



La protección del orden constitucional en Europa

Prólogo de **Javier Zarzalejos**

Josep M^a Castellà Andreu (director)

Varios autores



Libro gratuito. Prohibida su venta

La protección del orden constitucional en Europa

*Prólogo de Javier Zarzalejos
Josep M^a Castellà Andreu (director)*

*David I. Carpio Briz
Josu de Miguel Bárcena
Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo
Núria González Campañá
Pablo Nuevo López
Patricia Rodríguez-Patrón
Javier Tajadura Tejada*

Libro gratuito. Prohibida su venta.

Primera edición: Diciembre 2021

© De los autores

© Grupo del Partido Popular Europeo

Todos los derechos reservados

Coordinación editorial:

Vicente de la Quintana

Edición:

José Manuel de Torres

Maquetación y portada:

Paloma Cuesta

Impresión y encuadernación: Raro S.L.

ÍNDICE

PRÓLOGO

Javier Zarzalejos 5

PRESENTACIÓN

GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LAS AMENAZAS
A LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Josep M^a Castellà Andreu 11

CAPÍTULO 1

LA DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA Y EN EUROPA.
CUESTIONES TEÓRICAS Y GENERALES

Javier Tajadura Tejada 25

CAPÍTULO 2

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS CLÁUSULAS
DE INTANGIBILIDAD COMO MECANISMOS DE DEFENSA
DE LA CONSTITUCIÓN

Josep M^a Castellà Andreu 69

CAPÍTULO 3

LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA Y EN ESPAÑA.
VIEJOS Y NUEVOS DESAFÍOS

Josu de Miguel Bárcena 95

CAPÍTULO 4

NORMALIDAD Y EMERGENCIA CONSTITUCIONAL
EN LA UNIÓN EUROPEA

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo 125

CAPÍTULO 5

LA DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LA UNIDAD NACIONAL

Patricia Rodríguez-Patrón 157

CAPÍTULO 6

LA DEFENSA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL
EN EUROPA FRENTE A LOS INTENTOS DE SECESIÓN

Núria González Campaña 189

CAPÍTULO 7

LA PROTECCIÓN PENAL DEL ORDEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

David I. Carpio Briz 229

CAPÍTULO 8

EDUCACIÓN Y ORDEN CONSTITUCIONAL

Pablo Nuevo López 271

JAVIER ZARZALEJOS

Diputado al Parlamento Europeo
(Grupo del Partido Popular Europeo)

Prólogo

LA MEJOR RECOMENDACIÓN DE ESTE LIBRO ES SU OPORTUNIDAD. Ve la luz en un momento de aparente pleamar nacionalista en Europa. La piqueta de los micronacionalismos, de un lado, y el barreno del soberanismo euroescéptico, del otro, amenazan el orden constitucional interno de los Estados de la Unión tanto como a esta. Las pretensiones nacionalistas que, por táctica o convicción, no impugnan el proyecto europeo, albergan la esperanza de fraccionar los sillares de la fábrica de su unión política, para recomponer el edificio a partir de unos fragmentos empuñados, empobrecidos y enfrentados. Constituciones y Tratados van de la mano y corren los mismos peligros; siendo las primeras fundamento de los segundos, no podía ser de otra manera. Es el conjunto del sistema institucional europeo el que soporta el fuego cruzado de la ofensiva nacionalista.

He calificado de “aparente” la pleamar nacionalista para atenuar una primera sensación que puede resultar equívoca. El empuje

nacionalista hay que calibrarlo sin dejarse impresionar por el fragor de sus rompientes. En esa medición deben ponderarse varios acontecimientos que informarán de su auténtica dimensión. Algunos tienen escenario español.

Antes, durante y después de la crisis secesionista que tuvo lugar en Cataluña el año 2017, la Unión Europea ha demostrado ser un factor de estabilidad cuando, contra toda previsión jurídica, se amenazó la integridad territorial de un Estado miembro. Ni uno solo de ellos contempla ningún tipo de pasarela constitucional para que una parte de su territorio pueda recorrer, ejerciendo la autodeterminación interna, el camino hacia la secesión. En las páginas que siguen queda acreditado este extremo; también se concreta cuáles pueden ser las consecuencias penales por intentarlo, en los distintos ordenamientos nacionales europeos.

En octubre del año 2020, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa actualizó sus directrices sobre celebración de referendums. La misma Comisión de Venecia que ya se pronunció en 2017, sosteniendo que cualquier referéndum debe cumplir con la Constitución y la legislación aplicable, en su informe de 8 de octubre de 2020, dedicó todo un capítulo a la celebración de referendums y concluyó insistiendo en que “no se pueden celebrar si la Constitución no los prevé”.

No acabaron ahí los reveses europeos al inexistente “derecho a decidir”, entendido como derecho de secesión, en 2020. El 26 de noviembre el Parlamento Europeo tumbaba una enmienda que quería incluirse en el Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión, y que pedía a las instituciones europeas y a los Estados miembros respetar el derecho “universal” a la autodeterminación. El texto fue contundentemente rechazado y solo obtuvo el apoyo de las minorías de extrema izquierda y extrema de-

recha de la Cámara. Un hito del que los nacionalistas hablan poco, cuando hablan de “Europa”.

Por si fuera poco, el Parlamento Europeo aprobaba en enero de 2021 otro Informe –del que me honro de ser ponente– sobre la reforma del mecanismo de la Orden Europea de Detención y Entrega. Este informe contempla que a los reclamados por delitos de sedición, y por atentar contra el orden público o la integridad constitucional de un Estado miembro, se les debe aplicar automáticamente la orden de entrega, sin necesidad de ulterior comprobación sobre *doble incriminación*. El Parlamento Europeo, al aprobar por amplia mayoría esta propuesta, estaba adoptando una inequívoca posición política y lanzando un mensaje igualmente diáfano: la protección del orden constitucional de los Estados miembros es innegociable.

La integridad constitucional de los Estados no es un pasivo en la construcción europea sino el activo fundante de todo ese gran proyecto. Como comunidad de derecho que es, la Unión Europea no es una estructura superpuesta al sistema constitucional estatal, sino que está imbricada en este y entre ambos órdenes se da una interacción recíproca muy intensa. El juez nacional es, a la vez, juez europeo y el derecho producido por la Unión es tan nacional como el que emana de las cámaras legislativas estatales. Las fronteras nacionales exteriores son fronteras de la Unión y la ciudadanía europea prolonga y amplía la ciudadanía nacional. Por eso, la Unión Europea no es ni puede ser indiferente hacia la integridad constitucional de sus miembros, porque esa es también su propia integridad y cuando se reclama respeto a los procedimientos constitucionales no hablamos de cuestiones de importancia adjetiva sino de sustancia de la democracia en el marco del Estado de derecho, cuyos principios y valores son constitutivos de la Unión.

No se agota aquí el ambiente que hace oportuna y propicia la reflexión a que este volumen convida. Desde el rigor jurídico del que son aval suficiente las firmas de sus autores, aborda cuestiones que ocupan todos los días el primer plano de la actualidad política. Con Alemania incurso en un procedimiento de infracción, después de que su Tribunal Constitucional se haya atribuido la potestad de revisar aquellos actos y disposiciones de las instituciones comunitarias que entienda adoptados *ultra vires*, más allá de las competencias conferidas a la Unión por los Tratados; con el Tribunal Constitucional de Polonia abriendo una crisis inédita, al establecer la prevalencia del derecho interno polaco frente al de la Unión en caso de conflicto, el impacto constitucional de la condición de Estado miembro resulta ser cuestión de urgentísima actualidad. Esto dota de singular realce y plena vigencia al tratamiento de las materias que aquí se estudian.

En España, el rechazo de la Unión ha desactivado hace bien poco una reforma del Consejo General del Poder Judicial, pretendida por el Gobierno, en sentido contrario tanto a las previsiones de la Constitución como a los “estándares europeos”. La Comisión advirtió que, de no retirarse el proyecto de ley en cuestión, procedería contra España por incumplimiento de los Tratados. En este punto, como se ve, las previsiones originales de nuestra norma fundamental y los valores consagrados en los Tratados de la Unión, singularmente, el principio del Estado de derecho, se encuentran perfectamente alineados. Aquí la Unión ha funcionado, una vez más, como garantía de preservación del orden constitucional español.

Tengo que agradecer a cada uno de los autores de los estudios que integran este trabajo la altura académica con la que se han desempeñado; los profesores Castellà, Tajadura, De Miguel, Fernández de Casadevante, Rodríguez-Patrón, González, Carpio y Nuevo son

responsables de unos textos que aúnan calidad y compromiso cívico. El Grupo Parlamentario Popular Europeo, al que agradezco también su ayuda en la edición del libro, cuenta a partir de ahora con un material de primer orden para la reflexión y la propuesta en unas cuestiones cuya trascendencia no necesito encarecer.

Comencé estas líneas aludiendo a la pleamar nacionalista que nos amaga. Quisiera concluir las con una nota reconfortante, porque, con sinceridad, creo que hay argumentos para albergar un razonable optimismo. Muchos tienen cabal expresión en las páginas que siguen. Una vez impresas, sostenerlos será cuestión de voluntad política.

En todo caso, y como dejó escrito Marguerite Yourcenar, Premio Erasmus 1983, “por su contribución relevante a la construcción de Europa”, refiriéndose, en 1944, a la tormenta que estaba destruyendo el continente: “Los que describen la catástrofe política inminente con el aspecto de una marea de septiembre, y la civilización con el de una playa balneario inundada, olvidan que las dos características de la ola son que avanza y que retrocede. El ingeniero menos eficiente diría a esas gentes que se ahogan en sus propias metáforas, que se evita el peligro de inundaciones reparando los diques, y cualquier marinero de las costas más amenazadas sabe que, incluso en las noches de equinoccio, las olas llegan hasta un punto determinado y nunca más lejos. Así lo quiere el Dios que preside las mareas”.

Noviembre de 2021

JOSEP M^a CASTELLÀ ANDREU

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona

Garantías de la Constitución frente a las amenazas a la democracia constitucional

EL PUNTO DE PARTIDA DE ESTA OBRA COLECTIVA ES PREGUNTARNOS POR LA SUFICIENCIA de las garantías de la Constitución española frente a la crisis y por la necesidad de introducir mecanismos de defensa del orden constitucional o la Constitución en el ordenamiento español vigente. La defensa de la Constitución o del orden constitucional es un tema de gran relevancia y recurrente en los estudios del derecho y la teoría constitucionales. Su necesidad ha sido discutida en abstracto, con independencia del ordenamiento jurídico particular, como también se ha planteado su adecuación a las previsiones de cada concreto ordenamiento constitucional. La defensa de la Constitución adquiere mayor relevancia teórica y práctica en tiempos de crisis, porque es en tales contextos cuando se pone a prueba la capacidad del propio Estado constitucional y democrático de derecho de defenderse a sí mismo frente a los ataques, sobre todo procedentes de las propias instituciones públicas y de partidos políticos. La democracia constitucional está amenazada hoy día desde diversos frentes,

que suelen identificarse con populismos, nacionalismos y tendencias autoritarias. En el ámbito de la Unión Europea, es especialmente relevante la presión de los populismos de distinto signo sobre las instituciones y las propias constituciones. En España, en concreto, el debate reaparece en estos momentos por la deslegitimación de la Constitución de 1978 y de la democracia constitucional y pluralista por parte de las fuerzas políticas populistas, y en particular por aquellas que forman parte del Gobierno del Estado y de algunos Gobiernos autonómicos, como el de Cataluña.

Varias crisis de distinto tipo vienen golpeando a nuestros Estados constitucionales y democráticos en los últimos tres lustros: la crisis económica y financiera de 2008 contribuyó al agravamiento de la crisis político-institucional, la cual venía de antes y le ha sobrevivido, y ahora asistimos a los efectos de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de la COVID-19. Dichas crisis afectan a la distribución del poder y al ejercicio de los derechos fundamentales y, más en general, a bases importantes del sistema constitucional mismo y de la democracia. En el caso español, además de las anteriores crisis, se añade la crisis nacional provocada por el secesionismo catalán, a partir de 2012 y que culminó en el golpe al Estado de derecho de septiembre y octubre de 2017. Antes, el terrorismo de ETA intentó hacer tambalear la democracia española.

En este entorno de crisis múltiples, los populismos han encontrado un buen caldo de cultivo para expandir sus demandas, las cuales han obtenido un eco popular superior al que hubiesen tenido en otro contexto de mayor estabilidad social, económica y política. Dichas inestabilidades han terminado por afectar a la misma estabilidad constitucional tanto en algunas experiencias extranjeras como en España. Las mayorías y Gobiernos populistas de algunos Estados incluyen en sus agendas políticas y tratan de implementar un programa legislativo,

o incluso de reforma constitucional, que persigue la erosión de instituciones democráticas y de contrapoderes: alteración del régimen electoral, utilización del referéndum a su conveniencia, eliminación de los límites a los mandatos presidenciales, aprobación de reformas contra la independencia del Poder Judicial y la Justicia constitucional... (Ginsburg y Huq, *How to save a constitutional democracy*, 2018, p. 173). Así, se promueven reformas o cambios constitucionales que tratan, ya sea de instaurar una nueva legitimidad (Chile), introducir correctivos que desequilibran los *checks and balances* del constitucionalismo liberal-democrático (Turquía, Hungría) o ciertas reformas, en buena medida simbólicas, como la reducción de un tercio del número de parlamentarios alegando los “costes de la política” (Italia). En España, se impugna, sobre todo desde sectores políticos ajenos al pacto constituyente, no solo principios concretos de la Constitución de 1978 (la independencia judicial), sino incluso esta por entero, así como las bases sobre las que se asienta: la Transición a la democracia de 1976-77, el pacto constituyente y las decisiones fundamentales que se adoptaron relativas a las formas de Estado y de gobierno, así como a la jefatura del Estado.

Ante la situación general apuntada, surgen propuestas para proteger mejor la democracia constitucional y la Constitución de los que la pretenden poner en peligro, sea desde la sociedad, sea desde las instituciones. En estas páginas se hace recuento y valoración de los distintos mecanismos de garantía del Estado constitucional y democrático de derecho de que dispone la Constitución española y otras constituciones de nuestro entorno europeo. Al mismo tiempo se pondera la necesidad y oportunidad de incluir, en concreto, instrumentos de “defensa de la Constitución”, o del “orden constitucional”, entendidos en el sentido que se les ha dado por la dogmática alemana. Pero cabe efectuar un planteamiento más amplio de la defensa de la Constitución,

entendido como garantía de la “democracia constitucional”, tal y como plantea Javier Tajadura en su capítulo en esta obra, en que traza un marco teórico de la cuestión. Sin embargo, a partir de ahí comienzan las discusiones acerca de los instrumentos para llevarla a cabo de manera más eficaz y respetuosa con la Constitución y con sus principios fundamentales de democracia pluralista. Por ello, la primera cuestión que corresponde aclarar es de tipo conceptual y de delimitación.

La defensa del orden constitucional tiene unas connotaciones negativas y peligrosas a los ojos de una parte de la opinión pública y de la doctrina constitucionalista, en España de modo particular. Ignacio de Otto, en un ensayo de referencia sobre la cuestión, *Defensa de la Constitución y partidos políticos* (1985), emplea el concepto de defensa de la Constitución entendido como garantía de permanencia del orden constitucional, esto es, “el núcleo de su ser” (p. 13). El autor trata de depurar y acotar al máximo el significado y alcance del concepto, aplicándolo básicamente –de acuerdo con el derecho alemán– a las cláusulas de intangibilidad de la Constitución y a la prohibición de partidos inconstitucionales. Ello le lleva a negar la constitucionalidad de la defensa constitucional así entendida en el ordenamiento español. Del principio de constitucionalidad o exigencia de “sujeción” a la Constitución de poderes públicos y particulares (art. 9.1 CE) o del “respeto” a la Constitución impuesto a los partidos (art. 6 CE) no se derivaría, por tanto, un significado defensivo de la Constitución de acuerdo con la acepción antedicha, sino simplemente el deber de observancia o cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento por poderes públicos, partidos y particulares.

El orden constitucional es entendido, por De Otto, como referido a la “sustancia política”, al “núcleo de la Constitución material”, o a “los fines a los que las normas constitucionales sirven y los ‘valores sobre los que se asientan’”; en definitiva, el “‘régimen’ en sus aspectos

esenciales” (p. 14). De este modo, se distingue la defensa de la Constitución de la “infracción” de las normas constitucionales, o “normas de derecho constitucional positivo” o “las normas jurídicas que le dan una concreta forma”, por recordar algunas de las expresiones empleadas. El orden constitucional así considerado presupone la existencia de “enemigos” de la Constitución a los que combatir. Y la mera referencia a enemigos acarrea el problema de su identificación para su posible sanción, así como de la efectividad de esta, cuestiones que están presentes en el debate alemán, doctrinal y jurisprudencial, en un marco de democracia militante.

La garantía de la democracia constitucional tal y como la entendemos en estas páginas no puede identificarse con la defensa de la Constitución, de modo que se asegure la inmutabilidad de los principios básicos de la Constitución y la prohibición de partidos cuyos fines son contrarios a la Constitución. Tampoco parece apropiado seguir un entendimiento omnicompreensivo y heterogéneo de la defensa del orden constitucional, como el apuntado por Fernández Segado (“La tutela del orden democrático: la Ley Orgánica 2/1981, de defensa de la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, núm. 92-93, 1983, p. 551 y ss.), que abarca, entre otras, la tutela jurisdiccional frente a las infracciones de la Constitución, la persecución penal de los delitos contra el Estado (el objeto de la Ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo, afectaba a la rebelión y otros delitos relacionados, y fue aprobada como consecuencia del intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981), la responsabilidad política exigida por el Congreso al Gobierno por sus actuaciones, o la actuación del Jefe del Estado como garante de la unidad y permanencia del Estado y moderador del funcionamiento de las instituciones.

Hemos optado en esta obra por un enfoque de la defensa de la Constitución como garantía política de la Constitución y de la demo-

cracia constitucional, aunque a través de instrumentos juridificados normalmente en la propia norma fundamental. De este modo se racionaliza su defensa, sometiéndola a reglas y a límites. Es, por tanto, una defensa dentro del Estado de derecho, aunque sometida a reglas especiales, y no un ejercicio soberano del poder por parte del Jefe del Estado o el Gobierno, de ecos schmittianos. Y una defensa conforme al principio democrático, con protagonismo del Parlamento. De este modo, dejamos de lado los planteamientos citados más arriba para abarcar en nuestro estudio, en primer lugar, los instrumentos constitucionalmente previstos para defender la Constitución misma y la democracia constitucional de infracciones a la misma, y, en segundo lugar, se valora la introducción de algún elemento de defensa del núcleo esencial de la Constitución o se plantea una interpretación de la Constitución que haga posible la existencia de límites implícitos a la revisión constitucional.

Así pues, la defensa de la Constitución toma en consideración actos cuyo objeto tiene carácter político y no se basa en la mera infracción de preceptos constitucionales, cuyo control corresponde al poder judicial y al Tribunal Constitucional. También son políticos sus instrumentos de defensa –en manos de instituciones y autoridades políticas– (sin perjuicio de que algunos merezcan también la persecución penal a través de delitos situados en el título dedicado a “Delitos contra la Constitución”, particularmente la rebelión). Finalmente, el fin de dichos actos consiste en destruir o socavar la democracia constitucional y el Estado sobre el que dicho orden se asienta, o en abusar desde los poderes públicos de la Constitución.

En abstracto, podemos identificar el orden constitucional, por una parte, con principios que constituyen el núcleo y las bases de una tradición constitucional, que sale del legado de los constitucionalismos británico, norteamericano y francés y otras sucesivas aportaciones,

sobre todo del constitucionalismo de entreguerras y de la segunda post-guerra. Este se basa en la permanencia de los principios fundamentales del constitucionalismo en las concretas constituciones. Al mismo tiempo, cada orden constitucional particular o nacional tiene sus rasgos distintivos, fruto de una identidad constitucional concreta configurada por el poder constituyente, que se quiere preservar para las siguientes generaciones. Forman parte destacada del núcleo esencial de una constitución liberal-democrática, la garantía de los derechos y la separación de poderes (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) o los principios de libertad, igualdad, dignidad de la persona, democracia y división de poderes, y la forma de gobierno. En el caso español, el orden constitucional engloba, de forma destacada, a nuestro juicio (y sin que ahora corresponda una mayor explicación), la garantía de los principios de la forma de Estado (como social y democrático de derecho) y los valores superiores del art. 1.1 CE –la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político–, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la soberanía popular (art. 1.2), la unidad de la Nación española y la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2), la forma de gobierno –la monarquía parlamentaria (art. 1.3)–, la división de poderes y, como cláusula de síntesis que evoca la democracia constitucional: “la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes” (Preámbulo).

La defensa de la democracia constitucional no tiene por qué oponerse al carácter pluralista de la democracia. Al contrario, el carácter consensual y no de parte de las constituciones de nuestro entorno en el siglo XX, así como la incorporación de los derechos fundamentales y de los principios democráticos y de pluralismo político, como contenidos esenciales de la constitución, supone aceptar el carácter tanto constitucional como pluralista de la democracia. Otra cosa es la consideración meramente procedimental de la misma, pero esto es una

noción teórica que no se corresponde con los contenidos de las constituciones contemporáneas, que incluyen principios y valores sustantivos a preservar. Pero la democracia constitucional no puede quedar desprotegida ante sus enemigos, entendiendo por tales a los que pretenden destruirla, no a los que, sin compartir sus principios e instituciones constitucionalizadas, aspiran a modificarlos de acuerdo con los procedimientos de reforma establecidos, respetando las opciones fundamentales que están en su base y fueron acordados por el poder constituyente. Por ello, en el contexto de una democracia constitucional y pluralista se restringen al máximo los enemigos posibles.

Adviértase que hoy existe una corriente de opinión política y jurídica que busca enfrenar democracia pluralista y democracia constitucional. La primera sería más amplia que la segunda y prevalecería sobre esta, cuya desvalorización corre pareja a la del Estado de derecho considerado como límite indeseable de la democracia misma. Es un eco aparente de la concepción de la democracia como ilimitada. Sin embargo, se pasa por alto que los componentes fundamentales de la democracia pluralista –respeto a los derechos fundamentales, y en particular, las libertades públicas, y a los derechos de las minorías– solo quedan plenamente garantizados por la democracia constitucional, con límites a la actuación de los poderes públicos y, en particular, de la mayoría. Una mirada más atenta nos advierte que, en realidad, el socavamiento de la democracia constitucional antecede al de la democracia pluralista misma, introduciendo una versión de democracia militante contra los enemigos ideológicos de la mayoría política y social (la cultura de la cancelación, como última expresión de lo que se está diciendo, o la utilización de ciertos derechos como “triumfos” para eliminar cualquier debate público en torno a temas polémicos).

La Constitución española y la interpretación dada por el Tribunal Constitucional han subrayado las consecuencias del pluralismo y

de la libertad ideológica en múltiples ocasiones. Algunas tan significativas como la precisión del significado del acatamiento de la Constitución por los cargos públicos representativos (SS.TC 101 y 122/1983) y, a veces, también discutibles, como la ausencia de límites materiales implícitos a la reforma de la Constitución (SS.TC 48/2003 y 42/2014) o el cuasi vaciamiento del acatamiento a la Constitución con la admisión de hacerlo “por imperativo legal” (STC 119/1990). Sin embargo, la tesis de la ausencia total de límites materiales a la reforma –como tendremos ocasión de ver en la segunda parte de este trabajo– chocó desde muy pronto con otras tesis que trataron de justificar e identificar un núcleo irreductible a la reforma y al que defender de sus enemigos. De Otto consideraba que el constituyente español había prescindido de todo mecanismo de defensa de la Constitución (*op. cit.*, p. 57). En su opinión, “[e]n España no ha habido, es ocioso decirlo, ni un solo (*sic*) momento en que la democracia se haya visto arruinada por enemigos que hayan realizado una ‘marcha a través de las instituciones’ hasta su destrucción... la principal amenaza del orden constitucional no proviene, en la medida en que exista, de las organizaciones políticas enemigas del orden constitucional y del propio Estado, sino de la reacción de instituciones de éste para las que la actividad de los enemigos puede ser espoleta o simple pretexto” (*ibidem*, pp. 56-57).

El surgimiento de nuevas circunstancias no ha hecho sino aumentar la conciencia de la necesidad de garantizar la democracia constitucional de los abusos a los que se ve sometida, sobre todo, en tiempos de crisis y de populismos. Por lo general, no se piensa tanto –como hace cuarenta años– en la defensa de la Constitución y la democracia contra ataques procedentes del interior del poder del Estado y no controlados por las autoridades legítimas (golpe militar), sino de la actuación de las instituciones de autogobierno en Cataluña, de la mano de una parte de la ciudadanía catalana, frontalmente contrarias

a la unidad del Estado. Sobre todo, en septiembre y octubre de 2017 tuvo lugar la aprobación de las leyes de desconexión (la ley del referéndum de autodeterminación y la ley de transitoriedad a la nueva república catalana) y el intento de celebración del referéndum inconstitucional del 1 de octubre y la posterior declaración de independencia. La invocación del derecho de autodeterminación a través del referéndum sin garantías, organizado desde el poder de la Generalitat (democracia plebiscitaria), y la vulneración de los derechos de las minorías en sede parlamentaria en los debates de las leyes citadas de desconexión (democracia de mayoría), son pruebas de la necesidad de que la Constitución posea eficaces mecanismos de garantía de la democracia pluralista y constitucional, como el Tribunal Constitucional advirtió en las sucesivas sentencias que afrontaron la escalada secesionista (SS.TC 259/2015, 114 y 124/2017).

A la vista de ello, cabe preguntarse si son suficientes los instrumentos de garantía previstos en la Constitución y si han funcionado (por ejemplo, la aplicación del art. 155 CE) o si se requiere la introducción de mecanismos de defensa de la Constitución, en el sentido de defensa ideológica de la misma. En principio, parece que la Constitución tiene suficientes instrumentos eficaces de garantía de la Constitución y el principio democrático, frente a abusos de la democracia misma, sobre todo procedentes de autoridades e instituciones públicas y para hacer frente a las crisis políticas de máxima gravedad. Dichos instrumentos, además, están en consonancia con el Derecho comparado. El debate se ha planteado recientemente, doctrinal y jurisprudencialmente (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo), en torno al alcance del Estado de excepción y la suspensión de los derechos fundamentales, o respecto a las condiciones de aplicación y límites de las medidas del art. 155 CE o acerca del alcance del tipo del delito de rebelión. Por ello es procedente explorar la conveniencia de

introducir correctivos a las regulaciones actuales, que puedan dotar de mejores instrumentos a la defensa constitucional, sea por vía interpretativa o a través de la reforma legislativa o constitucional.

En esta obra hemos seleccionado los tipos de actos contrarios al orden constitucional, que son regulados por la propia Constitución y que consideramos más importantes precisamente porque afectan a sus principios e instituciones fundamentales, así como a la pervivencia del Estado mismo. La defensa de la Constitución se lleva a cabo a través de distintas instituciones fundamentales del Estado constitucional y democrático de derecho.

De entrada, la rigidez constitucional, a través de los procedimientos de reforma, es una barrera a la actuación de las mayorías de turno que pretendan modificar la Constitución para alterar el contenido del pacto constituyente. En este contexto, la introducción de cláusulas de intangibilidad en algunas constituciones aparece como un mecanismo típico de defensa del orden constitucional, como el caso alemán pone de manifiesto. Al mismo tiempo, allí donde no están previstas, surge la discusión sobre la existencia de límites implícitos a la reforma, como consecuencia lógica de esta necesidad de protección. A ello dedicaremos el capítulo segundo de este trabajo.

Un régimen constitucional de partidos que establezca límites a su creación y mecanismos de disolución por causas relacionadas con sus fines (además de por sus actividades) es otro mecanismo típico de defensa del orden constitucional. En el caso español, se trata de ver si la exigencia a los partidos políticos de “respeto” a la Constitución afecta al orden constitucional y si dicho “respeto” implica la sanción a aquellos cuya ideología, o bien sus actuaciones, atentan contra los principios democráticos (opción esta última por la que se inclina la Ley Orgánica de Partidos Políticos). Josu de Miguel aborda en esta obra el orden constitucional desde el punto de vista de los partidos

políticos y su relación con los dos grandes modelos de democracia: la pluralista y la militante.

Asimismo, se prevén en muchas de las constituciones contemporáneas los estados excepcionales que tratan de racionalizar el ejercicio de los poderes públicos y la limitación y suspensión de ciertos derechos fundamentales en momentos de grave crisis constitucional (art. 116 CE), tal y como analiza Pablo Fernández de Casadevante. Estos son debidos, en primer lugar, a “circunstancias extraordinarias” que hagan imposible “el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios” (art. 1 de la LO 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio). Entre los supuestos de hecho que activan los estados excepcionales se señalan algunos relacionados con la defensa del orden constitucional: cuando esté en peligro –se entiende general y sistemático, no puntual o particular– “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas... y cualquier otro aspecto del orden público” (art. 13.1 en relación con el estado de excepción) y “cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra... el ordenamiento constitucional” (art. 32 para el estado de sitio).

Cuando la crisis afecta a la organización territorial y supone, ya sea el supuesto de hecho más genérico, “atentar gravemente al interés general de España”, o bien el más acotado de no cumplir con las “obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan” (art. 155), corresponde al Senado aprobar las medidas que sirvan para proteger dicho interés general o cumplir con las obligaciones. Su utilización en España frente a la declaración de independencia catalana a finales de octubre de 2017 y la delimitación que lleva a cabo la doctrina del Tribunal Constitución son analizados por Patricia Rodríguez-Patrón, y puestos en el contexto de otros instrumentos previstos en el Derecho comparado con similares propósitos.

El Estado constitucional necesita, además de las medidas represivas o sancionadoras que se acaban de citar, de la educación para crear una conciencia constitucional entre la ciudadanía, como trata Pablo Nuevo en su capítulo. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana “en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE). En este caso, se trata de una defensa en positivo y pro futuro, a través de la enseñanza de los valores y principios que están en la base de los derechos fundamentales y humanos y de la democracia.

Asimismo, la defensa de la Constitución no se agota en la Constitución misma, sino que otras normas también llevan a cabo tal defensa con la sanción y la prevención de las actuaciones contrarias a la Constitución, sobre todo por vía violenta y que son tipificadas como delitos en el Código Penal, tal y como analiza David I. Carpio.

Finalmente, entre las amenazas más graves al Estado constitucional está la de secesión de una parte del territorio, y que es tratada por Núria González Campaña. La gravedad de dicha amenaza se debe a que pone en riesgo la continuidad de la comunidad política misma en cuyo seno actúa la democracia, la Constitución y los principios fundantes incluidos en la misma. La Unión Europea se ha erigido en garante del patrimonio constitucional común de los Estados miembros, lo que lleva a actuar contra los Gobiernos que atenten contra la democracia constitucional y el Estado de derecho, y también frente a la amenaza a la integridad territorial de los Estados miembros. De este modo, aparece un último y sobrevenido mecanismo de garantía del orden constitucional de los Estados miembros.

Por el contrario, dejamos de lado en nuestro estudio otros mecanismos sectoriales, como la noción de “orden público” protegido por la ley, como límite intrínseco de las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE). La Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 lo con-

cretará incluyendo la protección de “los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, salud y moral públicas” en el “ámbito de una sociedad democrática” (art. 3.1). Esta es referida al orden público constitucional en una sociedad democrática (STC 46/2001) y es diferente, por tanto, de la noción de orden público material, como seguridad ciudadana. Tampoco procede entrar en la atribución a las fuerzas armadas de la misión de “defensa de su [de España] integridad territorial y el ordenamiento constitucional” (art. 8 CE). En este caso, la defensa del ordenamiento constitucional se refiere a la Constitución misma en su integridad, y no solo a su núcleo básico, y se lleva a cabo de acuerdo con la misma Ley fundamental, esto es, bajo la dirección política del Gobierno (art. 97 CE).

Metodológicamente, en estas páginas abordamos las garantías de la Constitución y la cuestión del orden constitucional desde el punto de vista jurídico-constitucional, con una aproximación que combina consideraciones generales de teoría constitucional, experiencias constitucionales relevantes sobre todo del contexto europeo, la doctrina de organizaciones internacionales como la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, y el análisis más detallado del caso español. Todo ello con una pretensión analítica del cuadro constitucional vigente, sin descuidar una dimensión propositiva o *de lege ferenda*, para afrontar con eficacia la crisis y la deslegitimación constitucionales.

JAVIER TAJADURA TEJADA

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco. Catedrático acreditado por la ANECA

La defensa del orden constitucional en España y en Europa. Cuestiones teóricas y generales

EN ESTE CAPÍTULO SE ABORDA EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONCEPTO “ORDEN CONSTITUCIONAL” y se exponen los elementos de la cultura política democrática sobre la que dicho orden reposa. A continuación, se examinan los factores que explican que este orden y esta cultura estén hoy amenazados en Europa: la falta de democracia de los partidos políticos y las redes sociales como causas de la polarización política. Finalmente se expone una tipología de los distintos instrumentos de defensa del orden constitucional.

1. Introducción

En su discurso de despedida de la presidencia de los Estados Unidos, en enero de 2017, Barak Obama advirtió que “la democracia corre peligro cuando se la da por segura” (*EL PAÍS*, 11 de enero, 2017). Un año después, Wolfang Schauble –destacado dirigente de la democracia cristiana alemana– advertía lo mismo: “El mayor peligro es que demos la democracia por hecho” (*EL PAÍS*, 12 de oc-

tubre de 2018). La canciller alemana A. Merkel, el presidente de la República Francesa, E. Macron y otros líderes políticos europeos que pueden ser justamente considerados como baluartes de defensa de la democracia constitucional, han hecho afirmaciones parecidas.

Al comenzar la tercera década del siglo XXI, pocas dudas caben de que el orden constitucional –que es lo mismo que decir la democracia constitucional– necesita ser defendido de sus enemigos. Esto es, de todos aquellos que situados en los extremos del espectro ideológico (extrema derecha y extrema izquierda) impugnan los principios, valores y estructuras de la democracia liberal. Varias son las razones que explican el auge de estos movimientos extremistas (antiparlamentarios, ultranacionalistas, soberanistas, populistas, etc.). Básicamente podemos referirnos a tres.

- a) La primera, el aumento de la desigualdad social. La democracia constitucional se sustentó en el siglo XX sobre unos presupuestos económicos y sociales caracterizados por el crecimiento económico sostenido, el pleno empleo, y una clase media en expansión. Ello dio lugar a la imagen del ascensor social según la cual –como consecuencia del crecimiento económico y el progreso social– la generación de los hijos vivía siempre en términos globales mejor que la de sus padres. La crisis financiera y económica del 2008 puso fin a esa situación. El aumento de las desigualdades, la precarización del trabajo y el desempleo, la falta de oportunidades, las dificultades de emancipación de los jóvenes crearon un contexto favorable a los discursos impugnadores del sistema. Esos discursos populistas no contienen ninguna fórmula realista para superar esa situación y se caracterizan por la demagogia y la simpleza con que afrontan problemas y cuestiones de gran complejidad. Sin embargo, a pesar de ello, en un

- contexto de desigualdad social creciente encuentran un caldo de cultivo favorable a su propagación.
- b) La segunda, la transformación de las sociedades europeas culturalmente homogéneas en sociedades multiculturales. El envejecimiento demográfico de la Unión, unido a otros factores, ha provocado una intensificación de la inmigración que ha producido efectos muy beneficiosos para el mantenimiento de los sistemas productivos de la mayor parte de los Estados europeos. Sin embargo, ha planteado también problemas graves de convivencia y de integración. En este sentido, la inmigración en el contexto de la crisis ha provocado un preocupante auge de los discursos xenófobos y también de posiciones ultranacionalistas como las que condujeron al Brexit.
 - c) La tercera, el cambio radical de las estructuras de la comunicación pública. El auge de internet y de las redes sociales ha destruido el monopolio de los medios de comunicación clásicos que durante el siglo XX formaron a la opinión pública. Esas redes son hoy formidables instrumentos de divulgación de informaciones falsas y de propagación del odio. De este fenómeno nos ocuparemos al final del capítulo.

