cruza toda la Constitución, es decir, las muchas limitaciones impuestas a la autonomía de los Estados se deben aplicar de manera estricta. Si no es así, estaríamos frente a una falsa forma de gobierno y la norma suprema que establece las bases del Estado mexicano serían totalmente trastocadas²⁰.

Para Alonso Lujambio el federalismo se trata de un arreglo institucional que puede aminorar el carácter mayoritario del régimen presidencial. Permitiendo

18 SANTIAGO CASTILLO, J., *El federalismo electoral mexicano en el siglo XXI. Una propuesta de rediseño*, Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, México, 2003.

19 MÁRQUEZ-PADILLA, C., *El nuevo federalismo en América del Norte*, UNAM-CISAN, México, 2000.

20 HERRERA Y LASSO, M., *Estudios políticos y constitucionales*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986.

que los partidos derrotados en el nivel nacional adquieran responsabilidades gubernamentales en los niveles inferiores, se integren al sistema, reduzcan su resentimiento y frustración frente a la derrota, debiliten su potencial actitud antisistema, asuman una posición más dinámica que estática, gobiernen en vez de solamente oponerse y adquieran un sentido de la complejidad de los problemas sociales y de las tareas gubernamentales²¹. De igual manera sirve como mecanismo que incentiva a las oposiciones a actuar de forma responsable y las entrena en el arte de la solución de conflictos al gobernar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el principio federal y la libertad legislativa en los asuntos de su competencia en diversas acciones de inconstitucionalidad resueltas²², situación que fortalece al federalismo en el país.

III. Federalismo en la Justicia Electoral mexicana

El modelo de organización electoral mexicano establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es dual. Esto quiere decir que lo rigen dos órganos distintos: por un lado, se encuentra el administrativo, que lo ejecuta el Instituto Nacional Electoral y, por el otro lado, el jurisdiccional, que para el caso que nos ocupa es desempeñado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ambas son consideradas como autoridades electorales, y la definición de autoridades electorales conlleva que éstas se encuentren investidas de poder público o facultades para la aplicación concreta de mandatos legales²³. Es ahí donde radica la fuerza del estado y se configura la vinculación de sus decisiones.

La justicia electoral en México ha sido el resultado de un largo camino de experiencias, en algunos casos desafortunadas y en la mayoría de los casos acertadas, consolidando de esta manera el andamiaje institucional necesario para ofrecer a la ciudadanía un sistema de justicia electoral eficiente y ordenado.

En el sistema federal mexicano, los Tribunales Electorales, tanto del ámbito federal y local, juegan un papel trascendental en el diseño del federalismo del Estado mexicano. Lo anterior queda de manifiesto pues, por un lado, se encargan de una función básica en todo Estado moderno, la cual es contar con un ente especializado y profesional que sea capaz de resolver inconfor-

21 LUJAMBIO, A., *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.

22 Acciones de Inconstitucionalidad 76/2008 a 78/2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

23 COVARRUBIAS DUEÑAS, J. J., *Derecho Constitucional Electoral*, Editorial Porrúa, México, 2008.

midades de cualquier nivel de gobierno y, por otro lado, sirve como un contrapeso y legítima, además de fortalecer el papel de las entidades federativas como parte integrante del federalismo en México.

México ha tenido grandes reformas electorales de fondo en las últimas décadas; en los años de 1946, 1977, 1986, 1990, 1993, 1994, 1996, 2007 y 2014: Sin embargo, la real transformación del sistema electoral mexicano fue a partir de los años noventa, a raíz de que se les otorgó autonomía y carácter ciudadano a las instituciones encargadas de organizar los comicios federales y, de igual manera, a la autoridad especializada en la función jurisdiccional electoral.

Para Norberto Bobbio, una de las principales características de la democracia es que ésta se basa en un conjunto de reglas primarias o fundamentales que establecen quien está autorizado para tomar decisiones colectivas y mediante qué procedimientos²⁴. Lo anterior cobra relevancia, pues para darle una base firme a la democracia, fue necesario crear órganos autorizados para tomar decisiones mediante estos procedimientos y fue una de las razones por las que surgieron los tribunales electorales.