El examen detallado de estos tres problemas desborda el objeto de nuestro trabajo. Pero es preciso dejarlo planteado. El orden constitucional asentado en Europa durante el siglo XX reposaba sobre la existencia de una amplia clase media, de sociedades culturalmente homogéneas, y de un sistema de formación de la opinión pública que filtraba los discursos radicales. Desde esta óptica, el crecimiento económico y el pleno empleo, la homogeneidad social y cultural, y los medios tradicionales de formación de la opinión pública fueron los tres grandes estabilizadores de la democracia constitucional. En el siglo XXI, dichos estabilizadores han desaparecido y ya no pueden operar

como instrumentos de defensa del orden constitucional. Debemos ser conscientes de ello y de la necesidad, por tanto, de restaurarlos en la medida en que sea posible. Es preciso adoptar un nuevo contrato social que otorgue un horizonte de expectativas razonables de emancipación y desarrollo personal a las nuevas generaciones. Para ello resulta imprescindible poner fin a los excesos de la desregulación financiera y subordinar la economía al progreso de las personas. En segundo lugar, es indispensable resolver los conflictos de integración de los inmigrantes reconociendo las insuficiencias y límites de ciertos enfoques multiculturales. En una democracia constitucional, esos conflictos han de resolverse bajo la óptica de la igual libertad y de los derechos fundamentales. El multiculturalismo tiene límites claros: todos los individuos y grupos deben respetar la cultura de los derechos fundamentales. Finalmente, habrá que examinar procedimientos e instrumentos para poner fin al potencial destabilizador de las redes sociales.

Este es el contexto político, económico, social y cultural en el que hay que plantearse el problema que aborda esta obra colectiva: la defensa del orden constitucional en España y en Europa.

En este capítulo comenzaré precisando que se entiende por “orden constitucional” (2) y explicando la cultura política democrática sobre la que dicho orden reposa (3). A continuación, expondré dos de los factores que explican que este orden y esta cultura estén hoy amenazados en Europa: la falta de democracia de los partidos políticos (4) y las redes sociales (5) como causas de la polarización política. Finalmente expondré una tipología de los distintos instrumentos de defensa del orden constitucional (6).

2. Constitución y democracia en Europa

Acabada la Segunda Guerra Mundial con la derrota de las potencias del Eje por las fuerzas aliadas, todos los Estados europeos al oeste

del denominado telón de acero adoptaron los principios, valores e instituciones propios de la democracia constitucional. España y Portugal tuvieron que esperar tres décadas más y los países de la Europa central y oriental, hasta la caída del Muro de Berlín y el derribo del comunismo. Para finales del siglo XX, la mayor parte de los Estados de Europa, estaban configurados políticamente como democracias constitucionales.

En todos estos Estados cumple la Constitución un doble y decisivo papel. Por un lado, fundamentar y legitimar el poder del Estado sobre el principio de soberanía popular o nacional, esto es, en el libre consentimiento de los ciudadanos; y por otro, limitar y controlar el poder. La Constitución democrática vertebrada los poderes del Estado (Constitución como estructura) y, al mismo tiempo, los limita (Constitución como sistema de garantías). Se logra así, por primera vez en la historia, articular un orden –el orden constitucional– que hace compatibles y permite desplegar su plena eficacia a los valores de libertad y democracia. En este contexto, la Constitución puede ser definida como la traducción jurídica y la expresión política de un orden material de valores que se identifica con la igual libertad de todos los ciudadanos (como síntesis de la libertad y la democracia).

Para poder cumplir esta doble función, las constituciones democráticas de Europa integran necesariamente tres elementos o principios: el principio político democrático, según el cual el pueblo como titular del poder constituyente es el autor de la Constitución; el principio político liberal, según el cual la garantía jurídica de la libertad exige organizar el Estado conforme al principio de división de poderes y de respeto a los derechos fundamentales; y el principio jurídico de supremacía constitucional, según el cual la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y, en caso de conflicto con

otras normas, especialmente las de rango legal, debe prevalecer sobre ellas. Estos son los tres principios básicos, fundamentales y esenciales del orden constitucional de un Estado. Hablar de la defensa del orden constitucional es, por ello, hablar de los mecanismos, procedimientos e instrumentos existentes para proteger y garantizar la vigencia y efectividad real de cada uno de estos tres principios. Veamos el significado y alcance de cada uno de ellos.

2. 1. El principio político democrático

El principio político democrático como fundamento de la Constitución supone que esta ha sido elaborada por el pueblo del Estado, es decir, por el conjunto de los ciudadanos con derecho de participación política en un momento histórico determinado, lo que técnicamente se denomina el poder constituyente (soberanía popular/nacional). La existencia de este poder constituyente es una exigencia lógica del Estado constitucional. La Constitución, como toda norma, requiere de un autor. En todo proceso constituyente –como se advirtió en los acaecidos a finales del siglo XVIII en el contexto de las revoluciones liberal-burguesas que alumbraron las primeras constituciones en sentido moderno– es obligado distinguir el momento del pacto social del momento del acto constitucional. Por el pacto social se crea la sociedad, mientras que por el acto constitucional la sociedad se organiza. El surgimiento del poder constituyente (pacto social) precede lógicamente y cronológicamente a su actuación, es decir, a la aprobación de un texto constitucional determinado. Desde esta óptica, el principio de unidad e indivisibilidad de la soberanía es un elemento esencial del orden constitucional de cualquier Estado.

Así lo han entendido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Italia que, en su sentencia del 29 de abril de 2014, declaró que la soberanía “es un valor de la República unitaria que ninguna reforma

puede cambiar sin destruir la propia identidad de Italia”. Cualquier actuación que suponga un quebranto de la unidad de Italia implica “subversiones institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República”. Y ello –subraya la Corte Constitucional italiana en una conclusión que nuestro Tribunal Constitucional debiera también asumir como propia– porque “la unidad de la República es uno de los elementos tan esenciales del ordenamiento constitucional que está sustraído incluso al poder de revisión de la Constitución”.

En términos similares se pronunció el Tribunal Constitucional de Alemania que, ante una petición de celebración de un referéndum de independencia en Baviera, resolvió que “no hay espacio para aspiraciones secesionistas de un Estado federado en el marco de la Constitución: violan el orden constitucional”. Y ello porque en la República Federal, como “Estado nacional cuyo poder constituyente reside en el pueblo alemán, los Estados federados no son dueños de la Constitución” (Auto del 16 de diciembre de 2016).

El principio político democrático presupone la unidad del pueblo y del Estado. De esta forma, la defensa de cualquier orden constitucional exige proteger la existencia histórica del constituyente que alumbró el texto constitucional como presupuesto (lógico e histórico) de dicho orden. Dicho con otras palabras, la unidad de la soberanía estatal (y del ordenamiento jurídico) es elemento esencial y presupuesto del orden constitucional de cualquier Estado. De ello se deriva que el derecho de secesión no tiene cabida en el Estado constitucional.

Ahora bien, la defensa de la unidad e indivisibilidad de la soberanía exige proteger también –en la parte orgánica– las instituciones y procedimientos a través de los cuales aquella se ejercita (elecciones libres periódicas) y –en la parte dogmática– los derechos que permiten expresarla (derecho de sufragio, libertad de expre-

sión, de asociación, etc.). La organización y estructura de los poderes del Estado conforme al principio de división de los mismos y la garantía efectiva de los derechos fundamentales, se configuran como el segundo pilar del orden constitucional que hace efectivo el anterior (soberanía nacional o popular)

2. 2. El principio político liberal

El principio político liberal –segundo pilar del orden constitucional– es el que conforme a la celeberrima formulación del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, determina el contenido material de toda Constitución y el concepto axiológico de la misma: “una sociedad donde la separación de poderes no está establecida y los derechos no están garantizados no tiene Constitución”.

Se trata de un principio decisivo para identificar la esencia de toda Constitución. La Constitución se identifica con la limitación del poder. La Constitución es la norma que garantiza jurídicamente la libertad de los ciudadanos limitando el poder del Estado. Derechos fundamentales y división de poderes son así dos principios a proteger.

El principio político liberal supone, por ello, la existencia de una legitimidad constitucional concebida como supralegalidad que no puede ser suprimida por ninguna mayoría. Esto es lo que explica que las tablas de derechos fundamentales recogidas en las constituciones de las democracias avanzadas hayan sido definidas como el derecho natural de nuestro tiempo. En definitiva, su función es la misma que la del derecho natural clásico. Operan como un límite frente a todo legislador positivo (incluido el poder de reforma). Pero cumplen esta función soslayando los problemas que el iusnaturalismo clásico planteaba, singularmente, el de su indeterminación y el de la inexistencia de una instancia que los recogiera. A pesar del relativismo inherente a

su propia historicidad, en el siglo XXI, el concepto de derechos humanos ha alcanzado un cierto grado de objetividad, siendo estable en su núcleo. No cabe sostener que su existencia dependa del poder político. Al contrario, su propia fundamentación histórica le confiere una autonomía frente al poder. En los Estados constitucionales estos derechos humanos son derechos fundamentales. En otros, los derechos humanos sirven para denunciar las carencias de un ordenamiento jurídico y, en definitiva, su injusticia. Por ello los derechos humanos pertenecen hoy al acervo cultural de la humanidad y su existencia es autónoma de cualquier voluntad política. Un estudio comparado de las distintas constituciones nos confirma que, aunque no exista un concepto universalmente válido de derecho fundamental, sí que es posible hablar de una “cultura de los derechos fundamentales” (P. Häberle). Esa cultura es un elemento esencial del Estado constitucional del siglo XXI y, por ello, las normas que reconocen y garantizan derechos fundamentales son uno de los elementos esenciales del orden constitucional.

Junto a los derechos fundamentales –y configurado a su servicio–, el principio de división de poderes es el otro pilar del principio liberal. La existencia de un Parlamento representativo elegido mediante comicios periódicos libres, los mecanismos de control del Gobierno, la existencia de un poder judicial independiente, etc., son otras tantas exigencias derivadas de este importante principio. La vigencia y efectividad del principio de división y control del poder es, por ello, otro elemento fundamental del orden constitucional.

2. 3. La supremacía constitucional

El tercer principio configurador de un orden constitucional democrático es el de supremacía jurídica de la propia Constitución. Esta supremacía es una pieza clave y básica del Estado constitucional. De este principio jurídico de supremacía se deriva una doble exigencia.

Por un lado, la existencia de un procedimiento específico y agravado para la reforma del texto constitucional, distinto del procedimiento legislativo ordinario y que impida que una mayoría coyuntural pueda disponer de aquel (lo que se denomina “rigidez constitucional”). Esto supone concebir la reforma constitucional como un procedimiento de defensa del orden constitucional que permite llevar a cabo su perfeccionamiento y mejora sin afectar a su núcleo intangible. Si la reforma es un instrumento de defensa de la Constitución y de protección de las minorías, es evidente que el procedimiento ha de tener un grado de rigidez suficiente como para impedir que un partido político o una mayoría parlamentaria coyuntural puedan disponer del texto constitucional a su antojo. Ahora bien, esto no quiere decir que el máximo grado de rigidez no plantee también otros importantes problemas. constituciones que establecen procedimientos hiperrígidos pueden verse abocadas a una encrucijada peligrosa: o bien a que la Constitución no se reforme cuando las circunstancias obliguen a ello —y la distancia entre la realidad política y la constitucional adquiera dimensiones peligrosas—, o a que la revisión se lleve a cabo por procedimientos distintos y, en última instancia, ilegales o fraudulentos. En ambos casos, la supremacía normativa de la Constitución sufre una formidable erosión. Por ello, las dificultades del procedimiento no deben ser en ningún caso tan extremas que impidan, por la propia complejidad del procedimiento, llevar a cabo una reforma cuando las circunstancias políticas lo aconsejen.

Por otro lado, este procedimiento de reforma no serviría para nada si no existiese la posibilidad de anular cualquier modificación de la Constitución llevada a cabo al margen de aquel. Esta es la función de los Tribunales Constitucionales (o de los órganos supremos del Poder Judicial donde aquellos no existen): controlar la constitucionalidad de las leyes.

El principio de supremacía supone que todas las normas del ordenamiento jurídico están subordinadas a la Constitución como norma fundamental y fundamentadora de aquel. Todas las normas deben adecuarse formal y materialmente a lo previsto en la Constitución. Esta solo puede modificarse formalmente siguiendo el procedimiento de reforma expresamente previsto. En este contexto, cualquier ley que contradiga o contravenga de la forma que sea la Constitución debe ser anulada por inconstitucional. Este control de la constitucionalidad de la ley es el último elemento del orden constitucional.

Realmente todos ellos están íntimamente relacionados, pero no es exagerado afirmar que este último es el corolario de todos los anteriores y, en definitiva, su garantía última. El principio jurídico de supremacía constitucional es la traducción jurídica del principio político democrático de soberanía popular. Esto es algo que conviene explicar y subrayar. Realmente, un orden constitucional se caracteriza por la ausencia del soberano. En el Estado constitucional, la soberanía reside en la Constitución (principio de supremacía). El poder constituyente, titular de la soberanía conforme al principio democrático, desaparece del escenario una vez actúa aprobando la Constitución. Queda su obra: el texto constitucional que se impone a todos los poderes constituidos. Garantizar la supremacía de la Constitución sobre las leyes y demás normas del ordenamiento es hacer prevalecer la voluntad del poder constituyente sobre la de los poderes constituidos (Parlamentos, Gobiernos, etc.). De esta forma, los tribunales constitucionales no solo garantizan el principio de supremacía constitucional, sino también el principio democrático correctamente entendido. Por otro lado, con la supremacía constitucional se protege también el principio liberal, porque cualquier norma vulneradora de derechos fundamentales puede ser anulada por inconstitucional. En definitiva, sin el control de constitucionalidad de las leyes llevado a cabo por los tribunales

constitucionales (o por el Poder Judicial allí donde aquellos no existen), no habría democracia ni libertad posibles.

Una última cuestión que debe ser apuntada es la relativa a los límites materiales (explícitos o implícitos) al poder de reforma constitucional. El poder de reforma no puede ser comprendido como un poder soberano, sino como un poder limitado formal y materialmente por la Constitución. De ello se deriva la existencia de unos límites que el poder de reforma ha de respetar: esos límites son todos los elementos esenciales del orden constitucional que hemos expuesto hasta aquí. Solo así puede comprenderse cabalmente la reforma constitucional como lo que realmente es: un instrumento de defensa del orden constitucional. La reforma no es solo un procedimiento para adecuar el texto constitucional al cambio histórico, sino sobre todo un mecanismo de defensa de la Constitución, cuyo objetivo es garantizar su conservación y permanencia. Lo que ocurre es que la continuidad de la Constitución (en lo que se refiere a su identidad y a las decisiones políticas fundamentales que contiene) requiere en muchas ocasiones, modificar o reformar disposiciones concretas para mejorar y perfeccionar el texto. Desde esta óptica, si la reforma es un instrumento de defensa, resulta evidente que no puede concebirse como un expediente para llevar a cabo la destrucción de la Constitución. El poder de reforma está legitimado para llevar a cabo cambios “en” la Constitución, pero no cambios “de” Constitución.

2. 4. Democracia constitucional, Estado de derecho y representación política

De todo lo anterior se desprende, por un lado, que la democracia no puede concebirse por encima o al margen de la Constitución y del Derecho; por otro, que la democracia constitucional es siempre una democracia representativa y no puede articularse como una de-

mocracia de la identidad. Dicho con otras palabras: no hay democracia sin Estado de derecho y sin representación política.

• Estado de derecho

No hay democracia sin Constitución, sin derechos fundamentales y sin Estado de derecho. El orden constitucional así entendido debe ser defendido de todos aquellos (populistas), que sitúan a la “voluntad del pueblo”, esto es, a la mayoría del cuerpo electoral por encima de la Constitución y del Derecho. Los partidarios de esta democracia decisionista o plebiscitaria han rescatado la funesta categoría de democracia iliberal (Schmitt) según la cual, la democracia no necesariamente tiene que garantizar un orden liberal (derechos fundamentales y división de poderes). Partidos extremistas de Hungría o Polonia apelan a la superior voluntad del pueblo para suprimir derechos de determinadas minorías y para liquidar la independencia de los Tribunales de Justicia. Desde esta misma óptica, los partidarios del Brexit en el Reino Unido acusaron a los jueces británicos de “traición al pueblo” por establecer límites al poder del Gobierno para ejecutar el resultado del referéndum que provocó la salida de la Unión Europea. La esencia del populismo como principal enemigo de la democracia constitucional reside precisamente en eso: en rechazar los límites y controles jurídicos al poder y en la defensa de la superioridad absoluta de la voluntad del pueblo. Nada de extraño tiene que, con estas concepciones absolutistas y autoritarias de la soberanía, el nacionalismo exacerbado sea otra señal de identidad del populismo. Sirva lo anterior para dejar claro que el concepto de “democracia iliberal” es un oxímoron inaceptable que debe ser rechazado con rotundidad y contundencia.

La democracia constitucional, como vamos a ver, es necesariamente una democracia liberal y representativa. Por ello no puede

ser concebida sino en el marco de un Estado material de derecho entendido como estructura institucional garantista al servicio de la igual libertad de todos. Estructura que requiere, junto a un Parlamento democrático conformado mediante elecciones libres periódicas y que adopta sus acuerdos a través de la regla de las mayorías, de un Poder Judicial independiente y, en su caso, de Tribunales Constitucionales para velar por la legalidad y constitucionalidad de la actuación de todos los poderes públicos.

La existencia de este Poder Judicial independiente es una de las principales garantías del orden constitucional. La defensa de su independencia es fundamental. Ello explica que los populistas de distinto signo ideológico (extremistas de derecha en Polonia y Hungría, o extremistas de izquierda en España) dirijan ataques constantes contra su independencia. Misión de estos Tribunales es defender los derechos de todos los ciudadanos y de las minorías. Operan como instituciones contramayoritarias imprescindibles para evitar la tiranía de la mayoría.

Es importante subrayar esto, porque los enemigos del orden constitucional –populistas de ambos extremos del espectro ideológico– van a sostener la existencia de un supuesto conflicto de legitimidades: la legitimidad del pueblo frente a la legitimidad de la Constitución y del Derecho. No hay tal conflicto: la supremacía jurídica de la Constitución es la traducción jurídica del principio político democrático de soberanía nacional. El sometimiento de todos los poderes al Derecho es la garantía de la igual libertad de todos los ciudadanos.

En este contexto hay que subrayar que la defensa penal del orden constitucional, que resulta obligada para su protección efectiva, debe respetar todas las garantías del Estado de derecho. Incluso en situaciones de emergencia, esto es, cuando es preciso

activar el denominado derecho de crisis (que puede implicar limitaciones drásticas e incluso la suspensión de algún derecho fundamental), los principios del Estado de derecho deben mantenerse. El fin no justifica los medios, y la preservación y defensa del orden constitucional en situaciones de excepción debe llevarse a cabo, también, en el marco del Estado de derecho.

• Representación política

La democracia constitucional es necesariamente liberal y representativa. Una democracia plebiscitaria –de la identidad– no es una democracia constitucional. Realmente es un sarcasmo calificar de democracia a estas construcciones que solo sirven para enmascarar sistemas autoritarios de gobierno. El rechazo al parlamentarismo y a la representación, y la defensa de los procedimientos plebiscitarios, son elementos comunes de los diferentes movimientos y fuerzas políticas populistas que amenazan la democracia constitucional en Europa.

En muchos países europeos 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 ocurriera en la República de Weimar en los años 20 y 30 de la pasada centuria– a la contraposición entre democracia representativa y democracia de la identidad. Conviene recordar que, en aquel contexto –y 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.

Frente a las tesis de Kelsen, Schmitt 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. Los referendos, por el contrario, al polarizar cualquier problema en dos posiciones inconciliables y enfrentadas, hacen

imposible el acuerdo y, lo que es más grave, una vez realizados se atribuye a lo decidido –aunque haya sido por una mayoría exigua– un carácter irreversible.

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 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. Lo veremos después.

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.

Desde esta óptica, el orden constitucional de las democracias representativas tiene como presupuesto una determinada cultura política que debe ser preservada y fomentada: la cultura política democrática del pacto, el acuerdo y la transacción. La destrucción de esa cultura y su sustitución por la vieja lógica schmittiana de amigo/enemigo, la extrema polarización, el sectarismo y la consideración del acuerdo como sinónimo de rendición y no de éxito político, son algunas de las amenazas más graves que se ciernen sobre el orden constitucional en Europa. A ella dedicamos el siguiente epígrafe.

3. La cultura política democrática y las reglas no escritas de la democracia constitucional

En su importante obra *La República norteamericana* (1888), James Bryce advirtió que no es la Constitución de los Estados Unidos la que garantiza el funcionamiento de su sistema político, sino la existencia de lo que él llamaba los usos, es decir, las reglas no escritas.

Estas reglas no escritas –y su efectivo cumplimiento– son mucho más importantes –para la supervivencia de un régimen democrático– que el propio texto constitucional. Baste comprobar el hecho de que, en Latinoamérica, los textos constitucionales de muchas de las nuevas Repúblicas alumbradas en el siglo XIX se inspiraron y basaron en la Constitución de los Estados Unidos. El fracaso de estas no puede imputarse por ello al texto constitucional escrito. A título de ejemplo, cabe recordar que la Constitución argentina de 1853 –cuyo texto en dos terceras partes era similar al norteamericano– no pudo evitar ni los fraudes electorales de finales del XIX, ni los golpes militares del XX (1930 y 1943), ni el populismo autoritario que encarnó el general Perón.

En sentido contrario, es posible también que un texto constitucional deficiente garantice la estabilidad democrática, siempre que las referidas reglas no escritas se cumplan. El caso de la Constitución francesa de la V República es un claro ejemplo de ello. A pesar de los elementos autoritarios y plebiscitarios de un texto que el general de Gaulle definió como “el encuentro de un hombre con un pueblo”, y que François Mitterrand denunció en su célebre opúsculo (*El golpe de Estado permanente*), la Constitución de 1958 ha proporcionado a los franceses seis décadas de estabilidad y prosperidad. Ahora bien, el diseño institucional del régimen –caracterizado por una formidable concentración de poder en manos del jefe del Estado– pondría en peligro la democracia si dicha suprema magistratura fuera ocupada por

una persona que no respetase los principios y las reglas no escritas de la democracia (tolerancia y contención).

Ciento treinta años después de Bryce, en su ya clásico ensayo *Cómo mueren las democracias*, Steven Levitsky y Daniel Ziblatt han subrayado la relevancia de las reglas que nos ocupan hasta el punto de considerarlas indispensables para la supervivencia misma de un régimen democrático: “Todas las democracias de éxito dependen de reglas informales que, pese a no figurar en la Constitución, ni en la legislación, son ampliamente conocidas y respetadas”. “Dichas reglas o normas –continúan– sirven como guardarraíles de la democracia e impiden que la pugna política cotidiana desemboque en un conflicto donde todo vale” (Levitsky, S., y Ziblatt, D., 2018, pp. 121-122).

No se trata únicamente de actitudes o talentos personales. Se trata de reglas que tienen un contenido y un valor objetivo. Pueden ser definidas como “códigos de conducta compartidos que pasan a formar parte del dominio público en el seno de una comunidad o una sociedad concreta, en el sentido de que son aceptados, respetados y acatados por sus integrantes”. De la misma forma que cualquier costumbre jurídica, constan, por tanto, de un elemento objetivo y de un elemento subjetivo.

Steven Levitsky y Daniel Ziblatt se refieren concretamente a dos reglas –la tolerancia mutua y la contención institucional– en las que vamos a centrar nuestra atención. Muchos de los problemas que atraviesa el funcionamiento de algunas democracias constitucionales en Europa, y singularmente la española, tienen su origen en el incumplimiento de dichas reglas no escritas.

3. 1. Tolerancia mutua

El principio o regla de tolerancia mutua se resume en la idea de que el adversario nunca puede ser considerado ni tratado como un enemigo

(ni como un traidor). De ello se deriva la obligación de reconocer y admitir que los adversarios políticos tienen un derecho idéntico al nuestro a participar en el juego político, a competir por el poder y en su caso a gobernar. Siempre que respeten el marco constitucional, los adversarios deben ser considerados contrincantes legítimos y su eventual victoria electoral nunca puede ser contemplada como una amenaza existencial para el sistema. Cosa distinta es el caso de aquellos partidos que aspiran abiertamente a la destrucción del orden constitucional y entonces sí pueden ser considerados y tratados como enemigos.

Ese principio es inherente al valor del pluralismo y opera como presupuesto de la alternancia política que caracteriza a todo régimen democrático. Por ello, su quiebra ha conducido siempre a la destrucción de la democracia.

Así ocurrió, por ejemplo, durante la II República española. El principio quebró hasta el punto de que Manuel Azaña –uno de los políticos más lúcidos de aquella época y de fuertes convicciones democráticas–, ante la posibilidad de una derrota electoral, llegó a afirmar que no se podía conferir el Gobierno a los enemigos de la República. En ese contexto, las elecciones de febrero de 1936 se caracterizaron por un frentismo en que cada bando contemplaba la eventual victoria electoral del otro como el apocalipsis.

Otro ejemplo culturalmente cercano lo proporciona la historia política de Chile. La que había sido –hasta 1970– una democracia consolidada y estable comenzó a desmoronarse en las elecciones presidenciales de 1970. Estos comicios en los que el socialista Salvador Allende se impuso con el 36 por ciento de los votos, se caracterizaron también por una polarización extrema. La tolerancia mutua había desaparecido por completo.

Frente a esos ejemplos de quiebra del principio de tolerancia mutua cabe oponer el de vigencia prolongada e indefinida del mismo

en los Estados Unidos. Vigencia que ha permitido llevar a cabo tras-
pasos pacíficos del Poder Ejecutivo (o rama ejecutiva del Gobierno)
y renovaciones periódicas del Poder Legislativo (o rama legislativa),
sin solución de continuidad durante más de dos siglos. Con todo, tam-
bién allí emergió, en la década de los ochenta de la pasada centuria,
un extremismo incompatible con la tolerancia mutua. Extremismo
que logró transformar el viejo Partido Republicano en una plataforma
de oposición radical a la presidencia de Obama, y del que Trump es
su representante más significativo. Este último –que ha violado todas
las reglas no escritas de la democracia norteamericana– ha llevado
hasta sus últimas consecuencias la extrema polarización política, pero
esta ya era perceptible en la época de Obama.

3. 2. Contención

Junto al de tolerancia mutua, el principio o regla de contención ins-
titucional es el otro pilar de la cultura política del orden constitu-
cional democrático. Contención significa autocontrol. Este
principio obliga a todos los titulares de poder público a refrenarse
a la hora de ejercer sus propias competencias, facultades o derechos,
si dicho ejercicio afecta negativamente o impide del modo que sea
el correcto funcionamiento del sistema político. El respeto y cum-
plimiento de este principio impide llevar a cabo cualquier acción
que –aun respetando la literalidad de la norma escrita– vulnere su
finalidad. Desde esta óptica, puede contemplarse también como un
expediente para evitar el fraude constitucional como tipo específico
de la categoría clásica del fraude de ley.

En España tenemos un ejemplo muy claro de violación de esta
norma, en relación al desarrollo y a la aplicación del procedimiento
de nombramiento y renovación de los miembros del Consejo General
del Poder Judicial (art. 122 CE). En su momento, la mayoría parla-

mentaria no respetó el principio de contención, cuando en 1985 reformó el sistema de designación de los doce vocales jueces para imponer el nombramiento parlamentario de todos ellos. Posteriormente, los partidos políticos tampoco lo hicieron cuando colonizaron por completo el Consejo a través del sistema de cuotas, a pesar de que el Tribunal Constitucional en su STC 108/86 había declarado la inconstitucionalidad de tal forma de actuar. Actualmente, algunos partidos al bloquear la renovación del Consejo utilizan también sus facultades legítimas para un fin inconstitucional (prolongar indefinidamente el mandato de un Consejo que ha superado los siete años). Y otros pretenden reaccionar frente a ese bloqueo inconstitucional con el expediente claramente antidemocrático –como han advertido instituciones europeas– de sustituir la designación parlamentaria por mayoría de tres quintos por otra en la que no sea necesaria la mayoría cualificada. Realmente, la única forma de restaurar el principio de contención es bien volver al sistema de designación judicial de los doce vocales jueces (lo que es relativamente sencillo), bien aplicar el procedimiento actualmente vigente con pleno respeto a su finalidad constitucional (subrayada en la STC 108/86), que es la de nombrar candidatos cuya cualificación e independencia les haga acreedores de un amplísimo respaldo (consenso). El caso es muy significativo porque en otros países –singularmente Hungría o Polonia– la violación del principio de contención conduce peligrosamente a aplicar la lógica de la mayoría para colonizar y controlar las instituciones contramayoritarias cuya independencia es esencial para el correcto funcionamiento de un orden constitucional.

Una vez explicados el significado y alcance de los principios de tolerancia mutua y contención, es preciso subrayar la estrechísima relación que existe entre ambos. La tolerancia mutua y la contención institucional están íntimamente relacionadas. Como acertadamente

advierten Levitsky y Ziblatt: “Los políticos tienen más probabilidades de contenerse cuando se aceptan como rivales legítimos. Y los políticos que no contemplan a sus adversarios como elementos subversivos se sentirán menos tentados de recurrir a saltarse las normas para mantenerlos alejados del poder”. Y por supuesto, puede ocurrir también lo contrario: “la erosión de la tolerancia mutua puede motivar a los políticos a desplegar sus poderes institucionales en toda su amplitud” (Levitsky, S., y Ziblatt, D., 2018, p. 133).

Cuando eso ocurre, los sistemas democráticos se adentran en peligrosos ciclos de extremismo y en espirales de polarización creciente que ponen en peligro, en el mejor de los casos, su correcto y eficaz funcionamiento; y, en el peor de los escenarios, la propia supervivencia de la democracia: “La polarización puede despedazar las normas democráticas. Cuando las diferencias socioeconómicas, raciales o religiosas dan lugar a un partidismo extremo en el que las sociedades se clasifican por bandos políticos cuyas concepciones del mundo no solo son diferentes, sino, además, mutuamente excluyentes, la tolerancia resulta más difícil de sostener. Que exista cierta polarización es sano, incluso necesario, para la democracia. Y, de hecho, la experiencia histórica de las democracias de Europa occidental nos demuestra que las normas pueden mantenerse incluso aunque existan diferencias ideológicas considerables entre partidos. Sin embargo, cuando la división social es tan honda que los partidos se asimilan a concepciones del mundo incompatibles, y sobre todo cuando sus componentes están tan segregados socialmente que rara vez interactúan, las rivalidades partidistas estables acaban por ceder el paso a percepciones de amenaza mutua. Y conforme la tolerancia mutua desaparece, los políticos se sienten más tentados de abandonar la contención e intentar ganar a toda costa” (Levitsky, S., y Ziblatt, D., 2018, p. 137).

Cuando todo esto sucede, la democracia está en peligro. Y lo cierto es que, de una u otra suerte, algo parecido está ocurriendo en España, y es lo que explica la inestabilidad política de los últimos cinco años. Las razones últimas que explican las legislaturas fallidas, las investiduras convulsas y las mociones de censura destructivas no residen en los mecanismos y procedimientos constitucionales, sino en la violación sistemática de los principios de tolerancia y contención.

Llegados a este punto, procede examinar las causas últimas de esta situación. Algunas han sido mencionadas al inicio de nuestra exposición. El orden constitucional de una democracia representativa tiene como protagonistas destacados a los partidos políticos. La democracia constitucional se articula necesariamente como un Estado de partidos (Kelsen, García Pelayo). Los partidos políticos son los protagonistas principales del proceso político y quienes conforman básicamente la cultura política de cada país.

Junto a los problemas concretos que se examinan en los diferentes capítulos de esta obra, la quiebra de la cultura política democrática (con sus reglas no escritas de tolerancia y contención) es una de las principales amenazas que se ciernen sobre el orden constitucional. De ella son responsables tanto los partidos como la sociedad. Desde esta óptica, en los siguientes epígrafes vamos a ocuparnos de la falta de democracia interna de los partidos, que es la que ha provocado dinámicas cesaristas potenciadoras de discursos radicales y polarizadores, y del papel de las redes sociales como instrumentos que potencian la polarización extrema de la sociedad.

4. Partidos políticos y democracia

La falta de democracia interna de los partidos es un tema recurrente en la ciencia política y en el derecho constitucional (derecho de partidos). En términos generales, obedece a varias causas. La conversión

del elector en consumidor de un mercado político integrado por lo que Otto Kirchheimer denominó con éxito *catch-all people's party* ha provocado, por un lado, una espectacular caída en la afiliación a los partidos, y por otro, un descenso en la participación de aquellos en la vida del partido. “Los partidos –escribe Torres del Moral– están cada vez más dentro del aparato del Estado y más lejos de la sociedad civil, son más maquinarias de poder que agentes de socialización política, están más atentos a los medios de comunicación que a sus bases y militantes. Hoy es general el fenómeno de la desideologización de los partidos, la progresiva desaparición de los partidos de clase y su sustitución por partidos de electores. En España esta tendencia es manifiesta y creciente” (Torres del Moral, A., 2010, p. 105). El conjunto de los afiliados no participa en los procesos decisorios del partido. La afiliación expresa un acto de solidaridad con la causa ideológica del partido, pero no implica un compromiso político y personal con la organización partidaria. Solo aquellos afiliados que esperan obtener ventajas concretas del éxito electoral participan activamente en la vida del partido. En este contexto de escasa participación, los órganos de representación de los partidos se convierten en órganos de aclamación, el debate político brilla por su ausencia y no se produce ninguna renovación en los cargos. El resultado es que la vida interna de los partidos solo en apariencia es democrática.

Hoy en día este problema se ha agravado notablemente. Muchos partidos asumen formas de liderazgo caudillista. Esto ocurre cuando los partidos –que son instrumentos al servicio de la representación política– prescinden en su estructura y funcionamiento interno de la lógica de la representación y la sustituyen por mecanismos plebiscitarios. Las “primarias” como forma de designación de los dirigentes del partido y candidatos electorales es la más clara expresión de esta perversión. En lugar de operar con la lógica de la

representación según la cual todos los afiliados del partido deberían participar en elecciones para conformar unos órganos representativos del partido, expresión de su pluralismo interno, a los que se les atribuiría las funciones de designar a los máximos dirigentes y a los candidatos electorales, se resucita la denominada democracia directa para establecer una relación inmediata entre las “bases” y el “líder”. Al prescindir de los mecanismos representativos se aniquila el pluralismo interno y se potencian los liderazgos caudillistas y sin control. Apelando a la legitimidad que les proporciona su elección directa por los afiliados (aunque los índices de participación en las elecciones internas sean bajos), los dirigentes de los partidos se imponen sobre los órganos colegiados de representación. Esta deriva autoritaria de los partidos por lo que se refiere al sistema de selección de sus líderes repercute negativamente sobre los programas y proyectos de aquellos.

Frente a la baja afiliación, y al escaso interés de los afiliados por participar en la vida interna del partido, aparece un fenómeno de signo contrario y es la existencia de un amplio número de personas que dependen económicamente del partido, bien de forma directa, bien indirectamente. Entre los primeros se encuentra la clase dirigente del partido y su burocracia administrativa. Entre los segundos, todos los representantes institucionales del partido, dado que, si bien no cobran directamente de él, deben su sueldo al puesto que ocupan por haber concurrido en las listas electorales de aquel. Se produce así una “profesionalización” de la política, en la que los representantes institucionales y los integrantes de los órganos de dirección del partido incrementan su dedicación al partido y su peso en él. Esta profesionalización es la otra cara de la escasa participación de los afiliados. Pero es que, aunque estos quisieran participar, les resultaría muy difícil competir con quienes tienen dedicación exclusiva al par-

tido. En todo caso, los intereses del grupo de personas que depende económicamente del partido, los profesionales de la política, se van separando cada vez más de los de las bases del partido. Y, por lo que a nosotros interesa, la profesionalización refuerza la disciplina interna, dado que la obediencia debida a la cúpula dirigente, y en su caso al líder, se convierte en presupuesto para la reelección. El político profesional, entendiéndolo por tal –con Sartori– aquel que no tiene otra profesión o bien carece de la posibilidad de retornar inmediatamente a ella, pierde su independencia y autonomía en beneficio de la cúpula dirigente y del líder del partido.

Como consecuencia de esa profesionalización los partidos ocupan espacios que no les pertenecen e invaden esferas que deberían ser ajenas a la lucha partidista. La colonización partidista de las instituciones del Estado es así otra de las grandes perversiones del Estado de partidos.

Esta dependencia del representante –profesional de la política– respecto al partido es prácticamente absoluta allí donde rige un sistema electoral proporcional basado en listas cerradas y bloqueadas. Este sistema otorga un poder formidable a las cúpulas de los partidos encargadas de confeccionar las listas electorales. Ello determina, inexorablemente, que la inclusión en las mismas y el lugar que se ocupe en ellas no va a depender de criterios objetivos de competencia y cualificación, sino de la confianza y afinidad con la cúpula directiva del partido y en aquellos casos en que estos funcionan con lógicas plebiscitarias, con el supremo líder del mismo. Esta es una de las causas que explican la crisis de la representación política y el continuo, progresivo, dramático y peligroso alejamiento de los representantes de los representados. El necesario vínculo de confianza que debe existir entre ambos es sustituido por un vínculo de lealtad más fuerte y eficaz, el que liga al cargo electo con la cú-

pula partidaria –o en su caso con el líder legitimado por las bases– que confeccionó la lista electoral.

Por otro lado, el carácter competitivo de la democracia tampoco facilita el funcionamiento democrático de los partidos. Estos son organizaciones competitivas cuyo objetivo fundamental es ganar las elecciones y aspiran por ello a lograr el mayor número de votos posibles. Desde esta óptica, resulta evidente que, para librar la batalla electoral, con ciertas garantías de éxito, resulta imprescindible presentarse como una organización seria y sólida, y esto exige un alto grado de cohesión y de disciplina interna. Ante unas elecciones, las discusiones en el seno de los partidos, la apariencia de división interna por cuestiones ideológicas o de otra índole, provocan siempre una imagen negativa del mismo. Dicho de otra forma, el pluralismo interno de los partidos se presenta como una desventaja competitiva. En ese contexto, los dirigentes de los partidos políticos son plenamente conscientes de que el coste electoral que supone mostrarse divididos al electorado es mucho mayor que el posible beneficio que pudiera suponer entender esa división interna como algo positivo.

Ahora bien, en este contexto el problema al que nos enfrentamos viene determinado por la forma en que se forja la unidad del partido y que viene condicionada por su estructura y forma de organización. La prevalencia de las dinámicas plebiscitarias sobre los procedimientos representativos –que como hemos expuesto se han impuesto en casi todos los partidos políticos de España– favorece la polarización y el triunfo, en muchas ocasiones, de los portadores de los discursos más radicales y alejados de la moderación. Esto se produce porque, aunque como hemos visto la participación de los afiliados es escasa, los que más participan suelen ser los más ideologizados. Estos en muchos casos no representan la posición del afiliado medio,

y no digamos ya del potencial elector del partido. De esta forma y como consecuencia de los procedimientos plebiscitarios de legitimación, los candidatos en liza para obtener la victoria se ven obligados a radicalizar sus discursos y contribuyen así a una polarización política extrema que los aleja también de la sociedad. Ciertamente esta dinámica puede acabar proyectándose sobre toda la sociedad, polarizándola también, pero en ese caso nos encontraríamos ante un deterioro de una de las condiciones básicas para la supervivencia de la democracia, que es la existencia de un mínimo grado de consenso sobre las cuestiones políticas fundamentales. Democracia es, como advirtió Kelsen, compromiso, acuerdo y transacción y eso debiera ser válido también para la vida interna de los partidos.

En España, todos los grandes partidos han reemplazado la lógica de la democracia representativa por la dinámica plebiscitaria. No cabe duda de que esta sustitución es una de las principales causas de la extrema polarización política que padecemos, del incumplimiento de las reglas no escritas de la democracia y, en definitiva, de la situación de inestabilidad y anormalidad que atraviesa nuestro sistema político parlamentario.

En definitiva, la falta de democracia interna de los partidos y la deriva caudillista-plebiscitaria de su funcionamiento determina que los militantes más ideologizados –alejados del elector medio– determinen el rumbo del partido, alejándolos del centro político, y reforzando la polarización política. Desde la óptica de esta obra, es preciso subrayar que la defensa del orden constitucional requiere afrontar las reformas necesarias en el derecho de partidos, electoral y parlamentario, para poner fin a esta situación. Es un problema grave y de difícil solución.

Problema que se ha visto agravado por la aparición y el auge de las redes sociales. La democracia es un régimen de opinión pú-

blica y las redes sociales, al transformar radicalmente las estructuras de la comunicación, han alterado uno de los presupuestos fundamentales del régimen democrático. A nuestro juicio, en la medida en que han contribuido a extremar la polarización, su impacto ha sido negativo. Por ello creemos que cualquier aproximación al tema de la defensa del orden constitucional debe incluir también el examen de esta problemática.

5. Polarización política y redes sociales

La aparición de las redes sociales –y su uso masivo– es un hito de extraordinaria relevancia en la historia de la democracia que ha afectado, decisivamente, al funcionamiento de los partidos políticos.

Yascha Mounk en su clarificador *El pueblo contra la democracia* nos recuerda cómo, en perspectiva histórica, durante siglos difundir información a un número elevado de personas fue muy complicado y tuvo un coste económico formidable. Para copiar un texto largo era necesario el trabajo de un monje o escriba profesional que debía transcribir palabra por palabra. Solo una élite disponía de la información en una sociedad en la que el analfabetismo era la regla. En ese contexto, era toda una hazaña compartir un texto con un centenar de personas. Esto funcionó durante toda la Edad Media como un poderoso factor de estabilización política: “los límites tecnológicos a la difusión de la palabra escrita ayudaban así a preservar la ortodoxia política y religiosa; estando la propagación de ideas tan firmemente bajo el control de prelados y soberanos, era comparativamente fácil acallar la disensión política y la herejía religiosa” (Mounk, Y., 2019, p. 143).

Ello explica la trascendencia histórica que tuvo la invención de la imprenta. Gutenberg creó una máquina que –con el sistema de planchas maestras para páginas enteras– permitió realizar infinidad

de copias a un coste menor y a una velocidad superior. Cambiaron así radicalmente las condiciones estructurales de la comunicación. Por primera vez en la historia, la comunicación de uno a muchos pasó a estar al alcance de un número significativo de personas. Con todo, todavía era preciso disponer del capital necesario para disponer de esa tecnología. Si se disfrutaba de esos recursos alguien podía divulgar sus ideas a miles de personas. Sin la imprenta es dudoso que la Reforma de Lutero hubiera tenido éxito. Sus seguidores fueron los primeros en hacer uso sistemático de ella para imprimir 250.000 veces en pocos años sus tesis. La imprenta desempeñó un papel fundamental en el renacimiento de las ideas y en el proceso de alfabetización acaecido en los siglos XVI y XVII. Ahora bien, la difusión de las ideas reformistas trajo consigo también el conflicto interconfesional y las revueltas políticas violentas. Por ello, es preciso ser consciente de sus dos caras. Como advierte Younk, “la imprenta propagó muerte y no solo alfabetización, esparció inestabilidad y caos, además de emancipación” (Mounk, Y., 2019, p. 144).

Son muchos quienes han comparado en este siglo la tecnología digital con la imprenta. Nuestra imprenta es internet. Sin bajar la guardia frente a tentaciones cronocentristas (tendencia a creer que el momento histórico en que vivimos tiene una especial trascendencia para la historia de la humanidad) debemos admitir que también internet –de la misma forma que lo hizo la imprenta– ha modificado las condiciones estructurales de la comunicación. Durante los cinco siglos posteriores a la invención de la imprenta el coste de la comunicación disminuyó y la velocidad de transmisión aumentó. Con todo, a finales del siglo XX perduraban aún dos elementos estructurales del mundo de Gutenberg: la existencia de un número limitado de centros emisores de comunicación (cadenas de televisión, emisoras de radio, periódicos) frente a un número ilimi-

tado de receptores; el formidable coste de emisión que hacía que la inmensa mayoría de ciudadanos no pudiera hacerse con ninguno de ellos.

Con la aparición de internet esas limitaciones desaparecieron. Cualquiera podía ya a muy bajo coste publicar y difundir cualquier mensaje en una página web. Sin embargo, aunque con ello se democratizó la comunicación de uno a muchos, resultaba difícil que muchas personas tuvieran siquiera conocimiento de la existencia de una concreta web. Las redes sociales hicieron desaparecer esa limitación. Al permitir el reenvío y la republicación de cualquier mensaje se puede llegar a un público amplísimo en minutos. Se ha transformado así la comunicación de muchos a muchos. Como consecuencia de este cambio radical, los actores tradicionales han perdido su poder para controlar la propagación de ideas.

Esto afecta radicalmente a la democracia constitucional (representativa) concebida como un régimen de opinión pública. El cambio implica la pérdida de influencia de los medios tradicionales como intermediadores necesarios: “Veinticinco años atrás –escribe Mounk– los emisores tradicionales podían frenar la difusión de vídeos que podían ser de interés para millones de personas (...) simplemente negándose a emitirlos. Hoy en día, los emisores (las cadenas de televisión) tradicionales pueden negarse (y a veces se niegan) también a emitir contenidos (...). Pero su función como *gatekeepers* prácticamente ha desaparecido: cualquier contenido suficientemente viral se difundirá probablemente a través de las redes sociales tanto si los emisores tradicionales deciden moderarlo en sus medios como si no” (Mounk, Y., 2019, p. 146).

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” (Mounk, Y., 2019, p. 152).

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 peligrósimo rechazo a la intermediación para 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.

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 par-

tidarios 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. El tema desborda los límites de este capítulo introductorio. Pero es obligado insistir en que la defensa del orden constitucional en Europa exige afrontar este desafío.

Las redes operan como un instrumento de radicalización y polarización, y España no es la excepción. Proliferan en las redes mensajes que bordean los límites penales del discurso del odio, retóricas guerracivilistas, insultos y demonización del adversario, teorías conspiratorias varias, etc. Esos mensajes y discursos no solo no contribuyen a formar opinión pública sino que alimentan una cultura antidemocrática, polarizadora y sectaria cuya continua y progresiva expansión pone en peligro el orden constitucional.

6. La defensa integral del orden constitucional

En los epígrafes anteriores hemos explicado en qué consiste el orden constitucional, sus elementos esenciales y la cultura política democrática en qué se fundamenta. Hemos visto también la importancia de los partidos políticos y de las redes sociales –por el papel que juegan– para el mantenimiento de dicho orden. Y hemos puesto de manifiesto la existencia de una serie de enemigos que impugnan el orden constitucional y la cultura democrática (populistas, extremistas de derecha e izquierda, ultranacionalistas, etc.).

En este contexto, y para concluir el capítulo, procede establecer una tipología de los diferentes instrumentos (procedimientos,

mecanismos, instituciones, etc.) que existen para defender el orden constitucional. Todos ellos son necesarios y se complementan unos a otros. Los principales de ellos serán objeto de estudio particularizado en diferentes capítulos de esta obra. El conjunto de ellos conforma lo que podemos denominar sistema de defensa integral de la democracia constitucional. Pueden ser clasificados en función de la dimensión que les caracterice como instrumentos de defensa jurídica, política o sociocultural.

6. 1. Defensa jurídica y defensa política de la Constitución

Instrumentos de defensa jurídica de la Constitución son los Tribunales Constitucionales y aquellas instituciones que tienen como función la defensa de la supremacía de la norma constitucional; los tribunales de justicia en general; los procedimientos de reforma entendidos como mecanismos de defensa para perfeccionar y mejorar los textos constitucionales; las cláusulas de intangibilidad constitucional, y los mecanismos de defensa penal del orden constitucional.

Todos estos instrumentos (de defensa jurídica) garantizan la supremacía de las normas que integran el orden constitucional, pero resultan insuficientes para cubrir el amplio espectro de amenazas y peligros que se ciernen sobre las constituciones europeas del siglo XXI. Como advierte Lombardi, “hay actos que, por su naturaleza, por las circunstancias en las que se manifiestan y por la propia estructura de sus relaciones, escapan al tipo de control que venimos mencionando: por eso hace falta encontrar otros mecanismos y otras formas de tutela y, como consecuencia, son necesarios otros ‘defensores’” (Lombardi, G., 2009, p. XLV). Defensores no solo de la pervivencia de sus normas sino, sobre todo, de la persistencia de los valores que conforman su fórmula de legitimidad.

Entre estos instrumentos de defensa política podemos incluir los procedimientos de ilegalización de partidos inconstitucionales y el denominado “derecho de crisis” que puede implicar la suspensión (transitoria) de normas constitucionales concretas para defender la Constitución. Dentro del derecho de crisis se incluyen tanto la regulación de los diferentes estados excepcionales para hacer frente a las diversas situaciones de emergencia que pueden plantearse, como los mecanismos de intervención del poder central en una comunidad autónoma o Estado miembro de una Federación. En el marco del derecho de crisis, el Gobierno puede recurrir a las Fuerzas Armadas para la defensa del orden constitucional.

Respecto a la ilegalización de partidos inconstitucionales, nos encontramos con un instrumento de defensa política atribuido –por exigencias del Estado de derecho– a un Tribunal de Justicia (Poder Judicial o Tribunal Constitucional).

En el marco de la defensa política de la Constitución, conviene destacar la relevancia de la jefatura del Estado como institución a la que se le atribuye aquella función. Me detengo en ello puesto que es un tema que no se va a abordar después. Esta función es muy importante en el marco de los sistemas presidencialistas de gobierno, como nos muestra la historia y la práctica constitucional norteamericana. En los Estados Unidos, cuando a mediados del siglo XIX la rebelión de los Estados del Sur puso en peligro la subsistencia misma del Estado y sometió a su venerable Constitución a la crisis más grave de su secular historia, no fue el Tribunal Supremo –máximo defensor jurídico del texto constitucional– quien garantizó la supervivencia de la Constitución y del Estado. Esa supervivencia solo fue posible gracias a la reacción enérgica del presidente Lincoln y al posterior triunfo militar de la Unión sobre los secesionistas rebeldes.

Un siglo después, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró contraria a la Constitución la segregación racial en las escuelas públicas, el Presidente tuvo también que actuar como protector de la Constitución. El mandamiento judicial de integración educativa en las escuelas públicas fue rechazado y obstaculizado por diversas comunidades blancas de los Estados del Sur. Concretamente, cuando el lunes 2 de septiembre de 1957 al comenzar el curso se inició el proceso de integración racial en la ciudad de Little Rock, grupos de fanáticos defensores del segregacionismo, incurriendo en desobediencia a los mandatos de la justicia federal, impidió el acceso de ciudadanos negros a los centros educativos. En su rebeldía contaron con el apoyo incondicional del gobernador del Estado, Faubus, quien envió a la Guardia Nacional para impedir el cumplimiento de lo ordenado por la justicia federal y evitar el acceso de los estudiantes de color. El viernes 20 de septiembre, una orden de la justicia federal exigió al gobernador la retirada inmediata de sus soldados. El lunes siguiente, 1.500 exaltados segregacionistas blancos se situaron frente a la escuela, resueltos a impedir la entrada de los nueve negros, que finalmente lograron entrar por una puerta lateral. Se produjeron graves disturbios y desórdenes públicos. Esa misma noche, el presidente Eisenhower –que había dirigido doce años atrás la invasión militar del Tercer Reich– asumió su función de protector de la Constitución y anunció su intención de recurrir a todo el poder de los Estados Unidos, incluida la fuerza militar que pueda ser necesaria, para impedir la obstrucción a la ley, el incumplimiento de los mandatos judiciales y, en definitiva, la subversión del orden constitucional en el caso de la integración racial en las escuelas. Al día siguiente, martes, 500 soldados paracaidistas, de la División 101 Aerotransportada, al mando del mayor general

Walker, aterrizaron en Little Rock. El general notificó al gobernador los pormenores de su misión, que incluía la disposición de que los 10.800 soldados de la Guardia Nacional del Estado se presentaran a sus cuarteles para someterse a las órdenes del Presidente. El gobernador rebelde se vio así obligado a deponer su actitud y cesar en su actuación anticonstitucional.

Cinco años después, se produjo una situación similar cuando el 30 de septiembre de 1962 James H. Meredith se convirtió en el primer estudiante negro que se matriculó en la Universidad de Misisipi. Su entrada fue previamente prohibida por el gobernador segregacionista Ross Barnett, a pesar de las discusiones secretas con la Administración en las que se había comprometido a proteger a Meredith. Fanáticos y exaltados segregacionistas provocaron también entonces numerosos disturbios que tuvieron que ser sofocados por fuerzas federales. El presidente Kennedy recurrió inicialmente al 503 Batallón de la Policía Militar y finalmente a miles de soldados, incluyendo a la Patrulla de Fronteras y la federalizada Guardia Nacional de Misisipi. También en este caso actuó como protector de la Constitución. Estos episodios de la historia constitucional norteamericana nos confirman que la defensa jurídica de la Constitución, que lleva a cabo el Tribunal Supremo, requiere en situaciones excepcionales ser completada con otras medidas de defensa política y que corresponden al jefe del Estado.

En nuestro contexto europeo, y por lo que se refiere a los regímenes parlamentarios (monarquías o repúblicas), es usual que la doctrina constitucional presente al jefe del Estado como titular de un “poder neutro” (Benjamin Constant) y como un “guardián de la Constitución”.

En la República Federal de Alemania, la doctrina reconoce expresamente al Presidente federal como titular de un “pouvoir

neutre” (*neutrale Kraft*) situado por encima de los partidos –a pesar de su designación parlamentaria– y de las controversias de la política cotidiana. Junto al Tribunal Constitucional tiene una posición de guardián de la Constitución y dispone de un poder político de reserva (*politische Reservegewalt*) en el caso de que se produzca una crisis del sistema parlamentario. La doctrina italiana reconoce al jefe del Estado una posición similar. El Presidente de la República es, junto con la Corte Constitucional, uno de los dos custodios de la Constitución. Su función de garante es reconocida por la práctica totalidad de la doctrina.

El examen del Derecho comparado nos confirma que, la fórmula de “guardián de la Constitución” se mantiene como una referencia que ha contribuido al mantenimiento de competencias arbitrales en manos de los jefes de Estado de numerosas democracias parlamentarias recientes. Y no son solo los regímenes republicanos los que han configurado las jefaturas del Estado como guardianes de la Constitución. En las monarquías parlamentarias, el papel del Rey reviste un significado y alcance similar.

En el caso concreto de España, Lombardi subrayó ya en 1979 el papel del Rey como defensor de la Constitución y dos años después, lo ocurrido el 23 de febrero de 1981, confirmó esa pionera interpretación. Reproduzco por su interés la cita: “otro ejemplo distinto, sería lo acaecido en España el 23 de febrero de 1981, durante el intento de golpe de Estado protagonizado por el teniente coronel Tejero, cuando el rey actuó, con éxito absoluto, como defensor de la Constitución, algo que debo decir, ya apunté con anticipación en mi comentario a la Constitución española de 1978 (...), el Rey de España es la figura institucional que cuenta con menos poderes efectivos (...). Ello no obstante, al rey se le atribuye, en la Constitución española, un papel de integración político-constitucional, y es

sobre este papel sobre el que se ha apoyado la actividad del monarca como defensor y garante. Pero si profundizamos un poco más en el marco en que el rey desarrolla dicha actividad y en los resultados obtenidos, es necesario decir que, en aquel momento en España, la Constitución fue salvada en su integridad por la intervención del monarca. Así pues, es evidente que cuando el jefe del Estado asume la función de auténtico garante de la Constitución, lo que se garantiza es la normativa constitucional, junto con el reconocimiento permanente de los valores sobre los que la Constitución se fundamenta” (Lombardi, G.: 2009, p. XLVIII).

Más recientemente, con su decisivo discurso del 3 de octubre de 2017, Felipe VI de España contribuyó al fracaso del golpe separatista perpetrado en Cataluña contra el orden constitucional. Dicho discurso es un claro ejemplo del ejercicio de esa función de defensa política de la Constitución.

Tanto en las repúblicas como en las monarquías parlamentarias, el jefe del Estado actúa como defensor de la Constitución, aunque la forma de acceder al cargo y la enumeración de sus poderes varíe notablemente. En las monarquías, la sucesión hereditaria es la mejor garantía de neutralidad política, y el Rey, carente de “potestas” —es decir, de poderes efectivos—, solo cuenta con su “auctoritas” para llevar a cabo la defensa de la Constitución. En las repúblicas parlamentarias, la designación del jefe del Estado por mayorías cualificadas refuerza su legitimidad, que es menor cuando es designado por mayorías partidistas ajustadas, y sus poderes arbitrales pueden activarse en casos de crisis del sistema parlamentario.

En todo caso, es obligado advertir que en la problemática sobre la defensa del orden constitucional subyace una de las cuestiones centrales de la teoría política moderna y que puede sintetizarse en el interrogante *¿Quis custodiet et ipsos custodes?*, que

podría proyectarse hasta el infinito sin obtener respuesta. En el caso del primer proyecto de Justicia Constitucional configurado por Sieyès en 1795, las objeciones del abogado Thibedau determinaron que la Convención en su sesión del 25 de Thermidor rechazara –y lo hiciera por unanimidad– la propuesta de instaurar un Tribunal Constitucional. En todo caso, es evidente que el interrogante se torna más problemático cuando el defensor es el titular de la jefatura del Estado (esto es, un órgano unipersonal) que cuando se trata de un órgano colegiado como es el caso de los Tribunales Constitucionales. La toma de conciencia de este problema insoluble nos lleva a la siguiente conclusión: la jefatura del Estado y el Tribunal Constitucional –como titulares del poder de defensa política y jurídica de la Constitución– son la clave de bóveda de las democracias constitucionales. La calidad humana –esto es, la cualificación intelectual, independencia y neutralidad políticas, y perfil ético– de los titulares de estos órganos es fundamental para que puedan ejercer con eficacia sus funciones de defensa.

6. 2. El sentimiento constitucional

Finalmente, junto a los instrumentos de defensa jurídica y política del orden constitucional, debemos destacar la importancia de la defensa social y cultural de dicho orden. Al fin y al cabo, la Constitución no es sino la expresión política y la traducción jurídica de un orden material de valores encarnado en la sociedad por lo que –en última instancia– la supervivencia de aquella dependerá de la adhesión social efectiva, esto es, del “sentimiento constitucional” de la ciudadanía. El importante papel que el “sentimiento constitucional” desempeña en el proceso político no es un descubrimiento de la moderna teoría de la Constitución. Como la mayor parte de los problemas relacionados con el carácter esencialmente social del

hombre, fue planteado ya por los pensadores griegos hace veinticinco siglos. Aristóteles dejó escrito: “Es preciso que todos los ciudadanos sean tan adictos como sea posible a la Constitución”. Sentir significa estar implicado en algo. El sentimiento constitucional consiste en estar implicado en la Constitución. Podríamos definirlo como la adhesión íntima a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman (sin que sea necesario) un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia (Lucas Verdú). La intensidad de este sentimiento en una sociedad dada es un buen criterio para medir su madurez cívica y el nivel de su cultura política.

Este sentimiento constitucional existe y su actuación se percibe en los países con larga tradición democrática. Su existencia es la prueba más significativa de la consonancia entre norma y realidad. La crisis del sentimiento constitucional, por el contrario, pone de manifiesto la falta de integración política. La falta de presencia activa del sentimiento constitucional en ordenamientos democráticos recién estrenados, o débiles, indica, precisamente, que todavía no han enraizado o que están en crisis o amenazados por ella. Un ordenamiento constitucional sin suficiente adhesión sentida puede devenir fantasmagórico, aunque se estudie y discuta en los libros y se explique en las aulas universitarias.

Esto es algo que ya está presente en nuestra historia constitucional desde sus inicios en Cádiz, en 1812. Con referencia a este texto, un autor de la época escribía: “Lo que importa es que nuestro código fundamental, tal cual es, mientras se perfecciona con el tiempo, la experiencia y el estudio, sea amado y respetado por los españoles con una especie de culto; no permita que se viole jamás,

aun en el que parezca más insignificante de sus artículos, y que todos los buenos españoles estén prontos a defenderle, aunque sea arriesgando su sangre. La Constitución, toda la Constitución sin excepción, debe ser la voz de guerra de los ciudadanos de España siempre que se ataque su ley fundamental”. En este sentido, la Constitución de 1812 disponía en su artículo 368: “El plan general de enseñanza será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñan las ciencias eclesiásticas y políticas”.

Nunca se insistirá lo bastante en la necesidad de que la sociedad se adhiera a la Constitución, sintiéndola como cosa propia. Resulta imprescindible aproximar la ciudadanía a la Constitución y a lo que representa. En este contexto, y desde la óptica de esta obra sobre la defensa del orden constitucional, es preciso plantearnos dos preguntas que me limito a dejar apuntadas: ¿en qué medida la Constitución suscita la adhesión de los ciudadanos?, ¿qué hacer para que el vínculo moral entre los ciudadanos y las instituciones no decaiga? La educación desempeña en este sentido un papel fundamental. Es preciso, por un lado, incluir en los planes de estudio de educación primaria y secundaria –tanto como asignaturas específicas, como contenidos transversales– la educación cívica conforme a los principios y valores del orden constitucional.

Con todo, el problema no es solo educativo sino social y cultural. Como hemos visto hay factores que juegan en contra de la cultura política democrática (desigualdad social, partidos políticos oligárquicos, redes sociales polarizadoras, etc.). La defensa integral del orden constitucional exige actuar también en todos estos ámbitos.

Bibliografía

- LEVITSKY, S., y ZIBLATT, D. (2018): *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona.
- LOMBARDI, G. (2009): “Estudio preliminar” a *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid.
- MOUNK, Y. (2019): *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Barcelona.
- TORRES DEL MORAL, A. (2010): *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, tercera edición, Madrid.

JOSEP M^a CASTELLÀ ANDREU

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona

La reforma de la Constitución y las cláusulas de intangibilidad como mecanismos de defensa de la Constitución

EN TIEMPOS CARACTERIZADOS POR LA EROSIÓN DE LAS INSTITUCIONES de la democracia constitucional a manos de la mayoría política de un país o una entidad subnacional a través de leyes e incluso de reformas constitucionales, se plantea cómo afrontar tales crisis constitucionales a través de mecanismos previstos por la propia Constitución y si es necesario introducir nuevos instrumentos que sirvan más eficazmente a dicho propósito. Entre dichos mecanismos están la rigidez de la constitución y las cláusulas de intangibilidad. La primera forma parte indiscutible de las garantías propias de la constitución liberal-democrática y racional-normativa. En cambio, las cláusulas de intangibilidad, como mecanismo de defensa del orden constitucional, están previstas solo en algunos ordenamientos, pero no en otros como el español, en el que además el Tribunal Constitucional ha rechazado la doctrina de los límites implícitos. Ello favorece una posición relativista entorno a la salvaguarda de la democracia constitucional, de efectos peli-

grosos ante los graves desafíos que sufre. En este contexto, surge la discusión sobre la conveniencia y la necesidad de defensa de la Constitución o del orden constitucional, entendido como el núcleo básico de la misma.

1. La rigidez de la Constitución como garantía de la superioridad de la Constitución

La rigidez constitucional es una institución básica de garantía de la superioridad de la Constitución, propia del modelo de constitución racional-normativo y liberal-democrático, esto es, de las constituciones normativas y supremas basadas en la legitimación popular del poder y en la limitación de este. Por ello, la rigidez de la Constitución adquiere su sentido último y se sitúa justamente en el contexto de la garantía de la Constitución. Lo es frente al legislador mayoritario que quisiera emprender reformas a la norma fundamental a través de leyes ordinarias y lo es también frente a tribunales constitucionales y supremos que, vía interpretativa, pretendieran modificar la Constitución (activismo judicial). En definitiva, la reforma constitucional ofrece seguridad jurídica, publicidad y respeto al principio democrático frente a la mutación constitucional, así como estabilidad y continuidad frente al cambio de Constitución.

El carácter rígido de la Constitución implica también una garantía de la democracia, entendida como democracia constitucional, en la que un consenso amplio o la aprobación por mayoría reforzada es necesaria para proteger los derechos de las minorías. Ello se opone a una concepción de la democracia como democracia de mayorías y a la democracia radical o revolucionaria. Así lo mantuvo la Corte Suprema de Canadá en el Dictamen sobre la secesión unilateral de Quebec, al sostener la vinculación entre principio demo-

crático y principio de constitucionalidad: *“Constitutional amendment often requires some form of substantial consensus precisely because the content of the underlying principles of our Constitution demand it. By requiring broad support in the form of an ‘enhanced majority’ to achieve constitutional change, the Constitution ensures that minority interests must be addressed before proposed changes which would affect them may be enacted”* (Reference re Secession of Quebec [1998]2 SCR 217, par. 77).

También la Comisión de Venecia ha abordado la función de la rigidez de la Constitución en relación con el principio democrático, en concreto, frente a los abusos de la mayoría de turno: *“Perhaps the most important function of constitutional binding in a democracy is to protect democracy itself – against any attempts at directly or indirectly undermining it. By cementing rules on democratic elections and representation, the constitution serves to protect present and future democratic majority rule against abuse from those temporarily in power. This in particular applies to rules governing the relationship between the legislative and executive power. Many of the constitutional rules on governance also serve to protect the political opposition, ensuring representation and voice, and thereby guaranteeing the opportunity for the opposition to compete for majority power in future elections”* (CDL-AD(2010)001, par. 78).

Esta visión de la rigidez de la Constitución como garantía de la democracia constitucional constituye el primer acercamiento a la cuestión de la reforma constitucional como defensa de la Constitución. Sin embargo, subsiste la cuestión acerca de la suficiencia de la rigidez ante el abuso o el socavamiento de la Constitución que puede llevar a cabo la mayoría cualificada requerida para su reforma. En tal caso, la doctrina se plantea cómo llevar a cabo la defensa de la Constitución frente a reformas de este tipo. A este temor

responden mecanismos previstos en diversos ordenamientos como la reforma agravada que se dispone para las partes o principios fundamentales de la Constitución, las cláusulas de intangibilidad o la doctrina de los límites implícitos de la Constitución. En tales casos estamos ante una garantía más estricta de la Constitución –más precisamente, de su núcleo básico– que opera frente al poder de reforma ordinario o, incluso, frente al poder de reforma mismo. En este último supuesto entra en juego el planteamiento dogmático de la defensa del orden constitucional –en su acepción más estricta– como defensa del núcleo o de la sustancia subyacente de la Constitución, visto en la parte primera. En este sentido, la continuidad del orden constitucional no se ve siempre ni necesariamente afectada por cada una de las reformas constitucionales que se emprendan para adaptar la norma fundamental a cada momento histórico, ni siquiera cuando la reforma afecte al procedimiento agravado, cuando este exista, como es el caso español, como tendremos ocasión de ver en el siguiente apartado.

Sin embargo, se ha afirmado que una excesiva rigidez puede provocar bloqueos y propiciar rupturas constitucionales y que algunas medidas que se acaban de citar –como las cláusulas de intangibilidad o los límites implícitos– son “superficialmente atractivas” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 174). En su lugar, estos autores defienden procedimientos de reforma en que intervengan distintas instancias para su aprobación, y no solo el Parlamento, como el referéndum, además de la exigencia de mayorías más altas o del pronunciamiento de dos Parlamentos consecutivos, con lo que la mayoría requerida ha de ser sostenida en el tiempo (*ibidem*, p. 175). Pero tampoco estas medidas evitan del todo que el populismo socave la democracia constitucional: apelar al pueblo en referéndum suele ser instrumentalizado por el líder político con

facilidad y normalmente los ciclos electorales de estos grupos son más largos. También la Comisión de Venecia ha puesto de manifiesto lo que es esencial en los procedimientos agravados: el fortalecimiento del rol de la oposición, que ha llevado en algunos casos (Hungría, Georgia, Serbia...) a criticar reformas constitucionales planteadas sin el consenso de la oposición, cuando la mayoría dispone del *quorum* necesario para su aprobación. Por ello, se alerta del peligro de utilizar dicha mayoría para “cimentar” en la Constitución determinadas preferencias políticas y dejarlas así al margen de la legislación y mayoría democrática ordinarias (CDL-AD(2019)015, par 111 y 114).

Distinto de la reforma es el caso del cambio de Constitución, el cual supone por fuerza un cambio del orden constitucional concreto en que se basaba la Constitución anterior. Pero, en tal caso, la vieja Constitución o el viejo orden jurídico-político ceden el paso a la nueva, sin que quepa invocar en términos jurídicos la continuidad del viejo orden constitucional, que es precisamente el que se quiere modificar. Se produce una ruptura, sea revolucionaria o bien siguiendo un procedimiento preestablecido en la legalidad anterior (caso de la Ley para la Reforma Política en España en 1977). Ello es así salvo que esté expresamente previsto el procedimiento de cambio constitucional (Constitución de Colombia y otras latinoamericanas, o algunas europeas como la de Bulgaria), quedando sujeto a límites de tipo procedimental y hasta sustantivo, cuya observancia corresponde juzgar a órganos judiciales supremos.

Puede citarse como ejemplo último de ello el proceso de cambio constitucional en Chile, inaugurado con el pacto de 18 de noviembre de 2019, que fue suscrito por la mayoría de las fuerzas políticas, fruto de la revuelta del 18 de octubre de 2019. Dicho pacto dio lugar a la incorporación en el Capítulo XV de la Consti-

tución de 1980, dedicado a la reforma constitucional, de un epígrafe relativo a “[e]l procedimiento para elaborar una nueva Constitución política de la República” (arts. 130-143), a través de la ley de reforma constitucional núm. 21.200, publicada el 24 de diciembre de 2019. En este caso, la ley de reforma prevé el procedimiento a seguir para la elaboración de la nueva Constitución, somete a plebiscito (“de entrada”) el órgano que la ha de elaborar (una convención o una convención mixta) y señala los límites a su poder de tipo sustantivo, como la negación expresa de su carácter soberano y el cumplimiento de unos principios fundamentales que forman el orden constitucional chileno a preservar (“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, art. 135). Asimismo, se prevé el control o reclamación por incumplimientos del procedimiento ante una formación especial del Tribunal Supremo (art. 136).

2. Reforma de la Constitución y procedimiento agravado para sus partes o principios fundamentales

La Constitución española, como prácticamente todas las constituciones racional-normativas contemporáneas, al incluir las cláusulas de reforma en sus disposiciones, garantiza la rigidez y, por tanto, la estabilidad de las decisiones políticas fundamentales y su modificación consensuada. Tales decisiones fundamentales fueron objeto de pacto entre los constituyentes y dieron lugar a los contenidos concretos de la ley fundamental. La institución de la reforma constitucional también garantiza la fuerza de obligar de la norma suprema, entendida como vinculación frente a todos los poderes públicos y

particulares, de forma destacada, a nuestros efectos, al legislador ordinario, que halla en la reforma constitucional un límite infranqueable a su ámbito de actuación (formalizado en el principio de constitucionalidad, del art. 9.1 CE). Como ha señalado reiteradamente la Comisión de Venecia, “*Constitutional and ordinary politics need to be clearly separated because the constitution is not part of the ‘political game’, but sets the rules for this game. Therefore, a constitution should set neutral and generally accepted rules for the political process. For its adoption and amendment, a wide consensus needs to be sought*” (*Opinion on the fourth amendment to the fundamental law of Hungary*, CDL-AD (2013)012, par. 137). En algunas constituciones, las decisiones más fundamentales se garantizan a través de cláusulas de intangibilidad, que no incorpora la Constitución de 1978; ello ha propiciado un intenso debate en la doctrina constitucionalista acerca de la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional. El único límite formal incorporado, como es sabido, tiene carácter circunstancial, más que estrictamente temporal: la reforma no se puede iniciar cuando esté vigente un estado excepcional (art. 169 CE).