Lo anterior es visible tanto en el ámbito o nivel federal como a nivel local, garantizando la certeza e independencia tanto en la organización como en la resolución de controversias electorales. Por ello, es importante reconocer y mencionar la destacada labor que han realizado el Instituto Nacional Electoral, los Institutos Electorales de las Entidades Federativas, así como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los Tribunales Electorales de la República Mexicana.

Respecto a la evolución de la justicia electoral local, pues, por un lado se han dedicado a dirimir las controversias electorales formadas con motivo de los procesos electorales y, por otro lado, hemos realizado, de manera secundaria, una labor igual de importante, la cual es ofrecer y garantizar la paz social en las etapas postelectorales, ello en beneficio de la ciudadanía y de la propia democracia.

En el marco constitucional queda establecido el federalismo electoral, al delegar a las entidades federativas determinadas atribuciones para que, a través de sus constituciones locales, garanticen la realización de los comicios en cada una de ellas, conforme a los principios establecidos en la Constitución federal, así como lo concerniente a la integración de las autoridades administrativas y jurisprudenciales en materia electoral.

En ella se advierte la autonomía otorgada a las entidades federativas que integran la República respecto a diversos temas de su organización interna, entre los cuales se encuentran la facultad de regular las cuestiones vinculadas con los procesos electorales locales. De esta manera, el artículo 40 da fundamento e inicia el federalismo electoral mexicano.

24 BOBBIO, N., *El Futuro de la democracia*, FCE, México, 1986.

Debemos entender que el sistema electoral mexicano está estructurado bajo un modelo federalista previsto para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, pues se crearon organismos electorales de orden federal y de orden local, tanto judiciales, administrativos y más recientemente penales, encargados cada uno de desempeñar distintas atribuciones, según su esfera competencial.

Dicho principio federal se refleja en una jurisdicción especializada prevista en el orden jurídico mexicano, misma que, como señala José Woldenberg, constituye una de las construcciones jurídicas más importantes y estratégicas para el país, la cual se presenta tanto en el ámbito federal y compete al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como en el ámbito local corresponde a las salas y tribunales electorales de los estados de la república mexicana²⁵.

Como se señaló al inicio, al llegar a la década de los noventa, caracterizada por la apertura de nuestro país a la globalización y, en consecuencia, a un intenso proceso de democratización, los sistemas electorales existentes en México sufrieron un cambio importante, pues el legislador federal ordenó la creación de un diseño institucional homogéneo para todo el país, por lo que atendiendo al sistema previsto en la Constitución Federal; el Congreso de la Unión determinó que, derivado de la soberanía que definía a los estados que conforman la federación, lo viable era que, a la par, de la existencia de un Instituto y un Tribunal Federal Electoral, se crearan institutos y tribunales electorales locales en cada una de las entidades federativas. Dando con ello inicio a una carrera que tuvo como consecuencia la alternancia en todos los ámbitos de gobierno y el nacimiento de una democracia plena reconocida internacionalmente.

Como se señaló anteriormente, desde que México se forjó como una nación independiente, fue deseo de los insurgentes constituirse en una república federal, en la cual, cada una de sus entidades parte contarían con autonomía y soberanía para su autorregulación, en lo que respecta a ciertos asuntos, mismos que fueron detallados de manera específica a rango constitucional.

La mayor parte de estos poco más de 200 años de existencia como nación, hemos trabajado bajo el modelo federal, con base en el cual, durante la segunda mitad del siglo XX, se desarrolló el modelo político que tenemos actualmente, en el que a la par de las instituciones y procesos federales, cada estado creó lo propio, con la finalidad de organizar y vigilar los comicios para la elección de los cargos públicos locales o estatales.

En este proceso evolutivo jurisdiccional institucional se forjó el modelo de medios de impugnación actual y sus matices; esto es que las resoluciones de los tribunales electorales locales sean impugnables ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ya sea en Salas Regionales o Sala Superior, dependiendo del asunto que se trate.

25 WOLDENBERG, J., *Jueces y política. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México.*

Este dinamismo jurisdiccional es consistente con el sistema de impartición de justicia aplicado para cualquier materia en general y ha funcionado bien durante los casi 30 años que lleva en marcha, siendo un factor importante el trabajo de los tribunales electorales locales.