En lugar de cláusulas de intangibilidad, la Constitución prevé dos procedimientos diferentes, reservando el más agravado de ellos para la reforma total –la cual es posible en España, según el art. 168 CE– y para los títulos que constitucionalizan los principios y disposiciones fundamentales (título preliminar), los derechos fundamentales (arts. 15-29: sección primera, capítulo II, título I) y la Corona (título II). Tan rígido resulta dicho procedimiento que hace difícil la materialización de la reforma y, por tanto, actúa (aunque no tendría por qué ser así) de forma similar a una cláusula de intangibilidad. Por ello, J. Tajadura lo ha calificado (además de criticarlo) como “cláusula de intangibilidad encubierta”, e incluso

contraproducente al objetivo de la misma: el blindaje de la monarquía, pues habría impedido su puesta al día a través de la reforma de la cláusula de sucesión del art. 57 CE (2018, pp. 117 y 123).

Prácticamente, cada una de las opciones del constituyente de 1978 sobre la reforma constitucional que se acaban de enunciar encuentra parangón en otros documentos constitucionales, en particular, del contexto europeo. Particularmente relevante es la previsión de un procedimiento agravado de reforma, sea para la reforma total (menos frecuente en Derecho comparado), sea para la reforma de las partes o principios considerados fundamentales (bastante habitual).

La Constitución de Estados Unidos de 1787 prevé ya un procedimiento especial –ciertamente muy acotado– en relación con la alteración del número de dos senadores por estado, en el que se requiere el acuerdo del estado afectado (art. 5): se trata de una garantía de la participación de los estados en el Senado y, por tanto, del federalismo, como principio fundamental de la Constitución norteamericana. Entre las constituciones del ámbito europeo –y posteriores– se observa que no es infrecuente la previsión de dos o incluso más procedimientos de reforma. El carácter más agravado del procedimiento de reforma se muestra ya sea en la previsión de una institución especial para su elaboración distinto del Parlamento, o la aprobación por dos Parlamentos o la exigencia de mayorías más elevadas o de referéndum para su aprobación, o bien el requisito del voto unánime de las Asambleas territoriales en algunos Estados federales.

Tomemos algunos casos como ejemplos significativos por las variaciones procedimentales que introducen. En el caso de Austria (art. 44.3), una reforma total necesita ser sometida a referéndum, de tipo preceptivo, mientras que si es parcial el referéndum es fa-

cultativo si lo pide un tercio de miembros de las Cámaras. En Bulgaria (art. 158) corresponde a una Gran Asamblea Nacional de 400 miembros, elegida por el cuerpo electoral y distinta de la Asamblea Nacional, la aprobación de una nueva Constitución así como de las reformas que afectan a la forma de Estado y de gobierno, al capítulo IX (la reforma constitucional) y a los arts. 5.2 y 4 (principio de aplicación directa de la Constitución y primacía de los tratados internacionales de rango constitucional, esto es, los europeos) y 57.1 y 3 (principio de inderogabilidad de los derechos fundamentales y previsiones sobre la suspensión de derechos y sus límites durante los estados excepcionales y de guerra). Fuera de la UE, Montenegro (art. 157) requiere, para la aprobación de ciertas disposiciones, la celebración de un referéndum con la aprobación de 3/5 de todo el electorado. Se trata de una previsión amplia y basada en artículos enteros de la Constitución y no en principios: arts. 1, 2, 3 y 4 de las disposiciones básicas, forma de Estado y de gobierno, soberanía e indivisibilidad del territorio y símbolos nacionales; arts. 12, 13, 15 y 45 relativos respectivamente a la ciudadanía, lenguas, relaciones con otros Estados y organizaciones internacionales, incluida la UE, y derecho de sufragio; y el art 157 dedicado a la reforma constitucional. También en Ucrania (art. 156), el procedimiento agravado exige la celebración de un referéndum y se refiere a los capítulos I (principios generales), III (elecciones y referéndum) y XIII (reforma constitucional). Por último, en el caso de Canadá, las reformas relacionadas básicamente con la monarquía, la oficialidad lingüística, la composición de la Corte Suprema y la sección del procedimiento de reforma requieren la unanimidad de las Legislaturas provinciales para su aprobación (art. 41), en lugar de 2/3 de ellas que representen más de la mitad de la población, del procedimiento general.

Una lectura conjunta de las cláusulas del título X de la CE, así como su contextualización o perspectiva sistemática del propio documento constitucional, apunta a algunas incoherencias internas así como a algunas diferencias respecto a las previsiones del Derecho comparado: en primer lugar, una incoherencia de tipo lógico es la inclusión –entre las materias del procedimiento ordinario de reforma en lugar del especial– del propio título X, dedicado a la reforma constitucional, a diferencia de lo que ocurriría en los casos citados en el párrafo anterior. Con ello se propicia un fraude constitucional en caso de querer soslayar la aplicación del procedimiento agravado, planteando una reforma en dos pasos o reforma de doble grado: primero, reformar el procedimiento agravado a través del procedimiento ordinario, y posteriormente reformar, de acuerdo con este, la materia antes protegida por el procedimiento agravado (esta posibilidad ha merecido la crítica de parte de la doctrina: Tajadura, 2018, p. 127, mientras que De Otto, 1985, p. 31 y ss., la acepta en el plano del derecho positivo; en el apartado 4 se volverá sobre esta cuestión al referirnos a los límites implícitos).

En segundo lugar, hay también en la Constitución española una incoherencia de tipo sustantivo: la identificación de las materias susceptibles de ser reformadas a través del procedimiento agravado no se hace por contenidos concretos –sean principios o artículos considerados fundamentales por el constituyente–, sino por apartados enteros del texto constitucional. De este modo, quedan hiperprotegidas todas las disposiciones ubicadas en el título reservado, lo que conlleva tener que utilizar dicho procedimiento para reformas de alcance menor o secundario, por el mero hecho de estar ubicadas dentro el apartado correspondiente, y excluir de dicho procedimiento disposiciones importantes desde un punto de vista sustantivo (así, los arts. 10: dignidad; o 14: igualdad ante la ley,

o 53 garantías de los derechos). Ello fue criticado ya por J. Jiménez Campo (1980, p. 88) y ha sido calificado como “extravagante” por J. Tajadura (2018, p. 116 y ss.). Dicho esto, hay una correlación sustancial en cuanto a las materias más protegidas de la Constitución y las que protegen otras constituciones con procedimientos agravados, pues suelen incluir la forma de Estado y de gobierno, la soberanía, la unidad y la autonomía o federalismo y el núcleo de derechos fundamentales. Sobre la imprecisión acerca del alcance de una reforma “total”, no insólita pero mucho menos frecuente en Derecho comparado, se volverá más tarde.

El procedimiento agravado del art. 168 CE, al prever requisitos de gran rigidez como la doble aprobación por dos Parlamentos sucesivos, la exigencia de 2/3 de ambas Cámaras y un referéndum final con carácter obligatorio, viene a confirmar la observación efectuada por la Comisión de Venecia, según la cual la existencia de un procedimiento más agravado en la práctica acaba suponiendo casi la inmodificabilidad de dichas partes (CDL-AD(2010)001, par. 216).

3. La defensa de la Constitución a través de las cláusulas de intangibilidad

Las cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas surgen con fuerza en el constitucionalismo de la segunda postguerra en Alemania y se extienden a varios continentes y experiencias constitucionales. La discusión sobre sus objetivos, así como sobre sus efectos, sigue viva entre la doctrina, como también lo están propuestas de incorporación a constituciones vigentes. Por eso es oportuno repasar el contexto en que surgen, las finalidades pretendidas, las materias que suelen abarcar y sus efectos.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 contiene dos preceptos que suelen identificarse con la defensa del orden constitucional,

junto con el derecho de resistencia (art. 20.4): por un lado, el art. 21.2 de la Ley Fundamental declara inconstitucionales a “los partidos que por sus fines o por actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana”. Por otro lado, el art. 79.3 dispone una cláusula de intangibilidad que afecta a los principios considerados fundamentales de la Constitución, a preservar incluso del procedimiento de reforma previsto en el mismo art. 79: los principios de división de poderes entre Federación y *Länder*, la participación de estos en el proceso legislativo, así como el principio de dignidad de la persona del art. 1 y la fórmula política del Estado o forma de Estado como social y democrático de derecho del art. 20.

En contraste con esta construcción, la Constitución española habría optado por una democracia pluralista. Por un lado y sobre todo, el art. 6 de la CE, al hablar de los partidos políticos, alude a que “[s]u creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley”. La interpretación de esta cláusula desde el principio excluyó que el “respeto” a la Constitución significara la adhesión ideológica de los partidos a sus postulados fundamentales, sin que ello se viera empañado por el control y sanción de actividades contrarias a los derechos fundamentales y a los principios democráticos, que la Ley Orgánica de Partidos introdujo en 2002. Por otro lado, la ausencia de cláusulas expresas de intangibilidad en el título de la reforma ha llevado al Tribunal Constitucional a sostener que toda la Constitución es reformable y a que los partidos pueden abogar por ello, respetando las reglas de la reforma, aunque llegando a distinguir –muy confusamente– entre el procedimiento de reforma y los actos preparatorios o el momento anterior a la misma (STC 42/2014). Finalmente, como ya hemos

adelantado en la primera parte, la sujeción a la Constitución y la ley del art. 9.1 CE no se ha interpretado tampoco como la introducción de una habilitación general para establecer mecanismos de defensa de la Constitución.

Así pues, de los elementos anteriores se derivaría una concepción pluralista de la democracia española, y no de una democracia militante, entendida en sentido amplio (y no circunscrita a la prohibición de partidos inconstitucionales), como ha sostenido el Tribunal y que ha llevado hasta el extremo en la sentencia 42/2014. Según resumió el Alto Tribunal en el FJ 4 de dicha sentencia, en relación con la resolución del Parlamento catalán que abogaba por el derecho a decidir del pueblo catalán: “la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, ‘un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución’ (STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SS.TC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que ‘no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional’ (entre otras, STC 31/2009, FJ 13). El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la

Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4)”.

La inexistencia de límites a la revisión constitucional del art. 168 CE, incluso cuando está en juego la unidad del sujeto constituyente y la continuidad del Estado y la justificación de la ausencia de estos límites en la democracia militante (entendida en el sentido más estricto citado), ha sido criticada con razón por Josu de Miguel (2019, pp. 82-83).

La diferencia entre el caso alemán y español fue puesta de relieve por De Otto ya en 1985: “La defensa de la Constitución puede consistir en una prohibición de cambio de normas constitucionales de derecho positivo *cuando éste ha formulado dicho núcleo constitucional*, cuando ha formulado expresamente sus principios en normas cuyo cambio prohíbe. Pero puede construirse también dogmáticamente sin que la propia Constitución haya recogido en normas esa formulación de los principios...” (De Otto, p. 13, cursivas añadidas). Sobre la última cuestión, la de los límites implícitos, volveremos en el siguiente apartado. En ambos casos, se trata, por tanto, de identificar un “núcleo absolutamente resistente, un contenido indisponible” y, al hacerlo de forma expresa la Ley Fundamental de Bonn, esta “lleva al derecho positivo la preocupación doctrinal weimariana” (*ibidem*, p. 14).

Así pues, planteada la cuestión del significado de las cláusulas de intangibilidad y su relación con el orden constitucional, así como su no previsión en España, conviene profundizar más en los fines que pretende y en las concretas técnicas de regulación constitucional que se han seguido en Derecho comparado. Lo vamos a hacer de la mano de la Comisión de Venecia, la cual ha dedicado un Informe de carácter general a la reforma constitucional en 2010 (CDL-AD(2010)001). Este parte de considerar que el procedi-

miento más rígido de conservación de la constitución es la previsión de cláusulas de intangibilidad (par. 206). Mientras la utilización de cláusulas de reforma es hoy “una parte importante e integral del constitucionalismo” (par. 207), no es tan frecuente la regulación de cláusulas de intangibilidad (par. 208).

Aunque hoy las cláusulas de intangibilidad aparezcan como un elemento no habitual en Derecho comparado, no faltan constituciones que incluyen “partes pequeñas” inmodificables. Pero es importante profundizar en el alcance de tales cláusulas. Por un lado, se trata de “principios tan generales y vagos” que apenas suponen una limitación real efectiva a la reforma. Además, la Comisión añade que su control judicial es aún más excepcional si se atiende a los países que lo disponen. Por ello, la Comisión de Venecia considera que tales cláusulas sirven más bien de “declaraciones políticas” que de limitaciones legales al legislador constitucional (par. 208).

Se identifican pues dos finalidades en las cláusulas de intangibilidad: la jurídica, de impedir la reforma sobre determinadas partes sensibles de la constitución, y la política, de identificar un núcleo fundamental de la constitución, según el poder constituyente. Pero como bien se recuerda, en realidad, más que impedir la reforma, dichas cláusulas tratan de prevenir o privar de legitimidad a un golpe constitucional (par. 212), como revela su constitucionalización en Alemania tras la experiencia de la Constitución de Weimar, de modo que no pudieran socavarse los fundamentos constitucionales por vía de reforma constitucional. Así pues, la cláusula de intangibilidad operaría como recordatorio fehaciente de que una reforma constitucional contraria al orden constitucional de Bonn no puede considerarse una reforma legítima, sino que más bien estaríamos ante una nueva constitución, resultado de una ruptura respecto de la anterior.

La Comisión de Venecia no fija un criterio normativo respecto a incluir o no dichas cláusulas de intangibilidad, pero más bien se advierten reticencias a su constitucionalización. Así, se limita a resaltar que no es un elemento necesario del constitucionalismo (constatación de la realidad del Derecho comparado) aunque su previsión responda a “razones históricas legítimas” (par. 217). Por ello, considera que, en el contexto de democracias constitucionales que deben estar abiertas a la discusión libre hasta de los principios básicos incluidos en la Constitución, las cláusulas de intangibilidad son un instrumento constitucional “complejo y potencialmente controvertido, que debe aplicarse con cuidado, y reservado solo a principios básicos del orden democrático” (par. 218). Lo anterior lleva a mostrar preferencia por la reforma constitucional: un procedimiento rígido de reforma debería de ser “garantía adecuada” o suficiente para evitar el abuso. Es más, la Comisión advierte que en casos de cambio de circunstancias o de gran presión social o política, las cláusulas de inmutabilidad no evitan el cambio de un modo u otro, e incluso tienen el efecto negativo de contribuir a mantener el conflicto (par. 219). En consecuencia, la Comisión de Venecia apuesta, como principio general, por una interpretación y aplicación restrictiva y cuidadosa de dichas cláusulas (par. 220), a la vez que por una interpretación dinámica de los principios inmutables (par. 221).

Una vez descrito el tipo de aproximación a las cláusulas de intangibilidad que lleva a cabo la Comisión de Venecia, corresponde tomar ahora en cuenta las constituciones que prevén dichas cláusulas y ver cómo suelen abordar la cuestión. Como regla general, acostumbran a optar más por excluir de la reforma principios que disposiciones. Ello se corresponde con una “aproximación flexible” al tema (como propugna la Comisión de Venecia, cit, par.

209), que permite reformar aspectos concretos mientras dejen a salvo los elementos fundamentales de dichos principios.

Aun así, no faltan constituciones de Estados que prevén artículos o apartados enteros excluidos de la reforma. En la UE es el caso de Grecia (art. 110), donde, además de la república parlamentaria como forma de gobierno, se excluye la reforma de los arts. 2.1 (protección del ser humano), 4.1 (igualdad ante la ley), 4.4 (acceso al servicio público solo de ciudadanos griegos), 4.7 (exclusión de títulos nobiliarios), 5.1 (libre desarrollo de la personalidad), 5.3 (libertad personal y no detención), 13.1 (libertad religiosa) y 26 (división de poderes). En el ámbito del Consejo de Europa, cabe mencionar a Turquía (art. 4): son excluidos de la reforma los arts. 1, 2 y 3, relativos respectivamente a la forma de Estado republicana, a la forma de Estado y principios de la república, y a la integridad territorial, lengua, capital y símbolos.

En cambio, la mayoría de constituciones que prevén cláusulas de intangibilidad optan por la técnica de excluir de la revisión principios considerados fundamentales. Entre tales suelen figurar los principios relacionados con la unidad e indivisibilidad del Estado y su soberanía, la forma de Estado –democrático, de derecho, social, federal...–, la forma de gobierno y los principios básicos de los derechos fundamentales. En el ámbito de la UE, además del caso más conocido y amplio de Alemania, ya referido (art. 79.3), existen otros que impiden la reforma constitucional, entre los que cabe citar: Francia, la forma de gobierno republicana (art. 89 *in fine*); Italia, también la forma de gobierno republicana (art. 139); Chequia: los aspectos fundamentales del principio de Estado democrático regido por el Estado de derecho (art. 9.2); Portugal, con un listado de catorce principios, entre los que figuran la independencia y unidad del Estado y la autonomía de las Azores y Madeira,

así como los derechos fundamentales y sus garantías (art. 288); y Rumanía: la unidad e integridad del Estado, la forma republicana de gobierno, la independencia de la justicia, el pluralismo político, la lengua oficial, y tampoco ninguna reforma que suponga supresión de los derechos fundamentales y sus garantías (art. 152). Otros Estados también disponen principios intangibles: Bélgica, Chipre y Luxemburgo. Fuera de la UE, basta añadir ahora, a título de ejemplo, a Ucrania, donde son intocables la indivisibilidad e independencia, así como la abolición y restricción de los derechos fundamentales (art. 157.1).

En España, apenas se ha planteado políticamente la cuestión. En el ámbito de la doctrina, Javier Tajadura ha defendido la sustitución del vigente art. 168 por una cláusula de intangibilidad de carácter minimalista, que abarcaría al Estado de derecho, el principio democrático y la plena vigencia de los derechos fundamentales, mientras que la monarquía parlamentaria y el Estado políticamente descentralizado deben operar como límites implícitos (2018, pp. 166-167). Ello se debe a que en el caso de la eliminación de los primeros principios nos hallaríamos ante la “destrucción” de la Constitución y su sustitución por un régimen autocrático, mientras que alterar los segundos supondría un “cambio” de Constitución, políticamente legítimo, aunque jurídicamente vedado a la reforma (*ibidem*, p. 156).

En nuestra opinión, los artículos 1, 2 y 10.1 de la Constitución contienen las decisiones constitucionales básicas relativas a la forma de Estado (Estado social y democrático de Derecho, valores superiores de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo, la soberanía popular), forma de gobierno (monarquía parlamentaria), la unidad de la Nación y la autonomía de nacionalidades y regiones, así como la dignidad de la persona como fundamento de los derechos cons-

titudinales. Este núcleo se corresponde con el de las cláusulas de eternidad previstas en otras constituciones. Por ello, tales principios, *de lege ferenda*, podrían ser incorporados como contenido de una cláusula de intangibilidad y, de este modo, asegurar política y jurídicamente el contenido fundamental de la Constitución, en tanto que reflejo de los principios fundamentales del constitucionalismo liberal-democrático, así como de la identidad constitucional española de 1978.

Como se verá a continuación, de alguno de dichos principios ya se ha predicado el carácter de límite inmanente: el art. 2 alude a la “indisoluble unidad de la Nación española”; y el art. 10.1 a los “derechos inviolables”. Estos, además, son “fundamento” del orden político y la paz social, y la Constitución se “fundamenta” en la unidad de la Nación, lo que significa que son anteriores a la norma fundamental. Su inclusión en la Constitución en una cláusula pétrea ofrece seguridad jurídica frente a la interpretación jurisprudencial acerca de los límites inmanentes, pero puede ser entendida como una indebida limitación del pluralismo político y de los partidos legales.

La incorporación de tales cláusulas de intangibilidad no debería suponer, en cambio, una prohibición de los partidos políticos que propugnen como fines los que contradicen algún contenido de dicha cláusula. Ello es claro tanto si se adopta la separación de ámbitos entre cláusulas de eternidad y democracia militante en sentido estricto, como si se asume la primacía del carácter pluralista de la democracia y la libertad ideológica frente a tal exclusión. No faltan ejemplos de Derecho comparado donde se ha resuelto en este sentido: en Italia, Destra Nazionale fue un pequeño partido legal aunque propusiera la vuelta a la monarquía, lo que choca con la exclusión de la forma republicana de gobierno de la reforma constitucional.

4. Límites implícitos a la reforma constitucional

En ausencia de cláusulas de intangibilidad en algunas constituciones, el debate se planea sobre la existencia o no de límites implícitos a la reforma constitucional. Estos formarían parte igualmente con ellas de los mecanismos de defensa de la Constitución. A diferencia de las cláusulas de intangibilidad, dichos límites no se incluyen en el derecho positivo explícito, sino que se trata de una cuestión dogmática o de interpretación en cada ordenamiento, salvo exclusión expresa en la propia Constitución (art. 46.1 de la Constitución de Irlanda: “Toda disposición de esta Constitución puede ser enmendada...”).

El enfoque de la Comisión de Venecia apunta, sin profundizar, a una situación en la que se pone en peligro la democracia constitucional y ante la cual los límites implícitos pueden tener relevancia particular: los tiempos de crisis y los de deslegitimación democrática del legislador de la reforma (cit., par. 223). En efecto, esto nos sitúa ante la cuestión de la capacidad de la Constitución de hacer frente a reformas que violan su núcleo fundamental, normalmente obra de mayorías que abusan de la Constitución a través de la reforma misma. Hoy es el caso de mayorías populistas o autoritarias. Por ello Landau se ha referido al “constitucionalismo abusivo” (2013).

Hay consenso en la doctrina española en que determinados principios son tan fundamentales que deben quedar a salvo del legislador de la reforma. Pero abundan las discrepancias sobre los efectos de tales límites. Así, por un lado, De Otto admite la existencia de límites absolutos a la reforma: “la democracia no puede destruirse a sí misma por decisión mayoritaria” (De Otto, 1985, p. 30), lo cual supone concebir la democracia a defender como democracia constitucional. Añade, además, como límite lógico, las normas relativas a la reforma misma. Pero de lo anterior no se concluye que ello se traduzca en la ilicitud jurídico-positiva de la reforma aprobada infringiendo tal

prohibición lógica, como se ha visto antes (*ibidem*, pp. 31-32). Por tanto, una es la discusión en el plano de la teoría constitucional y otra en el plano del derecho positivo. En definitiva, “el silencio del constituyente acerca de los límites materiales de la reforma ni puede suplirse por vía teórica ni es tampoco irrelevante, sino que responde a la renuncia a prohibiciones de dudosa eficacia para sustituirlas por un procedimiento de especial rigidez” (*ibidem*, p. 35).

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional ha rechazado la existencia de dichos límites y ha declarado el carácter reformable de toda la Constitución. Ello halla cobertura en la previsión explícita del texto constitucional que permite la reforma total (art. 168 CE). Aunque Manuel Aragón ha sostenido la inexistencia de límites implícitos (1989, p. 48 y ss.), sin embargo, ha aludido recientemente a un límite implícito, en relación con la supuesta inclusión del derecho de autodeterminación de partes del territorio nacional. Cosa distinta a la reforma es la ruptura y la destrucción de la Constitución, lo que sucedería en caso de romperse la unidad de la soberanía, en la cual se basa la propia Constitución. Una reforma de este tipo es jurídicamente inadmisibles y solo cabe imponerse por la fuerza de los hechos (2021).

La posición del Alto Tribunal es peligrosa cuando las bases de la Constitución son cuestionadas de raíz, y muestran un relativismo constitucional, o una indiferencia ante los valores y principios sustantivos que la Constitución consensuó y que constituyen la base de la actual democracia española. Por ello, ya desde muy temprano se advirtió de tales peligros por Pedro de Vega, para el cual, al asimilar el poder de reforma con el poder constituyente se entra en colisión con la propia lógica del Estado constitucional (1985, p. 221). También Javier Tajadura se refiere a la posibilidad que abre la revisión total de la Constitución como “indiferentismo ideoló-

gico' que es incompatible con una concepción sustantiva del Estado constitucional" (2018, p. 136).

A la hora de identificar los límites implícitos se ha señalado, como ya hemos adelantado, el art. 10 (derechos inviolables) (Jiménez Campo, 1980, p. 99; Rubio Llorente, 1981, p. 59 y ss.) o la soberanía del pueblo español y la unidad del Estado, de modo que la introducción de una reforma contraria a ellas no entra dentro del ámbito de la reforma, sino que es "un acto revolucionario de destrucción de la Constitución existente" (De Vega, p. 286). También se ha añadido, además de la unidad estatal, el principio de autonomía, la forma de Estado como social y democrático de Derecho y la forma de gobierno parlamentaria (Ruipérez, 2017, p. 362 y ss.).

Una vez considerara la pertinencia de incluir límites implícitos a la reforma y habiendo ya tratado de identificar cuáles son estos, el problema que se plantea está en la ausencia de procedimientos de control de una reforma constitucional en el ordenamiento español, tanto en la Constitución como en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Para ello, el control previo de constitucionalidad resulta ser el más adecuado, pues una vez entre en vigor la reforma, esta ya no es susceptible de control. En tal caso, el foco de atención pasa a ser la garantía de la justicia constitucional y, en concreto, la independencia del Tribunal Constitucional, entre otros, en el caso español. Por ello, Ginsburg y Huq señalan que uno de los primeros objetivos del populismo convertido en mayoría política consiste en socavar la independencia judicial a través de mecanismos de diverso orden. De este modo, la garantía de la Constitución en manos de los jueces queda afectada por tales intervenciones legislativas y de reforma constitucional tendentes a controlar a los jueces constitucionales (2018, p. 174).

5. Defender la Constitución y la democracia en tiempos de crisis constitucional

En los momentos actuales de crisis constitucionales y democráticas profundas causadas por la fuerza electoral de grupos populistas, se barajan varias posibilidades para hacerles frente. Se trata de evitar o, al menos, poner coto al poder de la mayoría parlamentaria de turno, a través del cual se socave el orden constitucional o se utilice la reforma constitucional para adulterar los principios fundamentales de la Constitución. Estos son, básicamente, la continuidad de la democracia constitucional y los principios que la acompañan (separación de poderes, independencia judicial, restricción de ciertos derechos fundamentales), así como los fundamentos sobre los que la constitución democrática se sostiene: la unidad de la comunidad política.

Ante tales amenazas se plantean estrategias distintas –la mayoría de las cuales se han ido viendo en las páginas anteriores–, como la consagración de procedimientos de reforma agravados que afecten a la revisión total o de las partes de la Constitución que el constituyente estimó como fundamentales, la determinación de “cláusulas constitucionales de reemplazo” –esto es, la previsión de procedimientos de cambio constitucional en las propias constituciones (como hemos visto que sucede en algunas constitucionales latinoamericanas sobre todo)–, la inserción de cláusulas de intangibilidad o, finalmente, la asignación a jueces de la constitucionalidad de atribuciones de enjuiciamiento del ejercicio del poder de reforma –con base a principios inmutables o límites implícitos– y que pueden llegar a plantearse la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

Entre la previsión de cláusulas de reforma agravada y de cláusulas de intangibilidad hay diferencias dogmáticas, pero también se

observan algunos puntos de relación relevantes: en primer lugar, hay cierta coincidencia en las materias que se desea preservar con uno y otro mecanismo, las cuales pueden identificarse como el orden constitucional, y que afectan sobre todo a ese núcleo que el poder constituyente ha querido proteger: la unidad e indivisibilidad del Estado, la forma de Estado y de gobierno y los principios y derechos fundamentales. Ellos visibilizan la identidad de una Constitución y su alteración sustancial supone una ruptura constitucional. En segundo lugar, tanto la cláusula de reforma agravada como la de intangibilidad presentan una funcionalidad semejante: dificultar en grado sumo la reforma y, por tanto, proteger al máximo la Constitución ante su posible revisión. Ello no significa que siempre lo vayan a conseguir, pero su función política es manifiesta: dejar claro que si se altera el orden constitucional se abre paso a una nueva legitimidad, distinta de la que identifica a la Constitución anterior. Para que jurídicamente tales cláusulas tengan eficacia es necesario dotarlas de justiciabilidad, aunque no se debe dar por descontado el funcionamiento independiente de los tribunales constitucionales respecto al poder político, como se ha visto que sucede, y más en tiempos populistas.

Ante la crisis constitucional que atraviesa España cabe reabrir el debate sobre la conveniencia o no de incorporar alguna cláusula de intangibilidad o, al menos, replantearse la utilización de la doctrina de los límites implícitos, para dejar más clara la necesidad de defensa de la Constitución y la democracia constitucional. Este es un reto que no puede soslayarse.

Bibliografía

- ARAGÓN REYES, Manuel (1989): *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid.
- (2021): “Se puede reformar la Constitución pero no destruirla”, *El País*, 17 de junio.
- COMISIÓN DE VENECIA (2010): *Report on Constitutional Amendment*, CDL-AD(2010)001.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2019): *Justicia Constitucional y secesión*, Reus, Madrid.
- DE OTTO PARDO, Ignacio (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro (1985), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid.
- GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz Z. (2018): *How to save a constitutional democracy*, Chicago University Press.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1980): “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, n.º 7.
- LANDAU, David (2013): “Abusive constitutionalism”, *University of California, Davis Law Review*, n.º 47 (1), p. 189.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1981): “La Constitución como fuente del Derecho”, en AA.VV., *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, ed. Dirección General de lo Contencioso Administrativo, Madrid.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier (2017): *El Título X de la Constitución Española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional*, VLex, México.
- TAJADURA TEJADA, Javier (2018): *La reforma constitucional: procedimientos y límites*, Marcial Pons, Madrid.

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Cantabria

La defensa de la democracia en Europa y en España. Viejos y nuevos desafíos

Los sistemas constitucionales de la segunda postguerra mundial construyeron un modelo de democracia basada en el concepto de estabilidad. Ese concepto implicaba una novedad frente al demoliberalismo del periodo de entreguerras, formulado en términos de neutralidad política: la defensa de la democracia. La democracia militante, durante el siglo XX, basculó entre la prohibición de medios y fines, el antiextremismo (Alemania) y el republicanismo negativo y memorialístico (Italia). El presente trabajo trata de explorar la actualidad de la defensa de la democracia en el momento actual, teniendo en cuenta tres dimensiones distintas y la necesidad de conservarla para las generaciones futuras: la emergencia del terrorismo, la protección del discurso público y el populismo.

1. La democracia constitucional europea: un modelo de estabilidad

La democracia es una filosofía política y un ámbito institucional que trata de integrar a la sociedad y sus intereses, mediante diversas

modalidades de participación, en la formación de la voluntad del Estado. Su concreción es compleja, básicamente porque depende de la forma de gobierno que adopte cada comunidad política: hablamos, por ejemplo, de regímenes parlamentarios o presidencialistas. También sabemos que los sistemas electorales y de partidos son especialmente importantes a la hora de caracterizar la ingeniería constitucional que enriquece el derecho público comparado. En Europa, sin embargo, este pluralismo metodológico queda relativizado porque tras la II Guerra Mundial se (re)funda un modelo de democracia, de carácter constitucional, que se ha ido consolidando hasta bien entrado el siglo XXI en una búsqueda permanente de estabilidad.

El contramodelo del que se parte fue el periodo de entreguerras. Durante ese periodo, la incorporación de las masas al proceso político fracasó por una razón esencial: las constituciones continentales fallaron a la hora de limitar eficazmente la lógica mayoritaria. Dicha lógica, expresada sin la necesaria corrección ética de la que hablaba, por ejemplo, Bobbio, no solo supuso un peligro para los derechos fundamentales, sino que provocó inestabilidad gubernamental porque los partidos entraron en una lucha agónica por el poder total que les impidió consensuar ningún programa. Tras la I Guerra Mundial, como mostró Hobsbawm en sus trabajos clásicos, Europa entró en una era de extremos ideológicos que no pudo ser detenida ni por los diseños organizativos ni por una cultura política que requería tolerancia y autocontención, como han argumentado Levitsky y Ziblatt (2018) a tenor de la larga experiencia estadounidense.

La solución pasó, a partir de 1950, por la constitucionalización de una democracia que protegiera a la minoría. Conviene no confundirse: la democracia ya estuvo constitucionalizada a partir de Weimar, lo que ocurre tras el desastre bélico provocado por la Alemania nazi

es que en Europa surge una gran desconfianza hacia la soberanía popular y la propia política. La aparición del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) supuso el reconocimiento de la falibilidad del Estado y la necesidad de construir una red supranacional que contuviera los excesos políticos que pudieran lesionar la dignidad humana y los derechos de las minorías. El Convenio se elaboró en el seno del Consejo de Europa, cuyo documento fundacional, el Estatuto de Londres, de mayo de 1949, proclamó en su preámbulo que toda “auténtica democracia” se basa en “la libertad individual, la libertad política y el imperio del derecho”. El propio preámbulo del Convenio estableció una relación bastante clara entre “un régimen *verdaderamente* democrático” (cursiva nuestra), el respeto “de los derechos humanos” y la “primacía del derecho”. Me parece que la atención al principio liberal en estos textos no había tenido parangón durante el periodo de entreguerras, lo que no quiere decir que volviéramos a un escenario decimonónico de soberanía parlamentaria.

Con razón se ha podido decir, entonces, que nuestras democracias han tenido severos rasgos de antiparlamentarismo, pese a que la ley seguía siendo la fuente principal para expresar la dialéctica entre mayorías y minorías (Esteve Pardo, 2020). Gran parte de las competencias parlamentarias fueron delegadas en la administración buscando certidumbre técnica y mejor adaptación a la realidad, mientras que aparecieron los Tribunales Constitucionales con un importante papel contramayoritario. La generalización de tales órganos, que merman la potencia legislativa de las cámaras, no ha causado en Europa el mismo revuelo teórico que en Estados Unidos. Ello se debe, sin duda, a que en nuestro continente los Tribunales Constitucionales no solo tenían la misión de culminar el control jurídico del poder como legisladores negativos, sino que han tenido y siguen teniendo un papel relevante en la estabilización de la democracia.

Pero la democracia constitucional europea que trato de sintetizar en estas breves líneas fue, antes que nada, una forma política consensual. No solo primaba la dinámica representativa sobre las expresiones populares directas haciendo presentes distintas formas de corporativismo, sino que partía del famoso pacto entre las alas más moderadas de los extremos ideológicos: el compromiso entre el capital y el trabajo permitió formas de redistribución de la riqueza a partir no solo del famoso círculo virtuoso keynesiano, sino de la construcción de un mercado comunitario y funcional que garantizaría el periodo de paz continental más largo de la historia. En qué medida el consenso descrito se ha ido desvaneciendo como consecuencia de las distintas crisis –económica, financiera, pandémica– es un asunto del que no podemos ocuparnos aquí. Lo importante es señalar que, como veremos en el último epígrafe, la reaparición y generalización de los populismos muestran un deseo, cada vez más indisimulado, de romper el viejo equilibrio entre política y derecho.

El cuadro mostrado resulta incompleto sin aludir a los mecanismos concretos de defensa de la democracia constitucional tanto en su dimensión nacional como europea, tema central que ocupará al presente capítulo. Al margen de los distintos problemas de legitimidad que puedan surgir, los fundamentos del modelo que se acaba de describir son insuficientes frente a aquellos actores políticos que, aprovechándose de su supuesta neutralidad liberal, han pretendido derribar y superar la democracia, tal y como ocurrió de forma paradigmática con el nazismo en Alemania. Como apunte inicial, resulta interesante recordar que, pese a su fracaso global, en el periodo de entreguerras también se ensayaron mecanismos de defensa de la democracia, que no pudieron adquirir entidad propia, dada su incapacidad para comprender y afrontar el poder destructivo de los peligros que pretendían conjurar.

2. La democracia militante: definición y tipología

El adjetivo “militante” añade un contenido valorativo a la democracia. Como sabe el lector, la expresión tiene su origen en dos artículos realizados por Karl Loewenstein durante el derrumbe de no pocas democracias en Europa. El jurista y politólogo alemán consideraba que el fascismo era una técnica de poder –no propiamente una ideología– que debía ser combatida por medios no liberales (“el fuego se combate con fuego”). Kelsen había expresado de forma un tanto desesperada, en 1932, el espíritu de derrota de la época: “Una democracia que se impone sobre la voluntad de la mayoría, que trata de afirmarse mediante la violencia, ha dejado de ser una democracia. La hegemonía popular no puede subsistir contra el pueblo” (Kelsen, 2017, p. 375). Frente a este paradigma neutralista ya se había rebelado Carl Schmitt en *Legalidad y legitimidad*, apuntando la necesidad de modificar la Constitución de Weimar para defender un núcleo intangible que impidiera su autodestrucción mediante el mero trámite de sumar las exigentes mayorías (2/3) previstas en su art. 76.

La generalización del concepto de democracia militante vino con las sentencias del Tribunal Constitucional alemán que sirvieron para ilegalizar el partido nazi y el comunista en la década de 1950. Era evidente que los magistrados tuvieron en cuenta no solo la terminología acuñada por Loewenstein, sino también por Karl Mannheim, que a finales de 1940 había desarrollado la idea de que el liberalismo del *laissez-faire* era en gran medida responsable de la emergencia del totalitarismo: “ni la tolerancia democrática, ni la objetividad científica significan que debemos abstenernos de tomar posiciones firmes y valores últimos de la vida” (Mannheim, 1943, p. 17). La democracia alemana, para sobrevivir, debía transformarse en una democracia militante con una nueva actitud hacia los valores y la educación, fundamentos del orden social reconstruido a partir de la Ley Fundamen-

tal de Bonn. Alemania incorporó todos los instrumentos posibles para defender ese nuevo orden social: prohibió partidos políticos incompatibles con la democracia, resucitó el derecho de resistencia, incorporó límites explícitos a la reforma constitucional y, por último, reconoció la noción de abuso del derecho que sintetizaba el famoso aforismo de Saint Just durante la Revolución Francesa.

Ciertamente, Alemania, por su propia historia, resulta una excepción en el derecho constitucional comparado. En este ámbito, resulta difícil concretar una cierta homogeneidad instrumental a la hora de definir y delinear la democracia militante. Por ello, Müller (2012, p. 1253) opta por una definición de mínimos: estaríamos ante “un régimen político que adopta medidas *iliberales* para prevenir y evitar que se destruya el sistema democrático a través de medios democráticos” (cursiva nuestra). La referencia a los “medios” es aquí especialmente importante, porque sacaría de la ecuación las formas disruptivas y violentas de acabar con la Constitución (por ejemplo, los golpes de Estado o una revolución). Asimismo, no parece banal la alusión a las “medidas iliberales”, terminología hoy en día en alza que, sin embargo, en nuestro caso aludiría fundamentalmente a la limitación de derechos fundamentales que vehiculan la libertad de expresión y la participación política. La paradoja –no siempre bien justificada– de limitar la democracia para defenderla, tiene el peligro, manifestado por ejemplo en la experiencia argelina, de la famosa “pendiente resbaladiza”: que queriendo defender la democracia, un Estado termine convirtiéndose en una autocracia.

A partir de este núcleo básico, surgen no pocas posibilidades de relación entre distintas variables. Fox y Nolte (1995), en su conocido trabajo sobre el tema, vienen a reconocer que la lucha contra los enemigos de la democracia no conoce diferencias entre las democracias sustantivas y procedimentales: en ambos modelos, de acuerdo con

la praxis histórica, pueden identificarse restricciones en particular a los partidos políticos y el derecho de participación. Se admite que aquellos países donde la Constitución prevé cláusulas de intangibilidad referidas a la forma de Estado y de gobierno, existe una mayor intransigencia frente a algunas manifestaciones ideológicas expresadas pacíficamente. Aquí caben realizar algunas matizaciones: en Francia, paradigma de la unidad territorial, con la jurisprudencia del CEDH en la mano, sería hoy difícil ilegalizar formaciones independentistas (por ejemplo, el Partido de la Nación Corsa), mientras que en Italia los pequeños partidos favorables a la monarquía nunca estuvieron fuera de la legalidad, pese a la irreformabilidad de la forma republicana de gobierno proclamada por el art. 139 de la Constitución. Por el contrario, naciones de tradición liberal, como Estados Unidos y el Reino Unido, combatieron puntualmente formaciones políticas e individuos que podían poner en peligro la democracia (Corcuera Atienza, Tajadura Tejada y Vírjala Foruria, 2008).

En el marco de la defensa de la democracia también cabe diferenciar entre mecanismos preventivos, normalmente de carácter material o ideológico, y mecanismos a posteriori, que fijan el control en la actividad de los partidos y asociaciones. En cuanto a la primera cuestión, de particular interés, cabe realizar dos apuntes importantes: a partir de la década de 2000, la aparición de grupos e individuos terroristas de carácter religioso ha propiciado toda una plétora de actuaciones administrativas y penales que adelantan la actuación del derecho, deslizando la democracia desde un modelo militante a uno más preventivo, donde toman especial relevancia los diversos estados excepcionales (Sajó, 2006). El segundo apunte tiene que ver con la absoluta excepcionalidad del control ideológico previo de los partidos antes de su inscripción en el registro administrativo. Uno de los paradigmas de democracia militante, Israel, prohíbe la inscripción a los partidos que

nieguen el carácter judío del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado un núcleo más o menos limitado del carácter judío del Estado que no podría sobrepasarse programáticamente: reivindicar el derecho de los árabes a retornar a Israel.

Vayamos muy brevemente con las tipologías, a partir de la defensa democrática constitucionalizada. Niesen (2002) nos habla de dos tipos constitucionales de defensa de la democracia hasta la entrada del nuevo milenio: la antiextremista alemana y el republicanismo negativo italiano.

Como acabamos de ver, Alemania incorporó un pack completo de protección de la democracia. Se trataba no tanto de evitar la *revolución* –al fin y al cabo, el art. 146 de la Ley Fundamental reconoce la posibilidad de un nuevo poder constituyente tras la unificación– como de evitar una “revolución legal” antidemocrática similar a la de marzo de 1933. Las sentencias sobre la disolución de los partidos nazi (1952) y comunista (1956) definieron un orden básico liberal que debía ser defendido de forma proactiva. Dicho orden excluye la tiranía y la arbitrariedad y representa un sistema de gobierno bajo el Estado de derecho, basado en la autodeterminación del pueblo expresada mediante el principio mayoritario en condiciones de libertad e igualdad. Por lo tanto, ese orden básico no coincide literalmente con la cláusula de intangibilidad del art. 79 de la Ley Fundamental. Se trata de articular un modelo de democracia centrado que excluya por definición los partidos *extremos* que propongan una visión totalitaria de la sociedad, siempre, eso sí, que muestren una actitud agresiva hacia los valores de la República Federal.

El modelo alemán ha recibido dos críticas básicas: en primer lugar, resulta anticuado para los retos de la sociedad contemporánea, donde siguen existiendo formaciones extremas a las que no se han podido sacar de la legalidad por su capacidad para eludir el control de

la Oficina de Protección de la Constitución. En segundo lugar, la equidistancia hacia los extremos ha funcionado como una especie de “religión civil”, que tras la II Guerra Mundial permitió no afrontar la responsabilidad colectiva con respecto al nacionalsocialismo, asimilado como peligro para la democracia en las mismas condiciones que el comunismo de la República Democrática Alemana.

Precisamente, en Italia ya durante el periodo constituyente surgió la posibilidad de reconstruir el sistema político a través de una noción de “democracia protegida” (de Gásperi) que revisara normativamente el pasado. Así fue cómo en las disposiciones finales y transitorias de la Constitución se prohibió expresamente la reconstitución del partido fascista. La Ley *Scelba*, ratificada en 1956 por la Corte Constitucional, desarrollaba el precepto para enfrentarse a un partido, *Ordine Nuovo*, que no llegó a tener representación parlamentaria efectiva. Por lo tanto, estamos ante un republicanismo negativo que despliega una democracia militante para enfrentarse a su pasado sin la equidistancia alemana: un tipo de constitucionalismo memorialista más aversivo que aspiracional, en el sentido de que quizá busca confrontarse más con la historia que con el futuro. En cualquier caso, el republicanismo negativo rechaza las formas democráticas sustantivas como por ejemplo la alemana: la exigencia para participar en democracia se centra en las condiciones de ejercicio y los medios, no en los programas de los partidos.

3. La defensa de la democracia a nivel continental: el Consejo de Europa y la Unión Europea

En el primer epígrafe aludía a una cuestión que considero necesaria: la europeización de la política nacional se debió a la falibilidad del Estado, a la necesidad de domesticar la soberanía a partir de una cierta comprensión suspicaz, si se quiere, de la propia política.

Tanto el Consejo de Europa como las Comunidades Económicas fueron proyectos para alcanzar la paz *a través del derecho*. Ambas organizaciones confían, en el ámbito de los derechos y de la economía, en la técnica jurídica para reorganizar políticamente el continente mirando de reojo los peligros del socialismo real. El derecho, como expresión del principio liberal, tiene una dimensión civilizatoria pero también, teniendo en cuenta la diversidad de modelos democráticos, un sustrato común que funciona como cláusula de homogeneidad constitucional: el *Rechtstaat*, el *État de droit* o el *rule of law* tienen unas dimensiones materiales muy similares. El despliegue del Consejo de Europa y de la hoy Unión Europea se consolidó sobre esta realidad, pero también sobre una sofisticada noción de democracia en sentido complejo, por remisión de los propios Estados y como consecuencia de los desarrollos autónomos de las propias instituciones. Ahora bien, una cosa es apuntar la democratización del derecho supranacional y otra muy distinta afirmar que ambas organizaciones expresarían un modelo de democracia militante. exploremos un poco la cuestión.

Con respecto al CEDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), cabe afirmar que con la tutela de los derechos humanos se contribuye a la promoción de una forma de democracia de la que es componente fundamental el libre debate de ideas y la competencia entre partidos políticos, que son los actores indiscutibles del proceso político democrático. El diálogo con compromisos y concesiones, respetando a la minoría, es el cauce para ese debate, sin que puedan perseguir objetivos y medios incompatibles con la democracia, frente a los que el Estado tiene que defenderse. Saiz Arnaiz (2019, p. 230) señala que ni el CEDH ni el TEDH han construido un modelo de “democracia convencional” definitivo o cerrado, sino que la jurisprudencia y el papel del Consejo de Europa –en

particular la Comisión de Venecia– funcionarían como un “código de principios” que actuaría como límite frente a la intervención de las autoridades en el proceso político democrático.

Por tanto, la democracia convencional se entendería como un mecanismo externo de protección de las democracias nacionales. La jurisprudencia es muy extensa y variada y no se puede dar cuenta aquí, pero en general se ampara la democracia militante en su dimensión material y formal. El TEDH considera compatible con el CEDH el deber de lealtad de los funcionarios a la Constitución (Vogt vs. Alemania, 1996) y las medidas preventivas para ilegalizar partidos que, de vencer en las elecciones, impondrían un modelo de sociedad incompatible con la Constitución y el CEDH (Refah Partisi vs. Turquía, 2003). Ahora bien, los programas políticos que inquieten o molesten porque persigan por ejemplo la secesión de un territorio del Estado o pretendan cambiar de Constitución usando métodos legales, no pueden considerarse incongruentes con el CEDH porque en una sociedad abierta, se debe ofrecer una adecuada oportunidad de expresión de las ideas políticas que discutan el orden existente y cuya realización se proponga por medios pacíficos (Güneri vs. Turquía, 2005).

En cuanto a los medios, el TEDH ha llegado a señalar que la no condena del terrorismo justificaría la exclusión de formaciones políticas del proceso democrático (Herri Batasuna y Batasuna vs. España, 2009), aunque la suspensión de actividades concretas, al afectar a las libertades de expresión e ideológica y a los derechos de asociación y sufragio activo y pasivo, debe someterse a un intenso escrutinio constitucional y responder a la necesidad imperiosa de defender la sociedad democrática. En definitiva, el TEDH prescribe un modelo de democracia militante que no pasa por la adhesión positiva a la Constitución en sentido ideológico, sino a la parte de esta que recoge el régimen democrático (medios y fines).

En la Unión Europea las cosas son sustancialmente distintas. La razón para ello es que, a diferencia del Consejo de Europa y el CEDH, la organización supranacional tiene carácter constitucional y federal y no actúa como un mecanismo externo de limitación de soberanía de los Estados miembros, sino que los actos de estos ya no pueden considerarse como exclusivamente internos a efectos de valorar su encaje en la Constitución multinivel. Quizá nada exprese mejor esta idea que la incorporación de una Carta de Derechos Fundamentales a los Tratados que permite revisar las decisiones de los Estados, aunque la conexión con las competencias comunitarias sea débil o lejana. A partir de la lógica de la integración, se ha llegado a proponer que el Tribunal de Justicia proteja los derechos fundamentales de los nacionales más allá del margen de apreciación o autonomía de las autoridades nacionales: una especie de *Solange* inverso, próximo a la doctrina de la incorporación norteamericana, que sirviera para desatar la ciudadanía europea del paternalismo constitucional con la que nació con el Tratado de Maastricht.

Resulta banal, en cierto sentido, seguir afirmando que la Unión Europea es una organización con serios “déficits” democráticos. Efectivamente, no cuenta con un *demos* que legitime de forma constituyente el sistema político, pero no es menos cierto que su configuración se justifica, como ha venido recordando Weiler, en un impulso civilizatorio que tiene como objetivo limitar el *eros* nacionalista de los Estados miembros: la comunidad de derecho garantiza un difícil retorno a categorías como la soberanía parlamentaria, lo que en parte explicaría el fracaso de la integración del Reino Unido en la Unión y el posterior Brexit. Aunque tiene margen de mejora, la parlamentarización de la Unión ha servido para dar un *pathos* democrático importante al proceso político consensual, donde aún quedan pendientes problemas relacionados con la responsabilidad institucional y el interguberna-

mentalismo. No deja de llamar la atención, en cualquier caso, que ya en 1973 los nueve miembros de la Comunidad firmaran en Copenhague una *Declaración sobre la Identidad Europea* que consistía en señalar una serie de valores del orden legal, político y moral común: ello implicaba una *defensa* colectiva de los principios de democracia representativa, Estado de derecho, justicia social y respeto de los derechos humanos. La noción de identidad constitucional, con posterioridad, se ha convertido en uno de los baluartes del diálogo jurisprudencial entre el Tribunal de Justicia comunitario y los Tribunales Constitucionales nacionales cuya función es, pese a las críticas, ajustar democráticamente el balance de poder entre el centro y la periferia.

Así las cosas, el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) plasma constitucionalmente los valores que se han asociado claramente con la identidad de la Unión. De nuevo estamos ante una cláusula de homogeneidad similar al art. 28 de la Ley Fundamental de Bonn y el art. 4 de la Constitución de Estados Unidos. Con la proclamación axiológica se compensa el predominio del elemento económico y funcionalista que había caracterizado a la Unión hasta los Tratados de Maastricht y Ámsterdam. Entre tales valores resplandece la democracia, que tendrá su concreción en la preferencia por la democracia representativa (art. 10 TUE) y será además el medio formal a través del cual se exprese una sociedad caracterizada por los principios de pluralismo, tolerancia, solidaridad e igualdad. No parece que el proyecto delineado difiera sobre el papel del popular “patriotismo constitucional”, ideal normativo que pretendía en la década de 1990 culminar una integración que no parecía conocer límites desde la perspectiva política y geográfica. Por aquel entonces, hasta la adhesión de Turquía parecía factible.

Precisamente, ante la previsión de la adhesión de nuevos países del Este con credenciales democráticas aún por demostrar, a

iniciativa de Italia y Austria, se incorpora a los Tratados un mecanismo explícito de defensa de los valores proclamados que iba a servir para controlar a posteriori el cumplimiento de los “criterios de Copenhague”. De este modo, el art. 7 TUE establece un doble sistema de vigilancia y sancionador que permite a la Unión reaccionar ante *riesgos* serios y violaciones estructurales de los Estados, que pudieran conculcar a su vez gravemente la democracia y el Estado de derecho reconocidos en los Tratados. Así las cosas, pese a los problemas de justiciabilidad de los valores –cuestión inherente a todo sistema constitucional– y los límites del art. 7 TUE, muy dependiente de la unanimidad, del tamaño de los Estados miembros y del realismo político, puede afirmarse que la Unión Europea es un modelo de democracia militante con posibilidades de desarrollo y aplicaciones aún por explorar, según hemos comprobado en los casos de Hungría y Polonia y con el establecimiento de un Marco para reforzar el Estado de derecho impulsado por la Comisión.

4. La democracia militante en España: teoría y praxis

La democracia militante en España es la víctima de un desencuentro académico y un cierto desatino jurisprudencial. Como sabe el lector, la perpetuidad de las Leyes Fundamentales franquistas llevó a establecer un procedimiento de reforma constitucional sin límites materiales, pese a que la dualidad de vías a utilizar –arts. 167 y 168– ya indicaba que había ámbitos de la Constitución que contaban con una protección cualificada frente al legislador del Título X. La inexistencia de límites materiales a la reforma llevó a la mayor parte de la doctrina a señalar que, si los enemigos del orden constitucional están en situación de pervertirlo por los procedimientos de los arts. 167 y 168 CE, pueden hacerlo sin violar el derecho constitucional vigente. Y precisamente porque pueden lícitamente realizarlo, pueden también

lícitamente intentarlo. Esta postura formalista nos retrotrae a momentos históricos ya periclitados, como explicamos con anterioridad, porque supone reducir la democracia a la posibilidad de convertir en derecho el proyecto, cualquiera que fuese, de una mayoría: pero este no es el reduccionismo que quiere el modelo europeo construido tras el final de la II Guerra Mundial.

No gastaré muchas líneas en impugnar la tesis predominante. Para empezar, la inconstitucionalidad de partidos políticos que persigan desvirtuar el régimen de libertad o la existencia de la República Federal, hito de la defensa de la democracia en Alemania, tiene su propio reconocimiento en la Ley Fundamental (art. 21.2), sin necesidad de llevar a cabo una fundamentación exclusiva en las cláusulas de intangibilidad. En segundo lugar, como ya hemos dicho, existen ejemplos de países cuyos ordenamientos establecen límites materiales a la modificación de la forma de Estado y de gobierno, donde se tolera la existencia de partidos que persigan pacíficamente programas que choquen con esos límites: pensemos en el partido monárquico en Italia –ya aludido– o en la existencia de pequeñas formaciones independentistas en Alemania o Francia. Por último, la identificación de la defensa de la democracia con la reforma constitucional, una institución en franco declive, revela un problema filosófico de mayor alcance. Porque quienes se plantean, malinterpretando a Kelsen, que la democracia puede suicidarse legítimamente a partir de las propias normas constitucionales, deben pensar que la humanidad ha conocido o puede conocer un régimen político preferible a aquella.

En realidad, nuestro entuerto se resuelve más fácilmente volviendo a las fuentes originales. Loewenstein, acuñador de la terminología, nunca pretendió asentar en una dimensión ideológica la democracia militante: porque el fascismo era una técnica destinada a consolidar una forma de psicopolítica moderna, su combate debía

realizarse desde una metodología formal, es decir, a partir de la noción de abuso de derecho. Por el contrario, la defensa de la Constitución y de la democracia asentada en una dimensión material, surge como posibilidad con *Legalidad y legitimidad* de Carl Schmitt, que parece proponer en el verano de 1932 una reforma de la Constitución de Weimar para imponer límites materiales a la reforma y, a partir de esos límites, sacar de la legalidad a comunistas y fascistas para que con la mayoría cualificada del art. 76 no derribaran la República. No está claro que el jurista de Plettenberg hiciera una propuesta en tal sentido: lo que está claro es que tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn se atribuyó la paternidad del control material de constitucionalidad de los partidos políticos, tal y como reconoce en la introducción de la primera edición de la obra en español (Schmitt, 1970).

La influencia de Schmitt en el derecho público español es notable, aunque creemos más razonable no continuar con teologías académicas. Lo importante es señalar que, con la noción de abuso de derecho, se estrecha considerablemente la posibilidad de aplicar indiscriminadamente una defensa de la democracia frente a meros rivales políticos. Como ya hemos dicho, el art. 17 CEDH expresa claramente la imposibilidad de interpretar la legalidad en el sentido de que atribuya un derecho a realizar actos o actividades tendentes a la destrucción de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Este precepto no solo ampara la represión de actividades de los partidos políticos, sino de un partido que use la democracia para terminar imponiendo un régimen autoritario: porque solo los principios liberal y democrático permiten la reproducción de las distintas verdades que aparecen en liza dentro de un sistema político. No hace falta contraponer valores determinados al ideario de un partido o asociación, la democracia militante consiste en aplicar medidas iliberales acotadas a aquellos actores que no respetan el núcleo básico de los medios y

finés de una democracia constitucional. Toda democracia, por definición, es entonces una democracia militante (Torres del Moral, 2004).

Y no otra cosa es la democracia española, pese a que el legislador se mostrara en contra del control ideológico al redactar la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos (en adelante LOPP). El preámbulo de dicha norma dejó claro que, para determinar el carácter democrático de un partido y su respeto a los valores constitucionales, se atenderá “no a las ideas o fines proclamados por el mismo, sino al conjunto de su actividad”, quedando por tanto únicamente vetados aquellos fines que “incurren directamente en el ilícito penal”. La LOPP añade, de forma un tanto contradictoria, que “parte de considerar que cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los *principios democráticos* o los derechos fundamentales de los ciudadanos” (las cursivas son nuestras). En mi opinión, la alusión a los “principios democráticos”, introduce la legislación española en la materia, de lleno, en el marco de la prohibición de abuso de derecho del art. 17 CEDH, amparándose, si fuera necesario, el control programático de un partido político que, convirtiéndose en un riesgo contrastado y concreto tuviera como objetivo y la posibilidad real de destruir la democracia y operar la transición hacia una autocracia (Tajadura, 2004).

Pero el legislador no hizo otra cosa que aprehender un ambiente doctrinal y jurisprudencial previo. El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ya había venido apuntando que el pluralismo y la libertad ideológica, en ausencia de un límite material a la reforma constitucional, exigían la máxima libertad a la hora de exponer cualquier programa político, incluso aquellos que no fueran coincidentes con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (STC 29/1990, FJ 5). No creo equivocarme en exceso si afirmo que esta

doctrina estaba pensada, fundamentalmente, para dar cabida a los nacionalismos periféricos que tienen como objetivo declarado la creación de un Estado nación independiente de España, siempre que dicho plan se persiga a través de medios pulcramente democráticos. Por ello, el TC hace tanto hincapié en la innecesaria lealtad positiva hacia el proyecto político que incorpora la Constitución, sin mayor reflexión sobre el potencial deslegitimador que implica tal argumento. Sea como fuere, en la sentencia 48/2003, sobre la propia LOPP, el TC elabora la doctrina que preside el proceso político español y la enseñanza en muchas facultades universitarias: porque la Constitución española no tiene límites materiales a la reforma, no exige ninguna adhesión positiva a la misma, lo que conduce a que cualquier proyecto político sea posible si se respetan los procedimientos para llevarlo a cabo. En definitiva, España no es una “democracia militante” (STC 31/2009, FJ 13).

Naturalmente, el error conceptual del TC nos conduce a problemas de difícil solución: si el legislador de reforma no tiene más límites que el procedimiento, se convierte en un *poder supremo* (STC 259/2015, FJ 7). Por lo tanto, en España sigue circulando la tesis de un poder constituyente inactivo –el pueblo español– con el que pueden entrar en competencia otros sujetos soberanos que quieran activar el art. 168 CE para lograr sus fines legítimos. Toda esta lógica decisionista, además, olvida los cambios conceptuales que en las últimas décadas han incidido sobre la función de la reforma constitucional, así como la reconsideración de la soberanía en el marco de un proceso de integración supranacional y evolutivo con amplias implicaciones constitucionales. En cualquier caso, la precaria relación teórica entre ausencia de cláusulas de intangibilidad, lealtad constitucional frágil y poder de reforma ilimitado no ha evitado que en la práctica en España se hayan aplicado soluciones vinculadas a un concepto estándar de

democracia militante. Y ello es así porque la adhesión positiva no se reclama del programa constitucional, sino de aquella parte de la Constitución donde se garantiza la existencia de la democracia como sistema político viable.

En tal sentido, la LOPP del año 2002 se aprobó en medio de un gran debate para combatir democráticamente una banda terrorista, ETA, con amplia implantación en el País Vasco. Su actuación violenta y excluyente se articulaba a través de un movimiento de liberación nacional que legitimaba, financiaba y daba soporte mediante distintas infraestructuras institucionales, la lucha armada. La LOPP y el Código Penal impulsaron el control judicial y la limitación del derecho de participación de formaciones políticas del mundo de la izquierda nacionalista radical vasca, primero mediante la ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herriarrok y Batasuna, en 2003, y después procediéndose legalmente contra aquellas que trataran de dar continuidad, con otro nombre y estructura, a las formaciones ilegalizadas. En este sentido, fue objeto de represión la práctica totalidad de las entidades representantes mediante una praxis que hizo difícil la distinción entre medios y fines, siendo habitual que, amén de ciertas matizaciones y algunos excesos, la jurisprudencia del TC primero, y el TEDH después, confirmaran posteriormente la postura adoptada por la Sala Especial del Tribunal Supremo (Fernández de Casadevante Mayordomo, 2015, p. 123).

La legalización de Bildu y Sortu a comienzos de la década de 2010, culminada mediante las SSTC 62/2011 y 138/2012, confirmó la eficacia del giro que una década antes realizó la democracia española. La existencia de una banda terrorista apoyada social y políticamente supuso una prueba de estrés para el sistema constitucional, que reaccionó no solo frente a la violencia, sino frente a un proyecto político de tintes revolucionarios y étnicos. Prácticamente nada de

aquella retórica queda en los estatutos de la izquierda radical y nacionalista vasca, involucrada hoy en los distintos niveles de gobernabilidad autonómicos y nacional. En cualquier caso, lo importante, para dar paso al siguiente epígrafe, es señalar que en realidad la LOPP es solo uno de los pilares de la democracia militante española. Si me permiten la precisión, la lucha contra ETA es herencia de la “era de los extremos” del siglo XX, los restos de un mundo político en declive tras la caída del socialismo real en 1989. La violencia terrorista asociada a la lucha ideológica de la Guerra Fría y la influencia de la descolonización en Europa han dado paso a nuevos desafíos y, en cierto modo, al despliegue de una democracia militante distinta a la que, por cierto, no es ajena la experiencia española. Abordemos ambas cuestiones de forma conjunta.

5. La democracia militante y el (nuevo) reto de defender la sociedad democrática

Este último epígrafe pretende desarrollar la idea de que la defensa de la democracia hoy tiene un significado y despliegue distinto al explicado en los apartados anteriores. Como hemos visto, la “militancia” democrática durante el siglo XX se fundó en el peligro, heredado del periodo de entreguerras, de que partidos y formaciones se hicieran fuertes en el proceso político a través de discursos y proyectos que, esgrimiendo violencia o discursos extremos, pudieran hacerse con el poder institucional y revertir la democracia constitucional. Por ello, el debate central fue si la ilegalización de partidos era compatible con las constituciones nacionales y el CEDH. Aunque este peligro pueda hoy estar más o menos latente, lo cierto es que a partir de la década de 2000 se aprecia un deslizamiento de la democracia militante hacia una nueva funcionalidad que tiene que ver con la transformación de la propia democracia constitucional: más apegada y sensible a un concepto de so-

ciudad civil o “modelo de sociedad democrática” que se trata de consolidar no tanto frente a ideologías perversas como cuanto a fenómenos asociados con el riesgo político y constitucional (Vermeule, 2013).

Como hemos visto, el principio democrático del constitucionalismo de la segunda postguerra se centraba en la garantía del derecho de autodeterminación de los ciudadanos en un contexto de desconfianza hacia la política y de corrección liberal (donde sobresalía una poderosa teoría de los derechos fundamentales). El antiextremismo alemán y el republicanismo negativo italiano encontraban sentido en la prevención del suicidio democrático y en el recelo hacia las tradiciones autoritarias. En la actualidad, sin embargo, predomina una visión positiva que se transformaría en un mandato hacia los poderes públicos de salvaguardar la democracia desde un punto de vista reproductivo, es decir, muy pendiente de la protección de las minorías y de las generaciones futuras, para las cuales el sistema demoliberal sería una especie de bien constitucional a proteger (Niesen, 2002). Esta visión conservativa, debe tener en cuenta la constante modernización de la teoría de la democracia, en la que parece predominar una visión negativa dada la degradación de las condiciones institucionales. Más allá de los problemas de calidad, en la defensa de la democracia hoy destacarían tres planes atendiendo a los diferentes peligros que han ido surgiendo las últimas dos décadas: el terrorismo religioso, la protección de las minorías y grupos vulnerables, y el populismo.

Desde que tuvieron lugar los atentados contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001, las instituciones internacionales y los Estados de nuestro entorno jurídico y político han tomado medidas específicas dirigidas a evitar la realización de acciones terroristas, facilitar la investigación de cualquier conducta tendente a llevar a cabo tales actuaciones y sancionar penalmente de forma

agravada a sus responsables. El terrorismo religioso de corte yihadista no solo alarma a la población, sino que puede incidir en el proceso político democrático, como ocurrió el 11 de marzo de 2004 con los terribles atentados de Madrid. De este modo, cuando ahora se aborda el terrorismo, la mayoría de la sociedad percibe el riesgo en la seguridad como la expresión de grupos segregados de ella, que defienden unos valores o unos medios de realización ajenos a los compartidos de forma generalizada y amparados por el ordenamiento. Se produce entonces una disociación entre seguridad y libertad, que en el constitucionalismo clásico estaban claramente emparentados: los derechos como medio para garantizar la seguridad frente a la arbitrariedad del poder (Carrasco, 2017).

Las nuevas medidas antiterroristas llevan en sí cierta concepción de “democracia militante”, en el sentido de que se promueven la limitación de los derechos de determinados individuos que potencialmente han participado o puedan participar en acciones terroristas, con el objetivo de defender los derechos y la seguridad de la mayoría de la sociedad, que se siente víctima de dichas acciones. Se ha hablado, ya lo hemos señalado, de un Estado preventivo que se despliega sobre los raíles jurídicos de un “tiempo de tensión” situado entre la normalidad y los clásicos estados de emergencia, pudiéndose distinguir además entre modelos policiales (Europa), de excepción (Gran Bretaña) y estados de guerra mixtos (Estados Unidos), donde la tutela judicial efectiva puede llegar a desaparecer. El problema de la “pendiente resbaladiza” ya aludida se aprecia claramente cuando de un Estado preventivo se pasa a una posible democracia preventiva, en la que los ordenamientos expresan una nueva ética del orden público y las medidas iliberales contra los enemigos de la sociedad pueden acabar aplicándose más allá de los propios grupos terroristas.

Quizá por ello, desde hace dos décadas, las democracias occidentales también han ido incorporando límites a la libertad de expresión, con el objetivo de proteger a minorías vulnerables, que podrían solaparse culturalmente, aunque no solo, con los grupos a los que se atribuye el uso de la violencia terrorista. Los instrumentos internacionales amparan así medidas punitivas estatales necesarias para tratar de contener expresiones que inciten a la violencia u otros tipos de humillación contra minorías que no tienen capacidad efectiva de influir en el proceso político y puedan ser blanco fácil de la discriminación en el marco de las redes sociales y las nuevas tecnologías. En este ámbito, resulta importante aludir a la Recomendación (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.

Ahora bien, la limitación jurídica de los discursos mediante sanciones penales o administrativas no se circunscribe a las minorías vulnerables: los delitos de exaltación y negación del genocidio en Europa, amparados por el TEDH, muestran una querencia muy próxima al republicanismo negativo que explicábamos con anterioridad. Con ello se pretende combatir exaltaciones de un pasado que se hace presente de forma permanente y se expresa el paso de un tiempo histórico a un tiempo litúrgico: el momento fundacional de las democracias constitucionales ya no son las revoluciones liberales, sino acontecimientos tan sombríos como Auschwitz y el Holocausto. Ello se comprueba en las diversas leyes e iniciativas memorialísticas europeas que sitúan a las instituciones como promotoras de determinadas narrativas democráticas que colonizan es-

pacios de civilidad más amplios que las tareas educativas enunciadas por ejemplo en el art. 27.2 CE.

Los problemas constitucionales en uno u otro plano no son menores. Recuérdese, en el caso español, que la STC 235/2007 declaró inconstitucional el delito de negación del genocidio previsto en el art. 607.2 CP, partiendo de la incompatibilidad entre una norma penal que protegía la memoria de las víctimas y la libertad de expresión y científica (art. 20 CE). Según el TC, la inexistencia de una “democracia militante” se manifestaría con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información, haciendo necesario diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías (FJ 4). El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impedirían así cualquier actividad de los poderes públicos tendente a determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas que pusieran en cuestión retales de la memoria histórica (FJ 4).

La contumacia semántica del TC en torno a la ausencia de una democracia militante en España se ha extendido sin mayor autoexigencia argumental a tres áreas específicas de gran trascendencia política: el control de los partidos, ya analizado, la Constitución territorial y el derecho de secesión (SSTC 103/2008 y 42/2014) y el asunto que nos ocupa, los límites de la libertad de expresión e información. En este ámbito, sin embargo, llama la atención que se termine aplicando un canon interpretativo, en lo relativo a la protección penal de los símbolos constitucionales, incompatible con un concepto de democracia que se proclama de partida como generosa con la ética del discurso porque no existen formas de mili-

tancia democrática. Recordemos que la STC 177/2015, referida a la comisión de un delito de injurias contra la Corona, fue corregida posteriormente por la TEDH en tanto en cuanto no distinguió de manera clara entre el “odio como discurso”, relacionado con la crítica política legítima, y el “discurso del odio”, tipo penal abierto en el que toman importancia conceptos aún sometidos a disputa como el contexto, el riesgo y la definición de grupo social vulnerable (Stern Taulats y Roura Capellera vs. España, 2018).

Como hemos dicho al inicio de este último epígrafe, la democracia también puede verse como un bien protegible del que tienen que poder disfrutar las generaciones futuras. En este marco de intangibilidad, en la actualidad se discute cómo preservar las democracias frente a los daños del populismo. Al igual que en Estados Unidos y Latinoamérica, en Europa se deja sentir el aliento de movimientos políticos que desafían, como consecuencia de la ruptura del consenso socioeconómico y la desigualdad, las bases constitucionales de la democracia. No se trata solo de una opinión pública trasformada por la tecnología y las redes sociales, sino de la emergencia de una serie de relatos antipluralistas y decisiones contrarias a la letra y el espíritu del imperio de la ley. Al albor de diversas actuaciones de Estados como Polonia y Hungría contrarias a los valores comunitarios, ya habíamos apuntado que la Unión Europea emerge como un modelo de democracia militante en transformación.

La delimitación conceptual del populismo es complicada. En su reciente libro sobre el tema, Rosanvallon (2020) señala que es un fenómeno que se resiste a una teorización acabada, dado que afecta a la derecha y a la izquierda y ha tenido manifestaciones históricas muy diversas. Por ello, algunos lo han calificado como una imaginación moralista que busca enfrentar al pueblo puro y homogéneo frente a las élites corruptas (Müller, 2017, p. 33) y otros lo

han definido como una ideología débil, un estilo político que coincidiría en las razones de su aparición, la caracterización del sujeto al que se apela y, sobre todo, la comunidad de medios para culminar los distintos objetivos que persigue. Esa comunidad de medios se desplegaría en un ambiente tecnológico donde sería más fácil determinar la voluntad del ciudadano mediante mecanismos hasta ahora desconocidos (Requejo Pagés, 2020).