IV. Presente y futuro del federalismo en la Justicia Electoral mexicana

El nuevo federalismo hay que ubicarlo como una protesta contra el exceso de la centralización. Esta tendencia tiene su origen en que la sociedad mexicana se ha convertido en una sociedad exigente, informada del ámbito político y defensora de sus derechos políticos. Además, esta sociedad ejerce y exige sus derechos y, en caso de controversia, acude a los tribunales especializados en resolver dichas controversias.

El federalismo ofrece la posibilidad de que, en el territorio nacional, coexistan tantos ordenamientos electorales como entidades federativas, aunque es preciso también señalar que, a pesar de contar con esta autonomía en sus decisiones legislativas de autodeterminación para definir las particularidades de sus regímenes normativos electorales, éstos se deben ajustar a las bases comunes que derivan del marco legal establecido en el artículo 116 constitucional.

En la actualidad, el sistema federalista se encuentra en suspenso, pues se encuentra en dictamen de comisiones en la Cámara de Diputados un proyecto de reforma donde se propone, entre otras cosas, y para lo que interesa al presente documento, la eliminación de organismos electorales administrativos y jurisdiccionales estatales, para que todas sus funciones y facultades sean asumidas tanto por un nuevo organismo electoral nacional de carácter central y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, centralizando el diseño y eliminando el sistema local característico del federalismo.

Como ya lo mencioné, ahora mismo se está viviendo la posibilidad de una transformación de fondo en el ámbito electoral, la cual, en caso de ser aprobada tal como ha sido presentada ante el Poder Legislativo, cambiará por completo el sistema de justicia electoral mexicano. Lo anterior es así, pues se plantea un cambio total en las facultades y atribuciones de las diversas autoridades electorales.

Parte de lo novedoso de esta propuesta radica en el nuevo esquema para elegir tanto a las y los Consejeros Electorales y a las magistradas y magistrados electorales del Tribunal Electoral.

Como podemos ver esta tendencia a centralizar las autoridades electorales, los procesos electorales y sus etapas, se ha venido acentuando más en las últimas propuestas de reforma a la Constitución, bajo la premisa de eliminar la duplicidad de funciones que supone el régimen federalizado, de orga-

nizar y sancionar las elecciones, reducir los costos que se derivan de cumplir con las funciones constitucionalmente establecidas y alejar la influencia e intervención de los gobiernos locales con los órganos electorales.

V. Conclusiones

La democracia en México durante las últimas décadas ha evolucionado a través de sus instituciones políticas y de los ordenamientos legales que regulan los procesos electorales, siendo esta democracia fortalecida por un robusto aparato al servicio del sistema electoral mexicano.

Como se puede desprender del presente documento, el federalismo es una institución que se encuentra en un proceso dinámico permanente por naturaleza, que supera el momento en que fue fundado por las partes que participaron y que hoy lo integran. Su permanencia depende, en gran medida, de las circunstancias que se viven dentro del Estado.

El federalismo en nuestro país ha buscado reivindicar la autonomía de los estados federados; ha representado un instrumento que pluraliza el ejercicio de la función pública; y ha limitado la concentración del poder político.

El artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente señala la existencia de un sistema de carácter federal, estableciendo reglas claras para su aplicación, como la determinación de ámbitos de competencias federal, local y municipal, y como la existencia de un sistema judicial cuyo objeto es garantizar el respeto de las normas constitucionales y sus derivadas.

En algunos periodos de nuestra historia se han impuesto regímenes centralistas que buscaron doblegar la capacidad y el derecho de las entidades federativas para gobernarse a sí mismas.

Formalmente, desde la década de los noventa, el sistema electoral mexicano ha evolucionado en la federación y en las entidades federativas de manera paralela y, particularmente, en el rubro jurisdiccional, se creó un tribunal electoral autónomo para cada estado, mismos que actúan de manera análoga a un tribunal electoral del poder judicial de la federación, que funciona a través de salas regionales y una superior.

En la actualidad, el Estado mexicano está a punto de vivir una transformación en su estructura que forjará una nueva delimitación de facultades, por lo cual el legislador tiene que ser muy cauteloso respecto a las modificaciones, pues podemos entrar en un sistema centralista de hecho, al concentrar dichas facultades en autoridades o instituciones únicas para todo el país.