Desde el punto de vista performativo, resulta un error contraponer populismo y democracia constitucional: el populismo hace suyas muchas de las categorías tradicionales de la Teoría de la Constitución y de la democracia, como el poder constituyente, la mayoría o el pueblo. Es por ello, como ha señalado Martinico (2021), que se producen relaciones de mimetismo, ya conocidas en aquellos sistemas autoritarios que guardaban para sí la definición de “democracias populares” u “orgánicas”, y de parasitismo, en las que, una vez se accede al poder, se usan las instituciones no solo para llevar a cabo un programa, sino para deslizar diversas formas de “norma perversa” con el objetivo de propiciar cambios de lealtad constitucional o nacional. Naturalmente, la praxis populista no solo se realiza mediante mutaciones: en ocasiones se producen “abusos de constitucionalidad” donde resurge un poder constituyente autónomo, como es el caso conocido de Venezuela, Ecuador, Bolivia o Hungría.

El *procés* soberanista es un caso posible de populismo, de carácter territorial, donde se han dado las dos situaciones aludidas: por un lado, durante la última década hemos tenido fenómenos de privatización de la política y de proyección social de una hegemonía nacional que trata de extenderse a través de poderes constituidos que abarcan tanto los órganos estatutarios como los medios de comunicación pública. Por otro, esa nación catalana se situó en sep-

tiembre de 2017 como centro constituyente que implicó la redefinición de la representación política hacia parámetros claramente plebiscitarios que se pensaban superados. Aunque se ha remarcado poco, el proceso independentista catalán fue una amenaza para la democracia constitucional, más allá de las disputas nacionales que puedan plantearse legítimamente en un modelo pluralista. En tal sentido, la respuesta del Estado fue más allá de la protección de la unidad del ordenamiento jurídico – constitucional en sentido formal–. Ello porque el presupuesto de hecho del art. 155 CE implica proteger los principios estructurales que dan sentido a la propia unidad: el Estado social y democrático de Derecho. Caamaño (2020, p. 294) lo ha dejado escrito de forma más diáfana: “El art. 155 CE configura un poder excepcional que permite al Gobierno reaccionar frente a puntuales amenazas (y, en cierto modo, fracasos políticos) que pongan en riesgo nuestro proyecto de convivencia democrática”.

Recordemos el contenido del Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, en lo referente al objetivo y la necesidad de la aplicación del art. 155 CE requerido por el Gobierno: “Los precedentes [...] ponen de manifiesto las reiteradas desatenciones al orden constitucional [...], desde las distintas instituciones en las que tienen algún tipo de poder o influencia, ignorando e incluso contravieniendo abiertamente el marco legislativo y las *reglas democráticas* sobre los que se sustenta nuestro Estado de derecho” (cursivas nuestras). Así las cosas, “las medidas propuestas en el marco de este procedimiento se plantean de forma garantista, persiguiendo en todo caso asegurar derechos y no restringir libertades, y respondiendo en todo caso a cuatro grandes objetivos: restaurar la legalidad constitucional y estatutaria, asegurar la neutralidad institucional, mantener el bienestar social y el crecimiento econó-

mico, y asegurar los derechos y libertades de todos los catalanes”. Entre todas estas medidas para proteger la democracia en Cataluña, destaca la neutralidad institucional, concepto aún por desarrollarse en términos constitucionales, pero que tiene potencial indudable para moderar los excesos que se produzcan en uno de los ámbitos de mayor incidencia de la teoría y la praxis del populismo contemporáneo: los foros públicos (Vázquez Alonso, 2017).

Bien mirado, el problema del combate contra el populismo –en el fondo técnica emocional de acceso al poder– es muy parecido al que siempre se le ha planteado a la democracia militante tradicional: cuáles son las instancias que defienden la democracia y qué órganos pueden controlar los actos iliberales que expresan dicha defensa, sobre todo cuando se trata de abordar situaciones en las que el deterioro, como hemos visto con los ejemplos, proviene de los propios poderes constituidos. En tal caso, no se trataría solo de proteger institucionalmente a las minorías, como es propio de la democracia constitucional desde el final de la II Guerra Mundial, sino de establecer distintos niveles constitucionales, como ocurre en la actualidad en el marco de la dialéctica regional, estatal y supranacional, que compensen las deficiencias estructurales de la democracia en relación, por ejemplo, con el socavamiento del pluralismo. Estamos, sin duda, ante nuevas formas de democracia militante, que requieren un proceso de aprendizaje y perfeccionamiento que involucre a los ciudadanos, a la sociedad civil y a los propios actores políticos.

Bibliografía

ESTEVE PARDO, J. (2018): *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid.

- CAAMAÑO, F. (2020): “Estado autonómico y resiliencia constitucional. Las singularidades del art. 155 CE y la experiencia de su control”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 120, pp. 289-312.
- CARRASCO DURÁN, M. (2017): “Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 27.
- CORCUERA ATIENZA, J, TAJADURA TEJADA, J. y VÍRGALA FORURIA, E. (2008): *La ilegalización de partidos en las democracias occidentales*, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, C. (2015): “La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 26, pp. 111-137.
- FOX, G. y NOLTE, G. (1995): “Intolerant Democracies”. *Harvard International Law Journal*, Vol. 36, n° 1, pp. 1-70.
- KELSEN, H. (2017): “Defensa de la democracia”, en BERNAL, C. y PORCIUNCULA, M., *Kelsen para erizos: ensayos en honor de Stanley L. Paulson*, Universidad del Externado, Bogotá.
- LEVITSKY, S. y ZIBLATT, D. (2018): *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona.
- MANNHEIM, K. (1944): *Diagnóstico de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MARTINICO, G. (2021): “Populism, Constitutional Counter-Narratives and Comparative Law”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, Vol. 1, n° 8, pp. 1-25.

- MÜLLER, J.-W. (2012): “Militant democracy”, en ROSENFELD, M. y SAJÓ, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, New York.
- (2018): *¿Qué es el populismo?*, Grano de sal, México.
- NIESEN, P. (2002): “Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civil Society: Three Paradigms for Banning Political Parties”, *German Law Journal*, Vol. 3, n° 7, pp. 1-37.
- REQUEJO PAGÉS, J.L. (2020): *La agonía de la democracia*, KRK, Oviedo.
- ROSANVALLON, P. (2020): *El siglo del populismo*, Galaxia Gutenberg, Madrid.
- SAIZ ARNAIZ, A. (2018): “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, pp. 221-245.
- SAJÓ, A. (2006): “From Militant Democracy to Preventive State”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27, n° 5, pp. 2255-2294.
- SCHMITT, C. (1970): *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid.
- TAJADURA TEJADA, J. (2004): *Partidos políticos y Constitución*, Civitas, Madrid.
- TORRES DEL, A. (2004): Prólogo en TAJADURA TEJADA, J., *Partidos políticos y Constitución*, Civitas, Madrid.
- VÁZQUEZ ALONSO, V.J. (2017): “La neutralidad del Estado y el problema del Government Speech”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 177, pp. 13-55.
- VERMEULE, A. (2013): *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge.

**PABLO FERNÁNDEZ
DE CASADEVANTE MAYORDOMO**

Profesor contratado doctor interino de Derecho
Constitucional, Universidad Rey Juan Carlos. Profe-
sor Titular acreditado por la ANECA.

Normalidad y emergencia constitucional en la Unión Europea

JUNTO AL NORMAL DISCURRIR DE LA VIDA DE UN ESTADO, EN OCASIONES SURGEN SITUACIONES que, por poner en riesgo su propia existencia, requieren la adopción de medidas extraordinarias sujetas a unos controles igualmente singulares. El objetivo último, salvaguardar el orden constitucional evitando, a su vez, una concentración exacerbada de los poderes ejecutivos.

Aceptada esa premisa, el presente trabajo pone de manifiesto la heterogeneidad existente a nivel estatal a la hora de decidir cómo articular internamente el derecho de emergencia, discrepancia también predicable de los países miembros de la Unión Europea. Eso sí, se acepta la existencia de una serie de principios jurídicos básicos a respetar, lo cual impide hablar de una suspensión total del ordenamiento jurídico, incluso en los supuestos más inverosímiles.

Siendo el último epígrafe el dedicado al caso español, la referencia al hablar de situaciones de emergencia constitucional se encuentra en los artículos 55 y 116 CE, dirigidos a aportar la mayor

seguridad jurídica y garantías posibles ante unas amenazas que, como la práctica demuestra, no siempre se consiguen prever al completo. Aun con todo, y como medida principal de choque frente a la crisis, se consagra la posibilidad de la suspensión ordenada en materia de derechos fundamentales, ya sea en vigencia del estado de excepción y de sitio, o en el marco de la lucha contra el terrorismo. Por contra, las medidas propias del estado de alarma deberán ceñirse al ámbito de la ordinaria limitación de los mismos.

1. Las opciones de los ordenamientos jurídicos frente a las situaciones de emergencia constitucional

Todo Estado de derecho, en cuanto que “Estado sujeto a normas” (De Esteban y González-Trevijano, 2004, p. 469), parte de la aplicación ordinaria y general de una serie de reglas jurídicas preexistentes de cara a la ordenación de la vida en sociedad. Unas normas cuya observancia, a su vez, suele garantizarse mediante el recurso a distintos “instrumentos de defensa *normalmente* suficientes” en las fuerzas de orden público, en la legislación penal y en los tribunales de justicia (Cruz Villalón, 1984, p. 22).

La cuestión es que, como bien se nos advierte desde la doctrina más actual, “la normalidad constitucional no puede excluir su reverso. El orden puede sucumbir al desorden; la estabilidad puede dar paso a la crisis y la sociedad puede verse amenazada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” (Garrido López, 2021, p. 23). Ello sucede, por ejemplo, en el contexto de amenaza terrorista global que enfrentan las democracias actuales, también con los nacionalismos, populismos y/o extremismos políticos que ponen en jaque la continuidad de las mismas, o con la crisis sanitaria mundial por la COVID-19. En estos y en otros supuestos de emergencia constitucional, resulta imprescindible aceptar que las reglas jurídi-

cas habituales puedan ceder en gran medida, ello con el objetivo de lograr un retorno a la normalidad política constitucional lo más rápido posible (Ferejohn y Pasquino, 2004, p. 210).

Sentada esa premisa básica, el fenómeno de la emergencia constitucional sitúa al Estado democrático ante una difícil tesitura en el momento de su configuración. En concreto, deberá decidir si, a los mecanismos jurídicos habituales, previstos para situaciones de normalidad, le deben seguir otros excepcionales para conjurar las amenazas extraordinarias que puedan surgir a lo largo del tiempo. Y, claro, en ese último caso, tendrá que lograr articular la manera en que la asunción de poderes extraordinarios por el Gobierno sea compatible con el establecimiento de unos contrapesos suficientes para evitar caer en conductas autoritarias (Loewenstein, 1986, p. 286)¹. Pues bien, siendo la opción reguladora la mayoritariamente adoptada por los Estados que integran la Unión Europea, y a los efectos de una explicación lo más ordenada posible, comencemos describiendo desde un plano más general cuáles son las distintas posibilidades de los sistemas constitucionales frente al hecho jurídico político extraordinario.

1.1. La no constitucionalización de la emergencia constitucional

A nivel, sobre todo, del derecho anglosajón, nos encontramos con Estados que deciden no constitucionalizar ninguna previsión en materia de emergencia constitucional, al entender que el riesgo de hacerlo es mayor que el de no contemplar nada al respecto (Cruz Villalón, 1984, p. 28). Ante tal situación, la simple invocación ejecutiva de poderes especiales implícitos no debería ser aceptada, toda vez que la consti-

¹ La obra original vio la luz en 1957, en inglés y con el título *Political Power and the governmental Process* (University of Chicago Press).

tucionalización de limitaciones a los mismos sería probablemente insuficiente ante la extraordinaria concentración de poderes producida (Gross, 2006, p. 796). Por eso, en ausencia de regulación de emergencia constitucional, la respuesta gubernamental suele quedar sujeta a la intervención del Parlamento y, en última instancia, lógicamente al control por los tribunales (Issacharoff y Pildes, 2004, p. 297).

Respecto al modo en que el Parlamento participa en esa toma de decisiones excepcionales, lo puede hacer, por ejemplo, mediante la exoneración parlamentaria –*Bill of indemnity*–, consistente en la apreciación formal *a posteriori* de un estado de necesidad –o situación de fuerza mayor, según Wigny (1952, pp. 198-200)– que avale la extralimitación gubernamental producida. Eso sí, la justificación de la técnica variará en función del modelo constitucional en cuestión. En el Reino Unido, por ejemplo, encuentra perfecto acomodo dada la ausencia de una Constitución escrita al uso y la aplicación de la doctrina de la supremacía parlamentaria, según la cual el Parlamento “es una autoridad que carece de límites legales a su competencia legislativa” (Pérez Triviño, 1998, pp. 171 y 172). En cambio, en Estados Unidos, donde pronto quedó sentado el carácter supremo y supralegal de la Constitución, el visto bueno del Congreso solo será jurídicamente válido en relación con aquellas materias que sean de su competencia.

Por lo demás, ante la no constitucionalización expresa de situaciones excepcionales –y pese a que sobre el protagonismo adquirido por el legislador en este ámbito se hablará luego–, junto a la figura de la exoneración parlamentaria encontramos otros dos instrumentos igualmente útiles atendiendo a la naturaleza de la amenaza surgida. De un lado, la ley marcial², entendida no solo en el sentido de otorgar a la

² En el caso estadounidense, su declaración se deduce del artículo I, sección 9, cláusula 2 de la Constitución de 1787, única referencia a la excepción, pues prevé la posibilidad de suspender el *habeas corpus* en situaciones de rebelión o invasión armada.

autoridad militar plenas competencias en un contexto de guerra, sino también en el de situar al ejército al servicio de la sociedad de cara al mantenimiento del orden público³. Y de otro, la ley de plenos poderes, a través de la cual el Parlamento delega en el Ejecutivo la asunción de poderes especiales ante situaciones de emergencia constitucional que, de nuevo, no tienen por qué estar necesariamente relacionadas con cuestiones bélicas⁴.

Tratándose todos ellos, como se indicaba, de institutos jurídicos de procedencia anglosajona, lo cierto es que también han tenido su protagonismo en el ámbito de la Unión Europea con Estados que, habiendo optado o no por la constitucionalización de situaciones de anormalidad constitucional, tarde o temprano se han visto en la tesitura de tener que invocar el estado de necesidad (Garrido López, 2021, pp. 24 a 30), como es el caso de Bélgica⁵ o Chipre⁶.

1.2. La constitucionalización de la “cláusula general”

Apuntado todo lo anterior, y refiriéndonos ya a los modelos constitucionales favorables a prever la emergencia en su texto básico,

³ Así, por ejemplo, la ley marcial fue declarada en Estados Unidos para hacer frente al Gran Incendio de Chicago, de 1871, o al Gran Terremoto de San Francisco, de 1906.

⁴ Como lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que el Parlamento británico haya recurrido a la aprobación de la Coronavirus Act 2020, a los efectos de dotar al Gobierno de poderes extraordinarios en la lucha contra la actual situación de pandemia.

⁵ Que incluso se refiere a la emergencia constitucional desde una perspectiva negativa, es decir, señalando que “la Constitución no podrá ser suspendida ni total ni parcialmente” –artículo 187 de la Constitución de 1831–.

⁶ Que, además de contar con el estado de emergencia en el artículo 183 de su Constitución de 1960, ha visto reconocida jurisdiccionalmente la figura del estado de necesidad.

cabe comenzar aludiendo a la figura de las cláusulas generales, en virtud de las cuales, “ante una emergencia genéricamente descrita, todos los poderes del Estado son susceptibles de quedar concentrados en una magistratura única” (Cruz Villalón, 1984, p. 33).

Se trata de un instituto también conocido como dictadura comisarial o constitucional y que tuvo su más funesta experiencia en el marco de la malograda Constitución de Weimar. Un texto cuyo artículo 48 atribuía al Presidente del Reich la capacidad para adoptar “las medidas necesarias” cuando la seguridad y el orden público se vieran severamente dañados o en peligro. El principal problema radicó, sin embargo, en la consolidación de una praxis constitucional en virtud de la cual el Presidente del Reich asumía unas potestades legislativas exacerbadas y carentes del pertinente control parlamentario, derivando todo ello en la instauración fáctica de un “procedimiento de Gobierno sin el control del Parlamento” (De Miguel Bárcena y Tajadura Tejada, 2018, p. 257), con las consabidas consecuencias.

Pese a todo, la vigente Constitución francesa de 1958 consagra en su artículo 16 una cláusula general por la que el Presidente de la República podrá adoptar “las medidas exigidas” cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estuvieran amenazados grave o inmediatamente, siempre y cuando además se encontrase interrumpido el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales. No obstante, para evitar errores pretéritos, la doctrina francesa circunscribe la posibilidad de su utilización a las situaciones de “crisis nacional, no a una simple crisis política” (Hauriou, 1971, p. 551), habiéndose articulado alrededor de dicho instrumento una serie de garantías que persiguen ese mismo propósito. Pues bien, a la cabeza de todas ellas cabría mencionar la prohibición de disolución del

Parlamento, así como el efectivo control a cargo del Consejo Constitucional francés, que desempeñaría así el papel de auténtico “defensor de la Constitución”, ello en coherencia con las tesis de Kelsen (1995, p. 75) y en detrimento de los postulados de Schmitt (1983, pp. 213-251), para quien dicha misión debía recaer en el Presidente del Reich en cuanto que poder neutral.

Sea como fuere, ni la sucesión de ataques terroristas sufridos por Francia en los últimos años, ni la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, por mencionar algunas de las amenazas más inmediatas, han dado lugar a la aplicación de este artículo 16, precepto al que solo se ha recurrido en una ocasión, con motivo del golpe de Estado perpetrado en Argelia, en el año 1961.

1.3. La constitucionalización detallada de los estados de emergencia

Una tercera opción ante el hecho jurídico político extraordinario consiste en la previsión constitucional de una serie de situaciones extraordinarias que, de concurrir, abrirían la puerta a la adopción de ciertas medidas taxativamente enumeradas y delimitadas –ya sea estableciendo una gradación según la gravedad de la amenaza o atendiendo a la distinta naturaleza de la misma–, “lo que hace del ordenamiento constitucional un ordenamiento sustancialmente ‘resistente a la situación de excepción’” (Cruz Villalón, 1984, p. 32).

En este sentido, y constituyendo el artículo 116 CE –estados de alarma, excepción y sitio– clara muestra de ello, es la Ley Fundamental de Bonn de 1949 la que representa “el caso límite en abundancia de preceptos y situaciones contempladas” (Goig Martínez, 2009, p. 218). Y ello es así porque regula una serie de supuestos excepcionales de lo más variados, como las situaciones catastróficas u otros accidentes graves –artículo 35–; el estado de tensión, previo al caso de defensa –artí-

culo 80.a–; las emergencias internas por un peligro inminente para la existencia o el orden fundamental liberal y democrático de la Federación o de algún Estado –artículo 91–; o el propio caso de defensa, ante una agresión armada consumada o inminente –artículo 115.a–.

Dicho lo cual, y siendo razones de espacio las que impiden un estudio más detenido sobre la regulación concreta de las situaciones de anormalidad constitucional en los distintos países de la Unión Europea, subráyese al menos la existencia de una tendencia generalizada a que en los Estados miembros se constitucionalicen uno o varios estados de emergencia, excepción hecha de Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia. Estos países, o bien no regulan constitucionalmente dichos estados –salvo lo relativo a la guerra–, o lo hacen en términos demasiado imprecisos⁷, descargando la responsabilidad en el legislador ordinario⁸, cuestión sobre la que nos detenemos a continuación.

1.4. El protagonismo adquirido por el legislador ordinario

Amén de lo ya visto en cuanto a la distinta actitud que los textos constitucionales pueden mantener respecto de las situaciones extraordi-

⁷ Para un análisis general de las provisiones constitucionales existentes en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea para tiempos de emergencia constitucional, así como sobre su activación o no durante la crisis generada por la pandemia por COVID-19, vid. European Parliament, *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States (I-IV)*, <https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/search.html?word=States+of+emergency+in+response+to+the+coronavirus+crisis%3A+Situation+in+certain+Member+States>

⁸ Incluidos los decretos leyes gubernamentales, constituyendo el italiano un caso “sui generis” (Fnaggiani, 2012), ello a la vista del silencio que mantiene su Constitución de 1947 en este ámbito –de nuevo, la excepción la constituye el estado de guerra del artículo 78– y la sola referencia a la posibilidad de que el Gobierno adopte decretos leyes en “casos extraordinarios de necesidad y de urgencia” –artículo 77–.

narias, lo cierto es que, desde hace ya varias décadas, existe una creciente tendencia a que sea el legislador ordinario el que asuma una labor más propia del poder constituyente –o del constituyente constituido, si hablamos de la reforma constitucional– en este ámbito.

En efecto, resulta habitual encontrarse con Estados que, independientemente de haber optado o no por la constitucionalización de situaciones extraordinarias, incorporan igualmente legislación adicional en este sentido, ya sea mediante la fórmula de las leyes de emergencia, de duración temporal, o a través de leyes específicas y de vigencia indeterminada, lo que implica, “en cierto modo, un cambio permanente en el sistema constitucional de derechos y procedimientos” (Ferejohn y Pasquino, 2004, p. 233).

Que esto es así queda perfectamente evidenciado en el ámbito de la Unión Europea, por ejemplo, cuando en Francia, junto a la constitucionalización de la dictadura comisarial –artículo 16– y de los estados de guerra y de sitio –artículos 35 y 36, respectivamente–, opera la Ley n° 55-385 de 3 de abril de 1955, relativa al estado de emergencia. Una norma aplicada tras los atentados terroristas perpetrados el 13 de noviembre de 2015 en París y que se prorrogó en sucesivas ocasiones hasta el año 2017, cuando fue reemplazada por una nueva Ley antiterrorista⁹ cuya aplicación ya no se encuentra sujeta a las condiciones temporales de aquella –pese a que permite también la adopción de medidas especialmente invasivas sobre los derechos fundamentales–¹⁰.

⁹ *Loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.*

¹⁰ Como igualmente ejemplificativa de la situación en Francia es la Ley n° 2020-290 del 23 de marzo de 2020, inspirada en la de 1955 y que fue aprobada en plena crisis sanitaria por COVID-19, dada la necesidad de imponer confinamientos generales de la población.

Y lo cierto es que ese fenómeno de la “desconstitucionalización” de medidas excepcionales en materia de lucha antiterrorista es predicable de la mayoría de Estados de la Unión Europea –España representa una de las pocas excepciones, artículo 55.2 CE a la cabeza– (Tur Ausina, 2007, p. 208). Y es que, a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, y al margen del caso francés, fueron numerosos los sistemas constitucionales de la Unión Europea –entre otros, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Portugal o Reino Unido, aunque ya no forme parte de ella– que recurrieron a legislación ordinaria de cara a regular medidas que, en muchos casos, suponían una intensificación de las restricciones en materia de derechos fundamentales –como la libertad y la seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones telefónicas o a través de Internet, entre otros ejemplos–, superando incluso a la legislación de excepción (Álvarez Conde y González, 2006, pp. 4-10).

Además, y trasladando el fenómeno a la actual amenaza provocada por la pandemia por COVID-19, comprobamos como esa preferencia por los mecanismos extra constitucionales de emergencia no ha hecho más que acentuarse. En concreto, si analizamos el Informe Provisional elaborado por la Comisión de Venecia al respecto –octubre de 2020–, comprobamos que solo Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía habían optado hasta el momento por la declaración de estados de emergencia constitucionalmente previstos. El resto, en cambio, se decantó, o bien por activarlos en aplicación de legislación ordinaria –Alemania, Eslovaquia, Francia, Italia y Letonia–, o bien por no emplear estado de emergencia *de iure* alguno, recurriendo en la mayoría de casos a la legislación sanitaria y, al mismo tiempo, a medidas especiales para afrontar la crisis –Austria,

Bélgica, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Suecia y Reino Unido¹¹.

Descritas brevemente las distintas modalidades de respuesta ante la anormalidad constitucional¹², no resulta sencillo determinar, a nivel práctico, la mayor o menor conveniencia de unos modelos sobre otros, pues de todos ellos cabe predicar una serie de ventajas y de inconvenientes. En efecto, es de esperar que el recurso al estado de necesidad favorezca la agilidad de la respuesta estatal frente a la amenaza concreta, ello si lo comparamos con los requisitos formales a observar en los sistemas jurídicos que hayan optado por regular el fenómeno de la anormalidad constitucional.

Pero claro, el aumento en ese dinamismo será directamente proporcional a la inseguridad jurídica generada ante el hecho extraordinario no reglado, problema frente al que la regulación previa parece ser el modelo que mejor parado sale (Loewenstein, 1986, p. 286). Y lo bueno de este último es que, partiendo de la imposibilidad de prever todos los peligros susceptibles de producirse a lo largo de la vida de un Estado, ante el hecho excepcional no reglado siempre cabrá la apreciación del estado de necesidad ya citado. Negar esta última posibilidad supondría aceptar la indefensión del Estado de derecho cuando incluso las previsiones normativas extraordinarias fueran insuficientes para asegurar la defensa efectiva del orden democrático establecido.

¹¹ CDL-AD (2020)018, Informe Provisional sobre las medidas adoptadas en los Estados miembros de la UE como resultado de la crisis del COVID-19 y su impacto en la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales (8-9 de octubre de 2020), p. 9 y ss.

¹² Y al margen de los problemas teóricos que plantea dar por buena la última opción, es decir, la consistente en la regulación de medidas extraordinarias mediante normativa infraconstitucional. Ello referido, claro está, a los sistemas estatales vinculados a las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional. Al respecto, vid. Aragón Reyes (1986).

2. La subsistencia del derecho en aplicación de normativa de emergencia constitucional: los estándares europeos de actuación

Una vez analizadas las distintas posibilidades regulatorias frente al hecho jurídico-político extraordinario, y siendo la heterogeneidad jurídica la nota predominante a la hora de comprobar la manera en que los Estados constitucionales las incorporan a sus respectivos ordenamientos, dicha disparidad adquiere una importancia secundaria frente a la siguiente consideración. Y es que, a pesar de la entidad de las medidas adoptadas en tiempos de anormalidad constitucional, muchas de las cuales suelen implicar la suspensión de derechos fundamentales, lo cierto es que, si se actúa adecuadamente, la activación de normativa de emergencia nunca podrá ser asociada a la suspensión total del ordenamiento jurídico, en contra de lo afirmado en su día por Schmitt (2004, p. 18)¹³.

En realidad, lo que sucede en esas situaciones es que las reglas jurídicas ordinarias, previstas para situaciones igualmente comunes, pasan a un segundo plano, ello en favor de otras de tipo extraordinario pero no menos constitucionales (De Esteban y González-Trevijano, 2004, p.415), sobre todo si tenemos en cuenta que muchas de ellas suelen estar contempladas en la propia Carta Magna o en legislación ordinaria, sujeta por definición al control de constitucionalidad. Por lo tanto, ante la emergencia constitucional, la respuesta ha de respetar siempre una serie de parámetros jurídicos, los cuales es lógico que puedan tornarse más difusos si de amenazas insuficientemente regladas se trata¹⁴.

¿Y cuáles son esos criterios valorativos? A nivel internacional –sobre el caso español se hablará en el siguiente apartado– cabe destacar la existencia de unas reglas jurídicas orientativas a la hora

¹³ La primera edición de esta obra se publicó en el año 1934.

¹⁴ Sobre esta cuestión ya he tenido ocasión de reflexionar en Fernández de Casadevante Mayordomo (2020, pp. 111-145).

de afrontar lo que la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos denominó como “estados de emergencia”, refiriéndose con tal terminología a aquellos supuestos en los que 1) el peligro es real o inminente; 2) sus efectos involucran a toda la Nación; 3) la vida en comunidad organizada resulta amenazada; 4) la crisis o la amenaza es excepcional, convirtiendo en totalmente insuficientes las medidas susceptibles de ser normalmente impuestas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ello a los efectos de la protección de la seguridad, la salud y el orden público¹⁵.

Pues bien, habiendo sido asumida esa conceptualización por la Comisión de Venecia¹⁶, es de destacar el trabajo que desde hace décadas viene realizando el organismo de cara a establecer los principales parámetros jurídicos de actuación frente a supuestos tan excepcionales. Unos criterios que, habiendo sido igualmente aceptados a nivel de la Unión Europea¹⁷, y siguiendo a Castellà Andreu (2020, p. 12 y ss.), podrían sintetizarse de la siguiente manera¹⁸.

Respecto al primero de ellos, consiste en el respeto a los principios de legalidad o de Estado de derecho, vinculados por definición al

¹⁵ CDL-PI(2020)003, Compilación de la Comisión de Venecia, Opiniones e informes sobre los estados de emergencia (Estrasburgo, 16 de abril de 2020), página 7.

¹⁶ Para evitar introducir más ruido en el sistema, cuando aquí se hable de “estados de emergencia” en general, se hará con arreglo a la terminología empleada por la propia Comisión.

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales (20020/2790(RSP)).

¹⁸ Téngase en cuenta que pueden producirse solapamientos entre los mismos, dada la pluralidad de documentos publicados, su distinta autoría y la variedad de situaciones en el marco de las cuales se elaboran esos parámetros. En cualquier caso, aquí se toma como referencia el Informe CDL-PI(2020)005rev, Respeto por la democracia, derechos humanos y el Estado de derecho durante los estados de emergencia – Reflexiones (Estrasburgo, 26 de mayo de 2020), párrafos 6 a 16–.

de seguridad jurídica, todo lo cual implica, por ejemplo, la conveniencia, no solo de que las normas propias de los estados de emergencia existan con carácter previo a la declaración de los mismos, sino de que sean todo lo claras y detalladas que sea posible. Es preferible huir, por lo tanto, de los clausulados abiertos¹⁹, como igualmente explicitados han de estar los términos en los que, llegado el caso, el Parlamento puede delegar poderes extraordinarios en el Ejecutivo según lo previsto en la normativa de emergencia²⁰. Y eso que, por grandes que sean los esfuerzos por regular la excepción, esta es imprevisible por naturaleza, lo cual lleva a que, en ocasiones, las medidas impuestas por las autoridades no se encuentren previa y expresamente positivadas –el ejemplo más claro lo constituye la pandemia por COVID-19–. Pero claro, ello no obsta para que ese salto al vacío de la desregulación deba llevarse a cabo a través de las vías más garantistas disponibles en el ordenamiento jurídico en cuestión.

Como segundo parámetro internacional de actuación nos encontramos con el principio de necesidad, en virtud del cual, durante el estado de emergencia –declarado o no²¹–, únicamente pueden producirse las restricciones de derechos fundamentales y las alteraciones en la separación de poderes imprescindibles para ayudar a superar la situación extraordinaria. Asimismo, el objetivo de esas limitaciones y cambios en el ejercicio de poder debe circunscribirse exclusivamente

¹⁹ Caso del artículo 16 de la Constitución francesa, cuando alude a “las medidas exigidas por tales circunstancias”.

²⁰ CDL-AD(2020)018, Informe Provisional sobre las medidas adoptadas en los Estados miembros de la UE como resultado de la crisis del COVID-19 y su impacto en la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales (Estrasburgo, 8-9 de octubre de 2020), párrafo 58.

²¹ Aunque como se señala en CDL-AD(2020)018, párrafo 29, es preferible que así sea.

a la conjura de la amenaza surgida²². Estamos ante un principio, el de necesidad, asentado en el derecho internacional –también en el interno– y respecto de cuya observación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, TEDH– concede a los Estados un gran margen de apreciación, lo cual no significa discrecionalidad absoluta²³.

En tercer lugar está el principio de proporcionalidad *stricto sensu*. Ello implica que las modificaciones introducidas como consecuencia de la situación extraordinaria deberán ser proporcionales, en su alcance y extensión, a la naturaleza y gravedad de la amenaza a superar. En coherencia con ello, serán contrarias a Derecho, por ejemplo, aquellas alteraciones en la distribución del poder que, aun pudiendo ser adecuadas o útiles de cara a solventar el peligro, supongan un cambio permanente o de larga duración en el modo en que se distribuye el ejercicio de los poderes del Estado²⁴. Y, como en el caso de la necesidad, con el que se encuentra estrechamente conectado, se trata de un principio consolidado a nivel europeo y nacional. En este sentido, y partiendo nuevamente del margen de apreciación concedido a las autoridades estatales, el TEDH ha rechazado que la lucha contra el terrorismo justifique la adopción de cualesquiera medidas, por ejemplo, constatando una desproporción en algunas de las decisiones impuestas por las autoridades del Reino Unido tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, “en la medida en que discriminaban injustificadamente entre los nacionales y los no nacionales”²⁵.

²² CDL-AD(2020)018, párrafo 23.

²³ STEDH, de 18 de enero de 1978, *Asunto Irlanda c. Reino Unido*, párrafo 207.

²⁴ CDL-PI(2020)003, página 5, en la que se explicita la conexión de la proporcionalidad con el principio de temporalidad.

²⁵ STEDH, de 19 de febrero de 2009, *Asunto A. y otros c. Reino Unido*, Gran Sala, párrafo 190.

En adición a todo lo anterior, y de forma ya más resumida, un cuarto criterio de valoración es el del carácter expreso de la proclamación del estado de emergencia, debiéndose evitar el estado de emergencia *de facto*. Tanto es así que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, condicionan la suspensión de las obligaciones contraídas por los Estados Partes a la notificación de tal extremo y a la indicación de los motivos concretos, procedimiento que, dicho sea de paso, apenas ha sido secundado a nivel de la Unión Europea con motivo de la crisis sanitaria por COVID-19²⁶.

En quinto lugar cabe citar el principio de excepcionalidad, útil por la citada dificultad de predecir y describir con total exactitud una situación de emergencia concreta, lo cual hace inevitable un cierto grado de vaguedad en la previsión normativa de la misma. Eso sí, para evitar interpretaciones torticeras, sería deseable que los supuestos habilitantes de la aplicación de medidas excepcionales se describieran de tal forma que su aplicación solo fuera posible en caso de peligro real para la vida de la nación²⁷. Además, la excepcionalidad debería implicar la imposibilidad de proceder a la reforma de la Constitución en vigencia de los estados de emergencia²⁸.

²⁶ CDL-PI(2020)003, página 5. Hasta la fecha, solo tres Estados miembros de la Unión Europea –Estonia, Letonia y Rumanía– han invocado la cláusula derogatoria del artículo 15 CEDH.

²⁷ CDL-AD(2016)006, Opinión sobre el Proyecto de Ley Constitucional sobre la “Protección de la Nación” de Francia (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), párrafo 28. En CDL-PI(2020)003, página 8.

²⁸ CDL-AD(2017)005, Turquía - Dictamen sobre las enmiendas a la Constitución aprobadas por la Gran Asamblea Nacional el 21 de enero de 2017 y que se someterán a referéndum nacional el 16 de abril de 2017 (Venecia, 10 y 11 de marzo de 2017), párrafos 27 y ss. En CDL-PI(2020)003, página 27.

A modo de sexto parámetro, la Comisión de Venecia se refiere a la necesidad de establecer una diferenciación entre los distintos –en su caso– estados de emergencia normativizados, de manera que no toda amenaza sea tratada de la misma manera. El objetivo básico, evitar una confusión entre los diferentes regímenes de emergencia, lo cual podría ser aprovechado por la autoridad estatal competente para asumir cotas de poder aún mayores, prescindiendo de las necesarias garantías para ello²⁹.

En séptimo lugar, el estado de emergencia declarado ha de respetar el principio de temporalidad –estrechamente vinculado a los principios de necesidad y proporcionalidad³⁰–, lo cual significa, por ejemplo, que toda alteración en la distribución de poderes deberá finalizar, como tarde, una vez haya concluido aquel. Ahora bien, ello no obsta para que, una vez decaído el estado de emergencia, las circunstancias aún anormales puedan requerir la aplicación de normativa especial, si bien resultará imperativo que en tales casos rijan los principios de “controles y equilibrios” –o *check and balances*– entre poderes y de derechos adquiridos. De igual modo, las medidas de emergencia deberán cesar en el momento en el que dejen de ser necesarias y proporcionales³¹.