Debemos de reconocer que toda reforma electoral tiene como consecuencia ajustes que impactan en el federalismo electoral, pues las competencias que antes les correspondían a las entidades federativas la federación pue-

den cambiar. Situación que no es nueva, sino que se vio por última ocasión en el año 2014, donde se detectó un esfuerzo por parte de algunas fuerzas políticas de aprobar una modificación mayúscula de la estructura de las autoridades electorales, situación que no se logró del todo en su momento. Sin embargo, fue una primera advertencia para las autoridades electorales de lo que posiblemente sería el futuro de las instituciones electorales.

El sistema electoral mexicano ha evolucionado y se ha convertido en un sistema electoral competitivo. Cada vez más los partidos políticos, coaliciones y candidatos independientes compiten en un ambiente de equidad e igualdad, en el que legalmente tienen las mismas posibilidades de ganar una elección. Recordemos que los sistemas electorales determinan las reglas a través de las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas y, así, es posible convertir votos en escaños o cargos de gobierno²⁶.

VI. Bibliografía

- BOBBIO, N.**, *El Futuro de la democracia*, FCE, México, 1986.
- BOBBIO, N.**, et al., *Diccionario de Política*, vol. 1 de la A a la J, Crisafio, Raúl, et al., 11.ª edición Veinticinco Editores, México, 2011.
- CABRERO, E.**, *Para entender el federalismo*, Nostra ediciones, México, 2007.
- COVARRUBIAS DUEÑAS, J. J.**, *Derecho Constitucional Electoral*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- CRUZ BARNEY, Ó.**, *El Constitucionalismo Mexicano en el Siglo XIX, Constituciones Históricas de México*, Porrúa, México, 2002.
- CRUZ COVARRUBIAS, A. E.**, *Federalismo Fiscal Mexicano*, Porrúa, México, 2004.
- FAYA VIESCA, J.**, *El federalismo mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- GALVÁN RIVERA, F.**, *Federalismo electoral mexicano*, Institutos y tribunales locales y federales, 7.ª mesa redonda sobre Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2011.
- GÁMIZ PARRAL, M.**, *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, UNAM, México, 2000.
- GARCÍA-PELAYO, M.**, *Derecho Constitucional*, Harla, México, 1998.

26 NOHLEN, D., *Sistemas Electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

- GUILLÉN LÓPEZ, T.**, *Federalismo, Gobiernos Locales y Democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la Cultura Democrática, México, 2001.
- HERRERA Y LASSO, M.**, *Estudios políticos y constitucionales*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986.
- LUJAMBIO, A.**, *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.
- MÁRQUEZ-PADILLA, C.**, *El nuevo federalismo en América del Norte*, UNAM-CISAN, México, 2000.
- MEZA GARCÍA, J. G.**, *Monitor Democrático, Democracia representativa electoral en México: ¿Federalista o centralista?*, coordinadores Molina Piñero, L., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- NOHLEN, D.**, *Sistemas Electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- PROUDHON, P. J.**, *El principio federativo*, traducción Francisco Pi y Margall, Sarpe, Madrid, 1985.
- SANTIAGO CASTILLO, J.**, *El federalismo electoral mexicano en el siglo XXI. Una propuesta de rediseño*, Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, México, 2003.
- SCHMITT, C.**, *Teoría constitucional de la Federación*, Alianza, Madrid, 1982.
- WOLDENBERG, J.**, *Jueces y política. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México*.

VII. Normativa

- Constitución Política de la Monarquía Española, Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Capítulo II.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

BIOGRAFÍA DE JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO

BIOGRAFÍA DE JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO



Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, en 1987, con la calificación de Sobresaliente cum Laudem por unanimidad, obtuvo el I Premio Pablo Lucas Verdú para Tesis Doctorales en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Ha sido becario del Consejo de Europa para la ampliación de estudios en el Institut du Fédéralisme de la Universidad de Friburgo (Suiza). Desde 1997 es Catedrático de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público de la Universidad de A Coruña. Ha sido Vocal de la Junta Electoral Provincial de La Coruña en 2005, y Vocal de la Junta Electoral Gallega en 2009-2013.