En adición a todo lo anterior, y a modo de octavo principio, la Comisión de Venecia alude al deber de llevar a cabo un efectivo control parlamentario y jurisdiccional, tanto en relación con la declaración y posible prolongación del estado de emergencia, como con la activación y aplicación de los poderes de emergencia a él asociados³². Respecto a la fiscalización parlamentaria, la experiencia

²⁹ CDL-AD(2017)005, párrafo 73. En CDL-PI(2020)003, página 8.

³⁰ CDL-AD(2020)018, párrafo 95.

³¹ CDL-AD(2020)018, párrafos 25 a 27.

³² CDL-PI(2020)005rev, párrafo 14.

demuestra que puede ser *ex ante* –por ejemplo, mediante la necesidad de autorización y/o prórroga del estado de emergencia– y *ex post* –por ejemplo, mediante una comisión de investigación una vez decaídas las medidas especiales–. Y en lo tocante al control jurisdiccional, cabe señalar un tanto de lo mismo: en ocasiones, incluso, se convierte en requisito imprescindible para la implantación de medidas extraordinarias, quedando igualmente abierta la puerta a posteriores fiscalizaciones, ya sea a cargo de la jurisdicción ordinaria y constitucional –se prefiere esta a la anterior–, o a nivel internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos al frente. Además, la Comisión de Venecia insiste en la necesidad de garantía de la independencia de los tribunales y el mantenimiento de su funcionamiento incluso en situaciones de emergencia, ello a excepción de los casos de absoluta necesidad o de imposibilidad material³³.

Como noveno criterio aplicable a los estados de emergencia se encuentra el de la predictibilidad de la legislación de emergencia, lo cual conlleva que dicha normativa deba ser preferentemente establecida en la Constitución y posteriormente detallada en una ley separada. Debiendo revestir preferiblemente una naturaleza orgánica o constitucional, la ley deberá haber sido previamente aprobada en el Parlamento, antelación que también se exige, siempre que ello sea posible, respecto de los decretos de emergencia y otras medidas de urgencia³⁴.

Finalmente, y a modo de décimo parámetro, hay que citar el de la cooperación leal entre las instituciones estatales, algo básico si se desea una gestión de la crisis eficaz y coordinada³⁵. Esto

³³ CDL-PI(2020)005rev, párrafo 89.

³⁴ CDL-PI(2020)005rev, párrafo 15.

³⁵ CDL-PI(2020)005rev, párrafo 16.

se traduce, por ejemplo, en la necesidad de una actitud responsable por parte de las instituciones del Estado implicadas, ello a los efectos de lograr el mayor consenso político, tanto a los efectos de la activación del estado de emergencia, como de cara a su posterior control parlamentario. En este sentido, Gobierno y oposición deberían aparcar todo interés partidista que obstaculice la adopción de soluciones adecuadas a las circunstancias extraordinarias surgidas.

3. El fenómeno de la emergencia constitucional en España

Si uno de los efectos típicos de la aplicación de normativa de emergencia constitucional es la suspensión de derechos fundamentales y la consiguiente concentración de poderes ejecutivos, el artículo 55 CE constituye el punto de partida a la hora de analizar la relación de supuestos y garantías bajo los cuales ello es posible en el ordenamiento jurídico español.

Así, y respecto al artículo 55.1 CE, reserva a los estados de excepción y de sitio del artículo 116 CE la facultad para suspender ciertos derechos fundamentales³⁶, no así al estado de alarma, al que le queda vedada tal posibilidad. Pues bien, desarrollados en virtud de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio –LOEAES–, nos encontramos ante tres institutos

³⁶ Son los derechos a la libertad personal –artículo 17 CE–, a la inviolabilidad del domicilio –artículo 18.2 CE–, al secreto de las comunicaciones –artículo 18.3 CE–, a la libertad de circulación –artículo 19 CE–, a la libertad de expresión y al derecho a la información –artículos 20.1 a) y d) y 20.5 CE–, el derecho de reunión –artículo 21 CE–, y los derechos de huelga y a plantear conflicto colectivo en el ámbito laboral –artículos 28.2 y 37.2 CE–. Ahora bien, en el estado de excepción no cabrá suspensión alguna en relación con los derechos del detenido, recogidos en el artículo 17.3 CE.

jurídicos previstos para otras tres situaciones igualmente distintas (Fernández Segado, 1981, p. 95) y que, a grandes rasgos, podrían resumirse en las siguientes: el estado de alarma –artículo 116.2 CE–, para calamidades naturales, sanitarias y tecnológicas de gran magnitud –artículo 4 LOEAE–; el estado de excepción –artículo 116.3 CE–, para graves alteraciones del orden público, tales como el libre ejercicio de los derechos fundamentales, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales para la comunidad –artículo 13.1 LOEAE–; y el estado de sitio –artículo 116.4 CE–, en relación con actos de insurrección o ataque contra la soberanía, independencia, integridad territorial o el orden constitucional de España –artículo 32 LOEAE–.

En todos los casos, la activación de esos institutos de emergencia procederá únicamente cuando circunstancias extraordinarias hicieran imposible el mantenimiento de la normalidad a través de los poderes ordinarios, siendo además imperativo, por ejemplo, que las medidas adoptadas se ciñan a las estrictamente imprescindibles para asegurar el retorno a la normalidad y que se apliquen de manera proporcionada a las circunstancias –artículo 1 LOEAE–.

Estas reglas, en completa consonancia con los parámetros vistos a nivel internacional, se completan con otras que siguen esa misma línea, como la prohibición de disolución del Congreso en vigencia de los estados excepcionales y la no interrupción del funcionamiento de las Cámaras –artículo 116.5 CE–; la no modificación del principio de responsabilidad del Gobierno durante ese tiempo –artículo 116.6 CE–; el control parlamentario establecido frente a la concentración extraordinaria de poderes ejecutivos –artículos 116.2, 116.3 y 116.4 CE–; o la prohibición de iniciar una reforma constitucional en vigencia de alguno de los tres estados descritos –artículo 169 CE–.

Asimismo, y aprovechando para volver a subrayar el papel codecisorio que desempeña el Parlamento, revisten valor o rango de ley y, por tanto, solo pueden fiscalizarse a través del control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley –artículos 161 y 163 CE, y 27.2 b) LOTC–: 1) Los actos del Congreso de los Diputados consistentes en: a) la autorización para que el Gobierno pueda proceder, no solo a la prórroga del estado de alarma sino a la declaración y prórroga del estado de excepción; b) la declaración y prórroga del estado de sitio por la propia Cámara Baja, a propuesta del Ejecutivo. 2) Los decretos gubernamentales de declaración y prórroga de los estados de alarma y de excepción. Todo ello, sin perjuicio de que los actos y disposiciones que se lleven a cabo en aplicación de los reales decretos gubernamentales puedan recurrirse ante la jurisdicción ordinaria competente y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, plantear cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando entiendan que puedan ser contrarios a la Constitución³⁷.

Fijándonos ahora en el artículo 55.2 CE, constituye una *rara avis* en el derecho constitucional comparado, al consagrar la suspensión individual de ciertos derechos fundamentales en el marco de la lucha antiterrorista³⁸ cuando, como se ha visto³⁹, lo habitual en Derecho comparado es hacerlo mediante legislación ordinaria. Además, y si en el caso de los estados de excepción y de sitio, ese

³⁷ STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 11 –asumida del ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 3–.

³⁸ En concreto, en relación con la duración máxima de setenta y dos horas para la detención preventiva –artículo 17.2 CE–, la inviolabilidad del domicilio –artículo 18.2 CE– y el secreto de las comunicaciones –artículo 18.3 CE–.

³⁹ Vid. apartado 1.4.

tipo de invasión puede ser llevado a cabo sin autorización judicial, aquel precepto es tajante cuando alude expresamente a “la necesaria intervención judicial”.

Ello ha dado lugar a una normativa de desarrollo que, canalizada a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrím–, provoca que la detención preventiva más allá de las setenta y dos horas dependa del permiso judicial previo –artículo 520 bis LECrím–, mientras que, en el caso de la suspensión de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, esa autorización deberá tener lugar, como tarde, en el momento inmediatamente posterior a la injerencia producida –artículos 553 y 579 LECrím, respectivamente–. En cambio, sobre el “adecuado control parlamentario” al que alude el propio artículo 55.2 CE –y al margen pues de las responsabilidades penales que pueden derivarse del uso abusivo o injustificado del instrumento–, nada dice la LECrím. Así las cosas, y si hasta 1988 la información estadística proporcionada por el Gobierno a las comisiones parlamentarias era del todo ineficaz (Vírgala Foruria, 1994, p. 123), la situación actual no es mejor pues la única vía de fiscalización disponible es la del control ordinario de las Cámaras.

Por lo demás, y de conformidad con los estándares internacionales antes descritos, el Tribunal Constitucional español es claro al exigir que las medidas contempladas en el artículo 55.2 CE, incluida su legislación de desarrollo, sean utilizadas solo cuando las circunstancias así lo hagan necesario y siempre que se lleve a cabo una adecuada ponderación de los intereses jurídicos en conflicto⁴⁰.

Descrita someramente la regulación aplicable a la suspensión en materia de derechos fundamentales consagrada en los artículos

⁴⁰ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FFJJ 7, 8, 9 y 10.

55.1 y 55.2 CE, resta por analizar una cuestión básica de cara a comprender la magnitud de las implicaciones que para el ordenamiento constitucional español tienen medidas de semejante calado. Y es que, cuando el artículo 53.1 CE regula la posibilidad de establecer límites a los derechos fundamentales, lo hace exigiendo el respeto a su contenido esencial “en todo caso”. Eso significa que las autoridades podrán, llegado el momento, establecer limitaciones sobre los derechos fundamentales de las personas, algo habitual en el marco de una convivencia en sociedad. Pero claro, esas restricciones nunca podrán ser de tal entidad que supongan la afectación al contenido esencial del derecho, barrera infranqueable para el legislador ordinario, tal y como se acaba de ver.

¿Y si la emergencia fuera de tal entidad que incluso la afectación de ese contenido esencial fuera una medida justificada⁴¹? En ese caso, la restricción adoptará la forma, no de limitación ordinaria, sino de suspensión (Cruz Villalón, 1984, p. 22), medida excepcional condicionada, como ya se ha visto al analizar el artículo 55 CE, al respeto de unos controles adicionales. Y respecto al momento en el que debe considerarse que el contenido esencial se ve afectado, el Tribunal Constitucional ha señalado que ello ocurre, bien cuando la norma reguladora del ejercicio del derecho lo convierta en irreconocible, o bien cuando se le someta a semejantes restricciones que su ejercicio sea imposible o más difícil de lo razonable, o se le despoje de la necesaria protección⁴². Para hablar de un supuesto de suspensión no es necesario esperar, por lo

⁴¹ Por aplicación del principio de proporcionalidad, entendido en sus tres dimensiones: como juicio de idoneidad, como juicio de necesidad y como juicio de proporcionalidad en sentido estricto –STC 89/2019, de 2 de julio, FJ 11–.

⁴² STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

tanto, a la total desaparición del derecho afectado (Díaz Revorio, 2021, p. 25).

Para concluir, y en estrecha conexión con lo anterior, cabe aludir muy brevemente al debate suscitado en España con motivo de la pandemia por COVID-19⁴³, principalmente a raíz de las extraordinarias injerencias practicadas sobre los derechos fundamentales (Vera Santos, 2020, p. 477) en aplicación de un instrumento, el estado de alarma⁴⁴, al que, como se ha visto, le queda vedada la posibilidad de suspender derechos fundamentales –artículo 55.1 *contrario sensu*–.

Partiendo de la medida más restrictiva de todas, el inicial confinamiento casi total de la población *ex* artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020⁴⁵, y trayendo nuevamente a colación la definición que del contenido esencial ha hecho el Tribunal Constitucional, resulta razo-

⁴³ Sobre la única otra crisis que motivó la declaración del estado de alarma –la crisis de los controladores aéreos, en el año 2010–, vid. Vidal y Delgado Ramos (2011).

⁴⁴ Tres han sido los estados de alarma declarados hasta la fecha con motivo de la pandemia por COVID-19: 1) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; 2) Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre –limitado a la Comunidad de Madrid–; y 3) Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

⁴⁵ Artículo 7.1 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: “Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza”.

nable afirmar que la libertad de circulación –artículo 19 CE–, tal y como quedó regulada, devino irreconocible, impracticable o que, como poco, se dificultó su ejercicio más allá de lo que es razonable para considerar intacto el núcleo y médula de tal derecho. En definitiva, se produjo una auténtica suspensión en materia de derechos fundamentales, lo que ha generado importantes dudas acerca de si fue adecuada la declaración del estado de alarma o, por el contrario, debería haberse optado por el estado de excepción, al que le asisten mayores garantías.

Para quienes defienden la primera opción (por ejemplo, Cruz Villalón, 2020), el Gobierno obró adecuadamente dada la existencia de una crisis sanitaria –artículo 4 LOEAES– frente a la que, a la vista está, no existía regulación suficiente y a pesar de que el estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales –artículo 55.1 CE–. En cambio, para otro sector (entre otros, Aragón Reyes, 2020a), lo adecuado habría sido recurrir a un estado de excepción que, previsto para crisis de orden público como, por ejemplo, la alteración de los servicios públicos esenciales para la comunidad –artículo 13.1 LOEAES–⁴⁶, sí contempla la suspensión de derechos fundamentales previa autorización del Congreso de los Diputados –artículo 116.3 CE–.

Pues bien, en coherencia con lo ya visto respecto de las garantías que, tanto a nivel interno como internacional, se imponen en tiem-

⁴⁶ En el caso que nos ocupa, los hospitales públicos, saturados durante lo peor de la pandemia. Y, es que, como recuerda Aragón Reyes (2020b), “el significado jurídico del término ‘orden público’ no se identifica solo con el orden público político o institucional, sino que engloba también el orden público social y económico”. Dos elementos presentes, por cierto, en el preámbulo del Real Decreto 463/2020 dictado por el Gobierno.

pos de emergencia constitucional⁴⁷, resulta razonable defender el estado de excepción como la opción más ajustada –o menos desajustada, según se quiera ver⁴⁸– a las circunstancias concurrentes, ello desde el momento en el que se hizo necesaria la imposición de suspensiones

⁴⁷ Desde un punto de vista interno, las garantías están claramente identificadas en los artículos 55.1 y 116 CE. Y si nos fijamos en los criterios de valoración aportados por la Comisión de Venecia –y dejando a un lado la cuestión sobre la necesidad y proporcionalidad o no de un confinamiento inicial tan intenso como prácticamente inédito en la Unión Europea–, frente al estado de alarma, el estado de excepción habría sido más coherente, sobre todo, con: 1) el principio de legalidad o de Estado de derecho pues, ante la insuficiencia regulatoria existente frente a la crisis, las previsiones propias del estado de excepción se acercaban más a las medidas finalmente impuestas, ello en beneficio de la seguridad jurídica y de las garantías democráticas establecidas ante la emergencia constitucional; 2) el principio de efectivo control parlamentario, toda vez que la imposición de suspensiones de derechos habría tenido lugar previa autorización parlamentaria, cosa que no sucedió durante los quince primeros días del estado de alarma. Como tampoco permite un adecuado control parlamentario la exorbitada prórroga de seis meses acordada en el tercero de los estados de alarma declarados en el año 2020.

Por lo demás, no debería caerse en el error de invocar el sexto de los parámetros apuntados –la necesidad de diferenciar entre los distintos estados de emergencia– de cara a una defensa del estado de alarma. De hecho, aferrarse a este instrumento podría suponer precisamente la conculcación del propio parámetro. La transformación de la situación inicial en un evidente problema de orden público, unido a la necesidad de imponer suspensiones de derechos fundamentales, obligaba a declarar el estado de excepción, reforzándose con ello el control parlamentario sobre el Gobierno.

⁴⁸ Porque ni siquiera el estado de excepción contempla, por ejemplo, los confinamientos iniciales impuestos –el artículo 20 LOEAES habla de “prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine”–. Como tampoco el cierre de establecimientos hosteleros una vez decaído ese confinamiento inicial, o el aplazamiento de unas elecciones ya convocadas. Pero es que, a la hora de decidir sobre la conformidad a derecho de este tipo de medidas no reguladas previamente, existe una gran diferencia entre el hecho de su adopción unilateral por el Gobierno durante los primeros quince días, de un lado, o la existencia de un permiso previo por parte del Congreso de los Diputados, de otro, que es justo lo que los artículos 55.1 y 116 CE exigen para las suspensiones en materia de derechos fundamentales. La búsqueda de las mayores garantías posibles ante la anomalía constitucional representa, en definitiva, uno de los pilares del derecho de emergencia constitucional, también en nuestro país.

en materia de derechos fundamentales. Y, es que, con el estado de excepción, esas medidas habrían tenido lugar previo permiso del Congreso de los Diputados –los primeros quince días del estado de alarma no requieren autorización parlamentaria–, respetándose con ello la voluntad expresada por el poder constituyente en los artículos 55.1 y 116 CE. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional mediante una decisión –Sentencia 148/2021, de 14 de julio– que, pese a lo mejorable de su argumentación⁴⁹, reviste una indudable importancia a futuro. Y ello porque asienta la idea de que, ante la emergencia insuficientemente reglada, el Gobierno debe sujetarse estrictamente a los contrapesos básicos constitucionalizados. Unos controles que, por cierto y según el máximo intérprete de la Constitución, volvieron a fallar, primero, tras la interrupción en el funcionamiento del Congreso de los Diputados, decidida por la propia Mesa en Acuerdo de 19 de marzo de 2020 –STC 168/2021, de 5 de octubre– y, segundo, con motivo de la prórroga única de seis meses acordada sobre el tercer estado de alarma, vía Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre –Sentencia de 27 de octubre de 2021⁵⁰–.

⁴⁹ Especialmente porque, en lugar de aplicar la técnica del deber de respeto absoluto al “contenido esencial” del derecho –artículo 53.1 CE–, recurre al criterio de “la suspensión de la vigencia de un concreto derecho fundamental”, entendido como “cesación” o situación en la que la facultad de ejercitar el derecho “deja pues de existir” –STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 5–. La cuestión es que, para hablar de una suspensión de derechos, no hace falta la total desaparición de los mismos –de hecho, resulta difícil pensar en una situación en la que esté justificada su completa eliminación–, como ya se ha dicho. E igual mención merece el cambio de criterio adoptado en la misma sentencia cuando, al analizar otras injerencias sobre los derechos fundamentales producidas vía RD 463/2020, se opta por redirigir esas actuaciones a lo previsto en la LOEAES para el estado de alarma –también se alude a legislación en materia de protección civil– y por aplicar, a continuación, el principio de proporcionalidad –STC 148/2021, de 14 de julio, FFJJ, 8, 9 y 10–.

⁵⁰ Al redactarse estas líneas, la Sentencia del Tribunal Constitucional no tenía aún número asignado.

Conclusiones

La aparición de ciertas situaciones de emergencia constitucional puede llevar a que, junto al derecho constitucional *normal*, se haga necesaria la aplicación temporal de ciertas medidas excepcionales, ello si lo que se quiere es la pronta restauración del orden constitucional. Cuál es la mejor aproximación jurídica ante esos supuestos de anormalidad constitucional es algo en lo que, sin embargo, los ordenamientos constitucionales no acaban de coincidir. En cualquier caso, y frente al derecho de necesidad típicamente anglosajón, en la Unión Europea se ha acabado por generalizar la opción de la regulación previa y detallada de determinadas situaciones de emergencia, lo cual va en beneficio de la seguridad jurídica.

Aunque el derecho de emergencia constitucional supone aceptar que las reglas jurídicas ordinarias puedan dar paso a otras de tipo extraordinario, debe descartarse que ello suponga la derogación temporal del ordenamiento. Y es que, incluso en los supuestos de anormalidad constitucional más inverosímiles, existen ciertos criterios jurídicos generales a observar, reafirmandose con ello la legitimidad del sistema democrático objeto de defensa. En este sentido, la Comisión de Venecia defiende el respeto de unos parámetros jurídicos que, asumidos en el ámbito de la Unión Europea, pueden sintetizarse en los principios de: legalidad o de Estado de derecho; necesidad; proporcionalidad en sentido estricto; proclamación expresa del estado de emergencia; excepcionalidad; diferenciación entre los distintos estados de emergencia; temporalidad; efectivo control parlamentario y judicial de la normativa de emergencia; predictibilidad de la legislación de emergencia; y cooperación leal entre las instituciones estatales.

Siendo la suspensión de derechos fundamentales una de las consecuencias principales de la aplicación de normativa de emer-

gencia constitucional, la Constitución española circunscribe dicha facultad a los estados de excepción y de sitio –artículos 55.1 y 116.3 y 116.4 CE–, así como a las investigaciones en materia de lucha antiterrorista –artículo 55.2 CE–. En ambos casos, la actuación estatal ha de producirse con arreglo a una serie de directrices que, siendo coherentes con los estándares internacionales indicados, pretenden el establecimiento de unas garantías adicionales a la vista de la intensidad de las restricciones susceptibles de ser impuestas. Y es que, a diferencia de las simples limitaciones, que nunca podrán afectar al contenido esencial del derecho –artículo 53.1 CE–, la figura de la suspensión supone precisamente la afectación al núcleo y médula del derecho invadido, algo que sucede cuando este deviene irreconocible o se le somete a semejantes restricciones que dificultan su ejercicio más difícil de lo razonable, despojándolo de la necesaria protección –STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8–.

Precisamente, el asunto más trascendental planteado en España por la aplicación del derecho de emergencia constitucional se refiere a esa cuestión. En concreto, y respecto a la pandemia por COVID-19, el Tribunal Constitucional ha declarado la parcial inconstitucionalidad del primer estado de alarma, entre otras cosas, por suspender la libertad de circulación –artículo 19 CE– bajo una figura que, como señala el artículo 55.1 CE, no tiene capacidad para ello –STC 148/2021, de 14 de julio–. Como igualmente relevantes son, pues constatan nuevos fallos en el control parlamentario al Gobierno de crisis: primero, la STC 168/2021, de 5 de octubre, con motivo de la interrupción en el funcionamiento del Congreso de los Diputados, acordada por la propia Mesa. Y segundo, la Sentencia de 27 de octubre de 2021, relativa a la prórroga única de seis meses sobre el tercer estado de alarma.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GONZÁLEZ, Hortensia (2006): “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n.º 7/2006, pp. 1-10.
- ARAGÓN REYES, Manuel (1986): “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 50, pp. 9-30.
- (2020a): “Hay que tomarse la Constitución en serio”, *El País*, 13 de abril.
- (2020b): “Dos precisiones”, *El País*, 18 de abril.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria (2020): “La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del Estado de derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la COVID-19”, en BIGLINO CAMPOS, P.; DURÁN ALBA, F. (dirs.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 1-29.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid.
- (2020): “La Constitución bajo el estado de alarma”, *El País*, 17 de abril.
- DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (2004): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, 2ª edición, Universidad Complutense de Madrid.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu y TAJADURA TEJADA, Javier (2018): *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Salamanca.

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2020): “Desactivando conceptos constitucionales. La suspensión de derechos y los estados excepcionales”, en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 1-42.
- FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2004): “The law of exception: A typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, issue 2, April 2004, pp. 210-239.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo (2020): “El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía”, *Revista de Derecho Político*, n.º 107, 2020, pp. 111-145.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1981): “La Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político*, n.º 11, Otoño, pp. 83-116.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos (2021): *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (2009): “La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales (II). Un estudio de Derecho Constitucional comparado”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 5, pp. 211-251.
- GROSS, Oren (2006): *Law in time of crisis*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HAURIU, André (1971): *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona.
- ISSACHAROFF, Samuel y PILDES, Richard (2004): “Emergency contexts without emergency powers: The United States’ constitutional approach to rights during wartime”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, issue 2, pp. 296-333.
- KELSEN, Hans (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid.

- LOEWENSTEIN, Karl (1986): *Teoría de la Constitución*, 2ª edición (4ª reimpresión), Ariel, Barcelona.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis (1998): “Una revisión de la soberanía del Parlamento británico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 54, pp. 171-204.
- SCHMITT, Carl (1983): *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid.
(2004): *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, Duncker und Humblot, Berlin.
- TUR AUSINA, Rosario (2007): “Legislación antiterrorista: el complejo equilibrio entre libertad y seguridad”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 205-213.
- VERA SANTOS, José Manuel (2020): “Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (dir.), *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Aranzadi, Navarra, pp. 433-486.
- VIDAL PRADO, Carlos y DELGADO RAMOS, David (2011): “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 92, pp. 243-265.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo (1994): “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, n.º 40, enero-abril, pp. 61-132.

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN

Profesora Titular de Derecho Constitucional
de la Universidad Autónoma de Madrid

La defensa del orden constitucional y la unidad nacional

EN EL PRESENTE TRABAJO MOSTRAREMOS DE FORMA SINTÉTICA LOS INSTRUMENTOS con que cuentan distintos ordenamientos de nuestro entorno jurídico para remediar situaciones de incumplimiento por parte de los entes regionales de sus deberes constitucionales que puedan poner en peligro, de un modo u otro, al Estado respectivo.

En concreto, se mostrarán los casos de Portugal, Italia, Alemania, Austria, Suiza y Bélgica, pudiéndose observar con ellos la diversidad de técnicas, así como de órganos implicados en la coerción federal, que encuentran su explicación en las especiales características de cada ordenamiento. Un caso particular al respecto representa, como se verá, Bélgica, donde se ha preferido resolver este tipo de conflictos a través del acuerdo y la negociación entre las partes.

Finalmente, se analizará la previsión contenida en el artículo 155 de nuestra Constitución, análisis que vendrá inevitablemente condicionado por la experiencia reciente y, en relación con esta,

por lo dispuesto en las SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio¹, que han venido a completar lo dispuesto en dicha norma.

1. Introducción

Es habitual que las constituciones de los Estados compuestos prevean mecanismos de lo que ha dado en llamarse ejecución o coerción federal, para aquellas situaciones de incumplimiento constitucional grave por parte de un Estado miembro o región autónoma. Como se ha puesto de manifiesto, dichos mecanismos suponen en todos los casos dotar al Estado central o Federación de instrumentos para combatir el incumplimiento de obligaciones por parte de las entidades descentralizadas, pero no a la inversa (Gómez Orfanel, 2005, pp. 41 y 42), por lo que no constituyen solo un método de solucionar conflictos territoriales de cierta entidad, sino, también, un instrumento al servicio de la unidad del Estado o Federación.

No obstante, los instrumentos de coerción pueden presentar distintos grados de intensidad, de acuerdo con las características propias de cada ordenamiento y el tipo de relación establecida –por motivos jurídicos o políticos– entre la Federación y los respectivos Estados federados o regiones que la conforman. O, incluso, pueden ser sustituidos por mecanismos de acuerdo o colaboración tendentes a garantizar la unidad y estabilidad federativa, como ocurre en Bélgica. Salvo en Italia, Alemania y, recientemente, en España, la doctrina no les ha prestado demasiada atención, pues representan soluciones extremas a situaciones no deseables y que, en general y a diferencia de lo ocurrido muy recientemente en nuestro país o en Italia, no se han planteado en la práctica.

¹ Formalmente, nos referiremos únicamente a la STC 89/2019, pues en la 90/2019, se viene a repetir lo dispuesto en la primera, en lo que aquí interesa.

Dadas las limitadas dimensiones del presente trabajo, no podremos detenernos aquí en realizar ni tan siquiera una breve descripción del contexto constitucional y de la configuración territorial que la Constitución de cada uno de esos ordenamientos lleva a cabo, por lo que nos remitimos, a ese respecto, a lo ya expuesto en Rodríguez-Patrón (2020).

2. Disolución y cese de los órganos de autogobierno de las regiones en Portugal

La singular Constitución portuguesa ha sufrido siete reformas constitucionales entre los años 1982 y 2005. El turno a la organización territorial le llegó en la revisión de 1997, que se implementó en la reforma de 2004 con una ampliación de las competencias autonómicas. No obstante, tampoco en esta ocasión se adoptó una regionalización política integral, reservándose la autonomía política a las Azores y a Madeira y previendo meras regiones administrativas para el continente (Miranda, 2007, p. 190).

En ese contexto de refuerzo de la autonomía territorial y su configuración como autonomía política, la intervención estatal en las regiones se relaja, afectando esa relajación también a la coerción estatal sobre las autonomías. En este sentido, se suprime la referencia existente hasta el año 2004 a la posibilidad de disolución de las Asambleas legislativas regionales por el Presidente de la República “por iniciativa propia o a propuesta del Gobierno” (art. 133.j) en el supuesto de comisión de “actos contrarios a la Constitución” (art. 234.1)², redirigiéndose ahora al procedimiento regulado en el

² Esta condición de la disolución fue en su día criticada por Soares Martínez (1978, p. 254), pues estimaba que también la Administración central realizaba constantemente actuaciones contrarias a la Constitución sin que ello sirviera de fundamento para la suspensión o la disolución de los órganos correspondientes.

art. 172 para la eventual disolución de la Asamblea de la República “con las debidas adaptaciones”. De acuerdo con ello, la disolución sigue correspondiendo al Presidente de la República previa audiencia –a falta de una cámara de representación territorial– del Consejo de Estado (en cuya composición participan los propios Presidentes de los Gobiernos regionales, además del Jefe del Estado –que lo preside–, el Presidente de la Asamblea, el Primer Ministro, el Presidente del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo) y de los partidos con representación en la Asamblea Regional correspondiente (nueva redacción del art. 133.j y del art. 234.1).

Según lo dispuesto en el apartado segundo del art. 234, la disolución de la Asamblea legislativa de la región autónoma supone la dimisión del Gobierno regional, que habrá de limitarse a los actos estrictamente necesarios para asegurar la administración de los asuntos públicos, hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno tras las elecciones, que han de tener lugar en el plazo de 60 días de acuerdo con la legislación vigente en cada momento, so pena de invalidez del decreto de disolución (art. 113.6). Disuelta la Asamblea, los diputados y la Comisión permanente continúan en sus funciones hasta la primera reunión de la nueva cámara después de la elección subsiguiente (art. 234.3).

3. Los poderes sustitutivos del Estado. La disolución de los Consejos Regionales y la remoción de los Presidentes de las Juntas: el caso de Italia

El ordenamiento italiano establece distintos grados de intensidad de la intervención estatal en las regiones, dependiendo del peligro que la actuación de estas implique para los intereses generales del país, para los derechos de los ciudadanos o para la unidad jurídica o económica de la República, pudiendo llegar su Presidente a de-

cretar la disolución del Consejo Regional y la remoción del Presidente de la Junta en los casos más graves.

El art. 117. 5 CI prevé la posibilidad de que las regiones y las provincias autónomas de Trento y Bolzano participen, en las materias de sus competencias, en las decisiones dirigidas a la formación de los actos normativos comunitarios, así como que procedan a la actuación y ejecución de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión Europea, de acuerdo con el procedimiento que se establezca en una ley estatal. Para el caso de que la actuación regional no se considere adecuada, se prevé un “poder sustitutivo” del Estado cuyas modalidades de ejercicio serán reguladas por una ley estatal.

En un sentido más amplio, el párrafo segundo del art. 120 CI prevé otro supuesto de intervención estatal, cuya consagración constitucional tuvo lugar con la aprobación de la Ley constitucional de 18 de octubre de 2001, aunque con anterioridad el Estado ya había reivindicado dicho poder (Fontana, 2018, p. 381). De acuerdo con lo establecido en el citado precepto, el Estado podrá adoptar medidas de ejecución no solo respecto a los órganos de las regiones, sino también de las ciudades metropolitanas, de las provincias y de los municipios en el caso de contravención de normas y tratados internacionales, de la normativa comunitaria o, simplemente, de peligro grave para la salud y la seguridad pública. Asimismo, podrá darse la sustitución cuando lo exija la unidad jurídica o económica y, en particular, la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los Gobiernos locales.

Los límites al Gobierno en su actuación vienen definidos también por la ley, que establecerá el procedimiento para garantizar que los poderes sustitutivos son ejercitados con respeto a los principios de subsidiariedad y colaboración leal. En la actualidad, esa

ley es la n. 131/2003 (*legge “La Loggia”*), “*Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla L.Cost.18 ottobre, 2001, n. 3.*”

La doctrina se ha planteado el alcance de los poderes de sustitución previstos en los arts. 117. 5 y 120.2 CI. A este respecto, si bien parece ampliamente compartida la opinión de que pueden tener tanto carácter reactivo como preventivo (Morana, 2018, p. 351), no resulta tan pacífica la cuestión relativa al tipo de poderes que pueden ejercerse. En cualquier caso, afirma Fontana (2018, p. 382) que el art. 120.2 CI no permite la activación de todos los posibles poderes sustitutivos, sino que se refiere solo a aquellos de naturaleza extraordinaria, necesarios para remediar “emergencias institucionales de particular gravedad” (así, las Sentencias 43/2004 y 69/2004).

Recientemente, el Gobierno ha ejercitado por primera vez en la historia de Italia los poderes sustitutivos que le confiere el art. 120 CI (en concreto, lo hizo a través del *decreto legge Boccia-Bonetti*, aprobado en el Consejo de Ministros del viernes 31 de julio de 2020), lo que ha producido un cierto debate político³. La situación que ha dado lugar a la intervención estatal ha sido la negativa de la región de Puglia a adaptar su normativa electoral a la Ley 20/2016 respecto al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los cargos electivos, pese a las advertencias previas del Presidente del Consejo de Ministros, Giuseppe Conte. Concluido el plazo otorgado por este a la región para que se adecuara a lo dispuesto en la normativa electoral italiana, el Gobierno dictó un decreto-ley el 31 de julio del año 2020⁴ introduciendo en la legislación electoral regional, “a fin de asegurar el pleno ejercicio

³ De las circunstancias del caso y del debate suscitado, se da cuenta en <https://bit.ly/3kPPKsr> y <https://bit.ly/35ZdyUz>.

⁴ El conocido como Decreto-ley Boccia-Bonetti, en alusión a los dos ministros de los que partió la propuesta de intervención.

de los derechos políticos y la unidad jurídica de la República”, la denominada regla de “doble preferencia de género”, de acuerdo con la cual, cada elector puede emitir dos votos de su preferencia, de los cuales uno se reserva a un candidato de sexo distinto al otro⁵. En dicha norma se afirma que el incumplimiento por parte de la normativa regional de principios fundamentales fijados en la ley estatal integra el supuesto de hecho de incumplimiento normativo al que se refiere el art. 120 CI y, en consecuencia, constituye el presupuesto necesario para la asunción de las medidas sustitutivas que en él se contemplan. Para asegurar su eficacia, se nombró comisaria a la Prefecta de Bari, a quien se encargó la adopción de las medidas necesarias para garantizar la igualdad de género en la configuración de las listas electorales de la región, así como la determinación de las disposiciones regionales incompatibles con la legislación nacional.

Cuestión controvertida es el control del poder sustitutivo, tradicionalmente reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque su propia calificación como acto controlable judicialmente ha sido puesta en duda por una buena parte de la doctrina, por considerarse un acto político⁶.

En los casos más graves de violaciones de la ley o de realización de actos contrarios a la Constitución por parte de las regiones, el art. 126 CI prevé que “el Presidente de la República *acordará* por decreto motivado la disolución del Consejo Regional y la remoción del Presidente de la Junta”. La doctrina ha coincidido en afirmar

⁵ Puglia era la única región incumplidora de entre las que habían de celebrar las elecciones el 20 y el 21 de septiembre del 2020, ya que Liguria se había adecuado previamente.

⁶ Sobre las distintas posiciones adoptadas tradicionalmente por la doctrina al respecto pueden ilustrar Gori (2013); Pinelli (2013); Cameli (2005); De Leonardis (2009); y Sofia (2006).

que la contravención grave de la ley o la actuación contraria a la Constitución han de ser reiterados y debe tratarse de una situación para la que el Estado no cuente con medios ordinarios de resolución, como puede ser el recurso de inconstitucionalidad vía art. 127 CI o el conflicto vía art. 134 CI (Barbera y Fusaro, 2016), pues se trata de una disolución de carácter “sancionador”⁷.