Además de múltiples trabajos científicos publicados en Revistas especializadas y en obras colectivas, es autor de las siguientes monografías: *For-*

mación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español (1988, 1.ª ed.; 1991, 2.ª ed.; 1996, 2.ª ed., 1.ª reimpr.); *La protección constitucional de la autonomía* (1994); *Constitución y autodeterminación* (1995); *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia* (1995); *La Constitución europea y la Teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político* (2000); *La Constitución del Estado de las Autonomías. Teoría Constitucional y práctica política en el federalizing process español* (2003); *Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación* (2003); *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social* (2005); *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre Democracia y Libertad a la confrontación liberalismo-democracia* (2008); *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado De Las Autonomías* (2010); *División de competencias y forma territorial del Estado* (2012); *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional* (2014); *El Título X de la Constitución española de 1978 a la luz de las funciones de la reforma constitucional (Un estudio de Teoría del Derecho Constitucional en cuanto que ciencia conceptual y ciencia práctica)* (2017); *La necesidad de constitucionalizar como fundamentales algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna* (2017); *De los derechos fundamentales sociales y su eficacia jurídica. Entre la jurisdicción y la voluntad constitucional (Un estudio de derecho constitucional procesal con motivo de una de las propuestas de reforma de la Constitución española de 1978)* (2018); *Reforma constitucional y supresión del Senado como Cámara de representación territorial. Un estudio de Teoría del Derecho Constitucional como ciencia conceptual y ciencia práctica* (2018); *La «ciudadanía europea» y sus implicaciones para el Derecho Constitucional (Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna Unión de Estados de Derecho Internacional europea)* (2018).

CÓDIGOS COMENTADOS



LA
EDITORIAL
JURÍDICA
DE
REFERENCIA
PARA LOS
PROFESIONALES
DEL
DERECHO
DESDE
1981

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

LAS CIENCIAS CONSTITUCIONALES Y SU RELEVANCIA EN EL SIGLO XXI: ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO

La dilatada trayectoria del Dr. Javier Ruipérez Alamillo, catedrático del área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, no solo es por todos conocida, sino que nadie, al menos en su sano y cabal juicio, podría siquiera cuestionarla. Pero sin duda, lo más relevante de este destacado investigador es su compromiso con el estudio de las Ciencias Constitucionales desde una perspectiva no sólo multidisciplinar, sino también comparada. Ello ha desembocado en la iniciativa de que sus verdaderos discípulos y una gran cantidad de investigadores y académicos, de diversos países iberoamericanos, que no solo le profesan un gran afecto sino también una sincera admiración, hayan decidido rendirle tan merecido homenaje a través de una obra en la que se recopilan las diferentes líneas temáticas que él ha abordado a lo largo de toda su extensa vida académica e investigadora y que ponen de manifiesto el sedimento científico que sus enseñanzas han dejado no solo en sus discípulos, sino también en importantes académicos e, incluso, hasta en maestros. De este modo, esta obra, coordinada por los profesores el Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz, el Dr. Manuel Cabanas Veiga y el Dr. Christian Yair Aldrete Acuña, cuenta con la participación de profesores de la Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universitat de Lleida (España), Università di Bologna (Italia), Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú), Universidad del País Vasco (España), Universidad Católica de Colombia (Colombia), Universidade da Coruña (España), Universidad Autónoma del Estado de México (México), Universidad Complutense de Madrid (España), Universidad de León (España), Universidad Nacional de Tucumán (Argentina), Universidad de Valencia (España), Universidad de Colima (México), Universitat Jaume I (España), Universidad de Sevilla (España), Universidad Nacional de Educación a Distancia (España) y la Universidad Autónoma de Chihuahua (México). Está estructurada en siete partes, en las que se llevan a cabo tanto estudios teóricos sobre la naturaleza jurídica del Estado y del Derecho, como el análisis del origen y fundamentos de la Constitución y del constitucionalismo, hasta abordar los principios que lo sustentan, por lo que también se aborda la Democracia Constitucional, los derechos fundamentales y la problemática de la descentralización política. Y todo ello inspirado en las tan bien transmitidas lecciones del homenajeado maestro Javier Ruipérez Alamillo.



eBook en www.colex.es

ISBN: 978-84-1359-893-2



9 788413 598932