Por su parte, en el segundo inciso de ese mismo artículo se prevé que “*podrán*, asimismo, ser acordadas la disolución y la remoción por razones de seguridad nacional”, medida que, de acuerdo con lo subrayado por la doctrina, ha de funcionar como una verdadera “cláusula de cierre” o último recurso (Barbera y Fusaro, 2016).

En ambos casos, el decreto presidencial se dictará previa audiencia a la Comisión Bicameral para las cuestiones regionales, cuyo informe no vinculante podrá servir, no obstante, para evaluar correctamente la gravedad de la situación que se presenta, así como para aportar alternativas o proponer condiciones o modificaciones a la intervención estatal, de acuerdo con lo que establezca una Ley de la República (Sterpa, 2018, pp. 409 y 410).

4. Alemania: *Bundeszwang*

En Alemania, el ordenamiento jurídico constitucional dota a la Federación de instrumentos de distinta intensidad para hacer frente a situaciones de grave incumplimiento por parte de los *Länder* de alguna de sus obligaciones constitucionales o legales que pudieran poner en riesgo la unidad o integridad del Estado⁸.

⁷ La expresión “*scioglimento sanzionario*” es de Mancini (2016), que es acogida también por otros autores.

⁸ Un estudio completo de estos instrumentos se ha realizado muy recientemente en España por Arroyo y Carranza (2020), de los que tomamos gran parte de la información que aquí se traslada.

Así ocurre, en primer lugar, con la “supervisión federal”, regulada en el art. 84 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LFB), en virtud de la cual se faculta al Gobierno Federal para que controle que los *Länder* ejecutan las leyes federales conforme al derecho vigente, pudiendo, a tal fin, enviar comisionados ante sus autoridades superiores con el consentimiento de estas y, en caso de negativa, con la aprobación del *Bundesrat*, también a las autoridades inferiores (apartado 3)⁹.

Por su parte, el art. 91 LFB regula la llamada “intervención federal”, que tiene lugar en supuestos en los que, para hacer frente a un peligro que supone una amenaza para la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, se faculta a los propios *Länder* para reclamar la intervención de las fuerzas policiales de otros *Länder*, así como del personal y las instituciones de otras Administraciones y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras¹⁰.

En lo que se refiere ya propiamente a la llamada “coerción federal” que, como se ha recordado por Arroyo y Carranza (2020, p. 62), engarza claramente con la tradición germana de la *Reichsexekution*, no se ha llegado nunca a activar hasta el día de hoy. De un lado, porque la actuación de los *Länder*, en términos generales, ha sido leal al proyecto federal común y, de otro, porque los conflictos que han surgido se han podido solucionar mediante la negociación política o con la mediación de los órganos jurisdiccionales, muy especialmente del Tribunal Constitucional Federal.

La coerción federal (*Bundeszwang*) se regula en el art. 37 LFB, a cuyo tenor:

⁹ Herzog (1980, p. 114 y ss.).

¹⁰ Stern (1984, §19 III).

- “1. Si un *Land* no cumple las obligaciones federales que le incumben de conformidad con la Ley Fundamental o cualquier otra ley federal, el Gobierno Federal, con el asentimiento del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a dicho *Land* al cumplimiento de tales obligaciones por la vía de la coerción federal.
2. Para el ejercicio de la coerción federal, el Gobierno Federal o su comisionado puede impartir instrucciones a todos los *Länder* y a sus autoridades”.

Lo relevante a efectos de la posible activación de esta herramienta federal es que el incumplimiento –bien por acción, bien por omisión– sea objetivo y real, no un mero peligro¹¹. Además, la coerción tiene un carácter subsidiario, pudiendo acudirse a ella solo cuando no exista un medio menos gravoso para reconducir la situación, incluido el recurso al Tribunal Constitucional Federal. Así, la coerción federal actuaría como una especie de último recurso (*letztes Mittel*).

La iniciativa corresponde al Gobierno Federal, que, en cuanto que órgano colegiado (art. 62 LFB) (Wolff, 2018, p. 410), es el competente para constatar, de manera razonada el incumplimiento por parte de un *Land*. El Gobierno Federal deberá especificar cuáles son, en concreto, las medidas que tiene previsto aplicar.

Tanto la decisión de intervenir, como las medidas propuestas por el Gobierno requerirán de la aprobación del *Bundesrat*, de cuya votación no se excluye al *Land* frente al que se quiere intervenir. En cualquier momento, ese consentimiento puede ser retirado o modificado, debiéndose adaptar el Gobierno a las nuevas condiciones.

¹¹ Erbuth y Schubert (2018, p. 1218) y Gubelt (2012, p. 2186).

En cuanto a cuáles son (o pueden ser) esas medidas coactivas concretas, la ley fundamental se limita a señalar, en el apartado 2 del art. 37, que, “[p]ara el ejercicio de la coerción federal, el Gobierno Federal o su comisionado puede impartir instrucciones a todos los *Länder* y a sus autoridades”. Por ello, el Gobierno Federal goza de un amplio margen de discrecionalidad para su elección, aunque la doctrina ha advertido que debe tratarse de medidas no solo idóneas o adecuadas, sino las estrictamente necesarias, sin constreñir innecesariamente la autonomía de los *Länder* y gestionarse de forma que el beneficio que se obtenga con su aplicación sea superior al perjuicio que se causa con ella¹². Entre esas medidas, se han incluido las instrucciones o directrices jurídicamente vinculantes, de carácter individual o general, únicamente para el *Land* incumplidor, o, si fuera preciso, también para otros *Länder*; medidas de carácter financiero o económico para ejercer presión; la sustitución en las funciones gubernativas o legislativas de aquel, etc.

En ningún caso procedería la disolución del *Land* incumplidor, pues ello queda excluido por la cláusula de intangibilidad federal prevista en el art. 79.3 LFB (Erbguth y Schubert, 2018: p. 1219). No obstante, hay quien defiende que, en circunstancias realmente excepcionales, y atendiendo, en todo caso, a las exigencias del principio de proporcionalidad, se podría proceder al cese del Gobierno del *Land* e, incluso, a la disolución de su Parlamento, convocando acto seguido nuevas elecciones, como medio destinado a posibilitar la formación de una nueva mayoría parlamentaria y de un nuevo Gobierno en el *Land* que se muestre dispuesto a respetar el cumplimiento de las obligaciones federales. El caso español ha evidenciado, no obstante, que una medida de ese tipo puede no ser eficaz para el objetivo propuesto.

¹² Álvarez, 2019, p. 303.

5. Austria. El Senado y su papel en la coerción federal: la disolución extraordinaria de las asambleas legislativas de los *Länder*

En Austria, de acuerdo con lo establecido en el art. 100 B-VG, el *Bundesrat* –que, por lo demás, es una cámara muy debilitada– ha de dar su autorización para que el Presidente Federal pueda proceder a acordar de forma extraordinaria la disolución de un *Land* a iniciativa del Gobierno Federal, pudiendo acordarse una sola vez por el mismo motivo. La Constitución no aclara qué causas pueden dar lugar a tal decisión, por lo que será el Gobierno el que tendrá que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, que habrán de ser, en todo caso, graves.

El acuerdo de la cámara alta, para ser válido, ha de tomarse estando presentes la mitad de sus miembros, debiéndose alcanzar la mayoría de dos tercios, sin que los delegados del *Landtag* respecto del que se discute la disolución puedan participar en la votación (art. 100.1 B-VG).

De concederse la autorización, el Presidente Federal dictará el decreto correspondiente, acompañado por la convocatoria de elecciones en el plazo de tres semanas, convocándose el nuevo *Landtag* dentro de las cuatro semanas siguientes a las elecciones (art. 100.2 B-VG). Ello no impide, como se ha puesto en evidencia en el caso español, que el nuevo Parlamento pudiera actuar de forma semejante al anterior, lo que, unido a la imposibilidad de disolver nuevamente por la misma causa, llevaría a poner en cuestión también en este caso la eficacia real del procedimiento.

6. La inspección federal en Suiza

En el sistema suizo, en sintonía con sus peculiares características, corresponde a la Confederación, de acuerdo con lo dispuesto en el

art. 49.2 CFS, inspeccionar que los cantones cumplen el Derecho federal. La inspección federal no es una competencia, sino un deber y se despliega tanto sobre las facultades delegadas por la Federación a los cantones, como sobre las que se ejercen dentro de ámbito de autonomía propio de estos, incluyendo tanto las competencias legislativas como las ejecutivas (art. 186.4 CE)¹³.

Dicho deber obliga principalmente al Gobierno, o Consejo Federal, que debe velar por la observación y ejecución de las leyes y decisiones de la Asamblea Federal, así como de las Sentencias de las autoridades judiciales federales (art. 182.2 CFS). Por ello, aunque conforme a lo dispuesto en el art. 178.1 CFS solo le corresponde dirigir su propia Administración, en la medida en que las administraciones cantonales aplican el Derecho federal, permanecen también bajo su inspección.

Las facultades que incluye la inspección son de diversa índole. Entre ellas, se encuentran la de dictar directivas aplicables a todos los cantones, la exigencia de informes periódicos y de autorización para determinados actos o la posibilidad de anular los actos cantonales contrarios a la legislación federal.

Cabe igualmente que la Federación suprima los subsidios a un cantón si incumple con sus obligaciones, debiendo siempre haber una relación entre la obligación incumplida y el subsidio que se suprime. Ese incumplimiento puede dar lugar también a la ejecución federal sustitutiva, pero debe acudir a ella como *ultima ratio*. Por último, la Federación puede usar la fuerza militar para obligar a los cantones a cumplir con sus obligaciones, aunque en la práctica nunca ha recurrido a ella.

¹³ Sobre la inspección federal, v. Häfelin y Haller (2008, p. 352 y ss.) y Rodríguez-Patrón (2014, p. 349 y ss.).

7. La resolución de los conflictos entre la Federación y las Comunidades y Regiones en Bélgica

Como se ha puesto de manifiesto frecuentemente, el federalismo belga es particularmente complejo¹⁴. Su claro carácter disgregante, que ha mostrado a lo largo del tiempo una clara preferencia hacia el compromiso como práctica política de resolución de las controversias institucionales, ha llevado a un alto nivel de interdependencia entre los sujetos institucionales como posibilidad de superar el enfrentamiento lingüístico, introduciendo en el debate político nuevas fórmulas de diálogo multilateral (Mastromarino, 2015, p. 78).

Todo ello podría justificar el hecho de que el Estado no cuente con los poderes de coerción existentes en otros países con descentralización política del poder y que exista, en cambio, una tendencia a resolver los conflictos territoriales también por la vía del acuerdo. En este ámbito, se concede excepcionalmente un cierto protagonismo al Senado, al igual que en otros países del entorno ya citados.

La Constitución (en adelante, CB) dedica su artículo 143 a la prevención y solución de los conflictos de intereses entre los distintos niveles gubernamentales. En primer lugar y de forma preventiva, se recuerda a las Comunidades, a las Regiones y a la Comisión Conjunta de Comunidades que deben actuar con lealtad federal, tratando de evitar estos conflictos.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo, corresponde a la Cámara Alta pronunciarse, mediante dictamen motivado, acerca de los conflictos de intereses que puedan surgir entre las asambleas que legislen mediante ley, ley federativa o disposiciones de las previstas en el Artículo 134¹⁵, en las condi-

¹⁴ V., por todos, Cardoen (2011, p. 223).

¹⁵ Se trata de las leyes dictadas en virtud de delegación por parte de una ley federal.

ciones y conforme a las modalidades que determine una ley aprobada por la mayoría prevista en el último párrafo del artículo 4. Esa misma ley organizará el procedimiento tendente a prevenir y a resolver los conflictos de intereses entre el Gobierno Federal, los Gobiernos de la Comunidad y de la Región y el Colegio reunido de la Comisión Conjunta de Comunidades (art. 143.3 CB).

La citada ley en la actualidad es la Ley de 8 de agosto de 1980, sobre reformas institucionales, que diseñó el modo de abordar los conflictos, cuando estos ya se han producido, encomendando su resolución, no al Gobierno federal, sino al Senado o a ambas cámaras mediante una ley, adoptada por la mayoría especial descrita en el artículo 4 CB.

8. El art. 155 de la Constitución española

El art. 155 de la Constitución (en adelante, CE), claramente inspirado en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn, pero con ciertas analogías también con la regulación constitucional italiana en la materia, fue aplicado por primera vez el 27 de octubre de 2017 en el contexto de la crisis secesionista catalana, situación que dio origen a dos sentencias del TC (SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio¹⁶) que han configurado su contenido, incluso algo más allá de su tenor literal, que es el siguiente:

“1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comu-

¹⁶ Un comentario de estas dos resoluciones, puede encontrarse en García Roca, (2019b) y en Requejo Pagés (2020).

nidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que en dicho artículo se contiene “un instrumento para garantizar la validez y eficacia de la Constitución”, cuyo fin “no puede ser otro que restablecer el orden constitucional” [STC 89/2019, FJ 4b, párrafo quinto].

El término “coerción estatal” aplicado al art 155 CE –que sí es utilizado por el TC– ha sido cuestionado por Álvarez (2020, p. 263), para quien dicho artículo no albergaría un ejemplo de poder de coerción, sino que contendría una garantía de cumplimiento por sustitución, al modo italiano, encontrando su fundamento teórico en el principio autonómico plasmado en el art. 2 CE. Con ello, se ha opuesto a los diferentes conceptos utilizados para describir lo jurídicamente prescrito en el art. 155 CE: coerción, ejecución, coacción (Muñoz Machado, 1982, p. 455); intervención (García Roca, 2019a, p. 202); compulsión (Calafell, 2000, p. 101); Derecho autonómico de excepción (Cruz Villalón, 2020, p. 20). No obstante, todos ellos –incluido el propuesto por Álvarez– tienen en común haber identificado en art. 155 CE, en palabras de García Torres, (1984, p. 1250), la plasmación de una “garantía de cumplimiento de determinadas normas constitucionales”.

En cuanto al desarrollo normativo de lo dispuesto en el art. 155 CE, este se limita a lo establecido en el art. 189 del Reglamento

del Senado, que regula la intervención de la Cámara Alta en el proceso de activación de la coerción estatal. Ello dota de una especial importancia a las citadas SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio (que resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad contra el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, mediante el que se aprueban medidas de actuación frente a la Comunidad Autónoma de Cataluña requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 CE), como guía cualificada de actuación en los casos en que concurra alguna de las situaciones encuadrables en el precepto constitucional.

8.1. Los órganos llamados a actuar: el papel del Gobierno y del Senado

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 155 CE, los órganos llamados a actuar en las situaciones que en él se describen son el Gobierno de la Nación y el Senado. Al primero le corresponde constatar que se produce el supuesto de hecho habilitante para la adopción de las medidas “necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones constitucionales o legales o para la protección del interés general, que serán propuestas al Senado”. A este, por su parte, le corresponde aprobar por mayoría absoluta la decisión de actuar por esta vía, así como la adopción de las medidas propuestas por el Gobierno¹⁷.

Con carácter previo, el Gobierno habrá de requerir a la Comunidad Autónoma para que cumpla con sus obligaciones constitucionales o legales o para que deje de atentar contra el interés

¹⁷ Carrillo (2020, pp. 335-337) ha puesto de manifiesto, dado que en realidad el Senado no responde a la condición de Cámara de representación territorial, que su posición constitucional en el instituto de la coerción estatal queda muy subordinada a la lógica de los partidos políticos de ámbito estatal.

general. En la STC 89/2019 [FJ 7 b,) párrafo primero] se ha aclarado que frente al requerimiento gubernamental, solo cabe la aceptación o el rechazo por parte de las autoridades autonómicas, pues no puede considerarse este trámite “como cauce para un ‘diálogo político’ entre Gobiernos”.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero del art. 189 RS, el Gobierno habrá de justificar ante el Senado que ha “realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y [el] incumplimiento por parte de ésta”. En ese mismo artículo se exige la aportación por escrito al Presidente de la Cámara Alta del “contenido y alcance de las medidas propuestas”.

Dicha regulación puede apoyarse sin dificultad en la autonomía reglamentaria del Senado, en tanto que la información exigida es necesaria para el correcto cumplimiento de la función que la Constitución asigna a la Cámara. Pues difícilmente podría la Cámara aprobar las medidas adoptadas por el Gobierno si no cuenta con la información suficiente, acerca de la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante, así como de las medidas a adoptar.

Por su parte, el apartado segundo del art. 189 RS prevé que el escrito del Gobierno y la documentación aneja serán enviados por la Mesa a la Comisión General de las Comunidades Autónomas o, en su caso, a una Comisión creada al efecto con miembros de distintas comisiones. Dicha comisión, de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero, “requerirá, por medio del Presidente del Senado, al Presidente de la Comunidad Autónoma para que en el plazo que se fije remita cuantos antecedentes, datos y alegaciones considere pertinentes y para que designe, si lo estima procedente, la persona que asuma la representación a estos efectos”. El Tribunal Constitucional ha otorgado a esta previsión también un sentido informativo, señalando que “no es tanto dar una nueva ocasión al Presidente autonómico, tras la

contestación al previo requerimiento, para la exposición de sus argumentos, cuanto el de proporcionar a la cámara eventuales nuevas informaciones o posibles argumentos complementarios, sobre los que ya constan en la documentación aportada junto a la propuesta del Gobierno, para que el Senado pueda formar adecuadamente su voluntad y adoptar la decisión que constitucionalmente tiene encomendada. Finalidad que, por lo demás, se cumple con la publicación de los ‘antecedentes, datos y alegaciones’ en el ‘Boletín Oficial de las Cortes Generales’, lo que facilita su puesta a disposición de todos los senadores para que puedan tener conocimiento de las mismas” [STC 89/2019, FJ 9 b)].

En cuanto a la designación de un representante del Presidente de la comunidad autónoma, si este lo estima procedente, lo es a los solos efectos de presentar “cuantos antecedentes, datos y alegaciones considere pertinentes”. Pues “ningún apartado del art. 189 RS prescribe que el representante designado por el Presidente de la comunidad autónoma deba ineludiblemente intervenir para la presentación y defensa de las mencionadas alegaciones ni ante la Comisión ni ante el Pleno de la cámara” [STC 89/2019, FJ 9 b)].

Según lo dispuesto en el apartado 4 del art. 189 RS, tras el análisis de la documentación recibida, la “Comisión formulará propuesta razonada sobre si procede o no la aprobación solicitada por el Gobierno, con los condicionamientos o modificaciones que, en su caso, sean pertinentes en relación con las medidas proyectadas”. Y será ya esta propuesta de la Comisión la que se someterá a votación en el Pleno de la Cámara “siendo necesario para la aprobación de la resolución el voto favorable de la mayoría absoluta de senadores” (art. 189.5 RS).

La posibilidad de que el Senado introduzca en su resolución “condicionamientos o modificaciones” en las medidas propuestas por el Gobierno es muy cuestionable, pues resulta difícil extraerla

del tenor literal del art. 155 CE y, porque como ha señalado Cruz Villalón (2020, p. 21), si bien puede resultar soportable para el Gobierno en el caso de retoques secundarios, como ha sido el caso del Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, “puede ser un problema de ser mayor el alcance de estos”. Sin embargo, dicha posibilidad ha sido avalada por el TC, al establecer que al Senado, en Pleno, le corresponde aprobar por mayoría absoluta “las medidas coercitivas que estime oportunas a partir de la previa propuesta del Gobierno” (STC 89/2019, FJ 5, párrafo primero).

Por ello, ese mismo autor ha hecho notar que la posición del Gobierno ha quedado claramente disminuida frente a la del Senado, pues el Tribunal Constitucional ha otorgado a este un papel predominante, de acuerdo con el cual, sería el responsable de adoptar y configurar la intervención estatal, quedando el Gobierno en la condición de mero ejecutor. A este respecto es muy significativo que se señale que el Gobierno no está ejerciendo facultades propias (las previstas en el art. 97 CE), “sino las que específicamente le otorga el Senado a través del procedimiento previsto en el art. 155” [STC 89/2019, FJ 11, b)]¹⁸.

Con ello, se ha destacado también (Requejo Pagés, 2020, p. 242) que de la configuración realizada por la STC 89/2019 se desprende que la propuesta del Gobierno y la aprobación del Senado configuran un acto complejo imputable al conjunto orgánico integrado por ambos órganos constitucionales.

Pero, sea como sea, lo que sin duda ha dejado claro el Tribunal es que el Gobierno y el Senado son aquí llamados por la Constitución a actuar, no de acuerdo con criterios competenciales, sino como “garantes del ‘ordenamiento integral del Estado’ [...] o de la ‘totalidad de la organización jurídico-política de la Nación espa-

¹⁸ V. Cruz Villalón 2020, p. 23 y ss.

ñola” (STC 89/2019, FJ 4b, párrafo primero), lo que sería una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación [STC 89/2019, FJ 4 a)].

8.2. El supuesto de hecho habilitante: ¿el art. 155 CE como *ultima ratio* frente a crisis constitucionales graves?

El doble supuesto de hecho que puede dar lugar a la aplicación del art. 155 CE por el Gobierno viene definido, como hemos visto, en su apartado primero: “Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España”.

Se dé uno u otro de los supuestos (o ambos al tiempo), el TC ha recordado en la STC 89/2019, FJ 4 que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, debe tratarse de “incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados” (STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 16) o situaciones “de incumplimiento manifiesto y contumaz” o de “incumplimiento flagrante de las obligaciones constitucionalmente impuestas” (STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 8).

Porque, para el Tribunal Constitucional, el art. 155 CE es “[...] un precepto cuya aplicación solo procede en circunstancias especialmente críticas” (STC 89/2019, FJ 4, b), al ser una “medida de último recurso del Estado” para situaciones de grave crisis nacional provocada por una o varias autonomías. Tal entendimiento que –me parece– viene condicionado claramente por la reciente experiencia constitucional española, ignora a mi modo de ver que el adverbio “gravemente” se refiere al segundo supuesto de hecho contemplado en el precepto: el atentado al interés general de España. En cambio, el primer supuesto de hecho exige únicamente un incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de “las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan”.

Con ello no quiero decir que antes de acudir a la coerción o sustitución estatal no deban intentarse otras vías de arreglo, incluso más allá del exigido requerimiento previo al Presidente de la Comunidad Autónoma con carácter previo a la activación del mecanismo coercitivo. A lo que me refiero es a que no cabe descartar la legitimidad constitucional de activar el dispositivo del art. 155 CE en una situación como la recientemente planteada en Italia, donde una región (la Puglia) impidió el “pleno ejercicio de los derechos políticos y la unidad jurídica de la República”, al negarse a implantar la denominada regla de “doble preferencia de género”. Tampoco resultaría extraño al sentido del precepto, por ejemplo, su aplicación en caso de que, siendo competente para ello, una Comunidad Autónoma se negara a la transposición del Derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta la responsabilidad que para el Estado español se derivaría de ello. En este sentido, la STC 89/2019 admite que uno de los desencadenantes de la intervención coercitiva del Estado –aunque no el único– puede ser un incumplimiento “de obligaciones de actuar” [STC 89/2019, FJ 10 a)]. Esta idea se vería reforzada si adoptamos, como propone Álvarez (2020), una visión del 155 como el reconocimiento de un poder de sustitución y no tanto de coerción.

En este sentido apuntaría, también, lo dispuesto en el art. 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, de acuerdo con el cual, en los supuestos de no adoptarse por las Comunidades Autónomas los acuerdos de no disponibilidad o de no acordarse las medidas propuestas por la comisión de expertos, se permite que, al amparo del artículo 155 CE, se adopten medidas para obligar a su cumplimiento forzoso (apartado 1)¹⁹.

¹⁹ En términos parecidos se establece, además, la posibilidad de imponer a las corporaciones locales medidas de cumplimiento forzoso, o disponer en su caso la disolución de la corporación local (apartados 2 y 3).

En cualquier caso, como han puesto de manifiesto Revenga Sánchez y Fernández Alles (2020), ha de afirmarse la conveniencia de utilizar preferentemente métodos preventivos y técnicas de defensa ordinaria de la Constitución previstas en el ordenamiento jurídico antes de acudir al mecanismo previsto en el art. 155 CE. Incluso, algunos autores han considerado necesario que el Gobierno acuda al TC por la vía del conflicto negativo de competencias regulado en el art. 6.1 LOTC²⁰, aunque tal posición no ha sido avalada por el Tribunal, pues en la STC 89/2019 ha afirmado –a mi juicio, con toda la razón– que cabe la aplicación directa del art. 155 CE en el caso de que “se aprecie indubitadamente” que otras vías de control (incluido el judicial) habrían de ser infructuosas, “a la vista, [...] de la naturaleza de la contravención, de la actitud manifiesta de las autoridades autonómicas o de ambas consideraciones”.

Sea como fuere, la concurrencia de la situación desencadenante de la aplicación del art. 155 CE puede someterse, a través del recurso de inconstitucionalidad, al criterio final del Tribunal Constitucional (STC 89/2019, FJ 4), que tendrá, entonces, la última palabra.

8.3. Las medidas que pueden adoptarse

En cuanto a las medidas que pueden adoptarse, lo único que aclara el precepto constitucional es que estas han de ser necesarias para lograr el cumplimiento forzoso de las obligaciones legales o constitucionales de la Comunidad Autónoma en cuestión o para la protección del interés general. Además, señala el apartado segundo del art. 155 que, para la ejecución de esas medidas, el Gobierno puede dar instrucciones “a todas las autoridades de las Comunidades Au-

²⁰ Vírjala Foruria (2005, pp. 81 y 88) y Álvarez (2020, p. 278).

tónomas” y, por tanto, no solo a las autoridades de la Comunidad infractora sino a las de todas ellas, de ser necesario para restablecer el orden constitucional quebrantado, aunque ello no se requiriera en los sucesos acaecidos en los años 2017 y 2018.

El Tribunal Constitucional ha descartado que deba informarse a la Comunidad Autónoma afectada de las medidas coercitivas que se adoptarían en caso de no atenderse al requerimiento, al no establecerse tal deber en el art. 155 CE [STC 89/2019, FJ 8 b)].

Ejemplos concretos de las actuaciones que pueden llevarse a cabo en esas situaciones nos los ofrece la experiencia vivida en esos años. Teniendo en cuenta que la actuación del Gobierno y el Senado en aquella situación ha sido avalada *a posteriori* por el Tribunal Constitucional, no cabe ya ninguna duda de que dentro de las medidas previstas en el artículo 155 cabe la destitución de los responsables políticos, seguida de una disolución de la Cámara legislativa autonómica con convocatoria de elecciones para la renovación de las instituciones autonómicas²¹. Otra cosa son las consecuencias que puedan extraerse en términos de eficacia de dicha actuación, dado que las posiciones políticas que dieron lugar a la intervención no

²¹ También han sido avaladas por el TC las siguientes medidas: a) el sometimiento de las actuaciones de la administración autonómica a un régimen de comunicación o autorización previa; b) la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones que contravinieren las medidas acordadas; c) el control sobre las publicaciones en boletines oficiales; d) la eventual sustitución de los miembros de la policía autonómica por efectivos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, y e) determinadas medidas dirigidas al Parlamento de la comunidad autónoma (prohibición de proponer nuevo presidente, de controlar las autoridades que ejecuten las medidas aprobadas por el Senado y de tramitar iniciativas, impulsar acciones políticas y de gobierno o realizar declaraciones institucionales dirigidas a esas autoridades).

Gómez Orfanel (2020), analiza las medidas utilizadas en aquella ocasión y cómo se ejecutaron respecto al cese del Gobierno y la disolución del parlamento de Cataluña.

variaron sustancialmente y el llamado proceso soberanista continuó después de que aquella tuviera lugar²².

En negativo, según lo dispuesto en la STC89/2019 [FJ 14 c) ii), párrafo segundo] no cabe, por razones de seguridad jurídica, privar de efectos jurídicos a las publicaciones de normas o actos ordenados por las autoridades de la Comunidad Autónoma intervenida sin la autorización del Gobierno de la Nación.

El Tribunal Constitucional nos ha dejado también ciertos criterios interpretativos para establecer los límites de la intervención estatal en casos venideros [STC 89/2019, FJ 4, b) y d)]. En cuanto a los límites materiales, ha advertido que “el art. 155 CE no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la validez y eficacia de la Constitución”, de donde se deriva que la intervención debe ir necesaria y únicamente destinada a “restablecer el orden constitucional”. Por ello, las medidas que dicho artículo permite no pueden suponer “la supresión institucional de la misma comunidad autónoma”, ni la limitación o excepción de los derechos fundamentales. Y, respecto a los límites temporales, la intervención no podría dar lugar a “la suspensión indefinida de la autonomía”, pues la finalidad misma del procedimiento exige un límite temporal determinado o determinable, dado que no es posible “dejar en la incertidumbre el cuándo de la plena restauración de la autonomía, convirtiendo con ello la excepción en regla”.

Quizá con todo ello el Tribunal haya incurrido en un cierto exceso, con un pronunciamiento que, con clara finalidad preven-

²² Sobre la persistencia del proceso soberanista tras la aplicación del art. 155 CE en Cataluña y la jurisprudencia constitucional a la que ha dado lugar, v. De Miguel Bárcena (2020). Gómez Orfanel (2020) refleja también en su trabajo el debate generado entre los partidarios y detractores de su aplicación en torno a su eficacia y constitucionalidad.

tiva, va más allá de lo sucedido en el caso examinado en las SSTC 89 y 90/2019 y de lo planteado por los recurrentes. Con Caamaño (2020), consideramos que, debido al carácter esencialmente político de este poder excepcional de intervención, el control de constitucionalidad debe limitarse, respecto al mismo, a “constatar la necesidad y concurrencia del hecho habilitante y la constitucionalidad de las medidas aprobadas, sin examinar la necesidad o la proporcionalidad de estas”. Mucho menos, en nuestra opinión, debe dedicarse a especular sobre posibles escenarios futuros, poniendo obstáculos innecesarios –y, seguramente, inútiles– a la acción del Gobierno y del Senado en casos venideros, cuyas circunstancias resultan muy difícilmente predecibles²³.

9. Como conclusión

Los modelos y experiencias estudiados muestran la conveniencia de que todo Estado descentralizado disponga de instrumentos, de un tipo u otro, destinados a reconducir situaciones en las que, debido a la actuación de algún ente territorial, se ponga en peligro el ordenamiento constitucional y la unidad del Estado. Tales herramientas resultan, por lo general, coherentes con las características de la distribución territorial presente en cada ordenamiento y el tipo de relaciones que mantienen los entes territoriales con la Federación o Estado central.

Lo que, a nuestro modo de ver, más se evidencia con el repaso a los distintos ordenamientos estudiados, así como desde la perspectiva de la experiencia española, es la insuficiencia de estos mecanis-

²³ Parte Caamaño de la consideración, que también compartimos, de que el control político también es un control constitucional. Una perspectiva política se introduce también en Gómez Orfanel (2020).

mos –por sí solos– para la consecución de la paz federal en casos de especial gravedad, en los que se producen incumplimientos reiterados por uno o varios entes territoriales. Pues, pese a ofrecer soluciones coyunturales a problemas puntuales de desajuste territorial, pueden revelarse inútiles frente a una voluntad decidida de ruptura.

A este respecto resultan interesantes el ordenamiento italiano o el alemán, en los que, como hemos visto, se arbitran distintas posibilidades de intervención estatal para atajar incumplimientos o lesiones del interés general menores, antes de que estos se reiteren o se agraven y hagan necesarias medidas más drásticas como la de disolver el Consejo Regional correspondiente y deponer al Presidente del Gobierno regional de turno.

En este mismo sentido, hemos defendido la posibilidad de una utilización menos “traumática” del art. 155 CE, que sin excluir otras vías previas de arreglo, permita atajar ciertas crisis territoriales antes de que se sobredimensionen y resulten, por ello, más difíciles de reconducir.

Tampoco deben descartarse para evitar esas situaciones límite –en nuestra opinión– las fórmulas consistentes en adoptar medidas de prevención y solución de conflictos mediante la implicación y el acuerdo entre todas las partes afectadas, como las arbitradas en el ordenamiento belga, aunque siempre sobre la base irrenunciable de la lealtad federal –o podríamos decir, simplemente, constitucional– y con los necesarios ajustes.

Bibliografía

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2020): “El artículo 155 de la Constitución como garantía de cumplimiento por sustitución. Presupuestos conceptuales, teóricos y jurídicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 259-287.

- ARROYO GIL, A. y CARRANZA, G. G. (2020): “La coerción federal en Alemania y sus precedentes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 43-80.
- BARBERA, A. y FUSARO, C. (2016): *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia.
- CAAMAÑO, F. (2020): “Estado autonómico y resiliencia constitucional. Las singularidades del art. 155 CE y la experiencia de su control”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 289-312.
- CALAFELL FERRÁ, V. J. (2000): “La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la Constitución Española)”, *Revista de Derecho Político*, pp. 48-49 y 99-146.
- CAMELI, R. (2005): “Il potere sostitutivo del difensore civico regionale nei confronti degli enti local”, *Il Foro amministrativo*, 0, pp. 2823-2849.
- CARDOEN, M. (2011): “El sistema constitucional de Bélgica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 15, pp. 223-260.
- CARRILLO, M. (2020): “El procedimiento de la coerción estatal: del requerimiento del Gobierno a la aprobación por el Senado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 313-343.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2020): “Experiencia y jurisprudencia de la coerción estatal (artículo 155 CE)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 15-41.
- DE CUETO NOGUERAS, C. (2009): “Federalismo y democracia consociacional en la política belga”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 24, pp. 545-563.
- DE LEONARDIS, F. (2009): “Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo”, *Il Foro amministrativo*, 12, pp. 2971-2983.

- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2020): “La persistencia del proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 199-230.
- ERBGUTH, W. y SCHUBERT, M. (2018): “Artikel 37”, en SACHS, M. (dir.), *Grundgesetz - Kommentar*, C.H. Beck, München, pp. 1216-1220.
- FONTANA, G. (2018): “Comentario al artículo 120 de la Constitución Italiana”, en F. CLEMENTI y otros (*a cura di*), *La Costituzione italiana*, vol. II, parte II, Il Mulino, Bologna, pp. 381-384.
- GARCÍA ROCA, J. (2019a): “Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las comunidades autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ed.), *El artículo 155 de la Constitución*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 173-239.
- (2019b): “‘Il tempo moderato’ de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: un comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, pp. 503-524.
- GARCÍA TORRES, J. (1984): “El artículo 155 de la Constitución Española y el principio constitucional de autonomía”, en INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES (ed.), *Organización territorial del Estado (comunidades autónomas)*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1189-1303.
- GÓMEZ ORFANEL, G. (2005): “La coerción federal en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Público*, 25, pp. 41-60.
- (2020): “Las medidas y la aplicación del artículo 155 CE a Cataluña”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 345-375.

- GORI, L. (2013): “La minaccia di rimozione del Presidente della Regione come nuova frontiera del coordinamento della finanza pubblica? Il decreto legislativo ‘premi e sanzioni’”, *Giurisprudenza costituzionale*, 4, pp. 3150-3163.
- GUBELT, M. (2012): “Artikel 37”, en I. VON MÜNCH y P. KUNIG (dirs.). *Grundgesetz - Kommentar*, C.H. Beck, München, pp. 2183-2192.
- HÄFELIN, U. y HALLER, W. (2008): *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Schulthess, Zurich.
- HERZOG, R. (1980): “Artikel 20 GG (Bundesstaatliche Verfassung)”, en T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG y R. SCHOLZ (eds.), *Grundgesetz - Kommentar*, vol. II. C.H. Beck, München.
- MANCINI, M. (2016): *Lo scioglimento “sanzionatorio” degli organi regionali*, Giuffrè, Milano.
- MASTROMARINO, A. (2015): “Modificaciones constitucionales en Bélgica. *La sixième réforme de l’Etat*: un proceso en marcha”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, 22, pp.64-93.
- MIRANDA, J. (2007): “A originalidade e as principais características da Constituição portuguesa”, *Cuestiones Constitucionales*, 15, pp. 253-280. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2007.16.5793>
- MORANA, D. (2018): “Comentario al artículo 117.5 de la Constitución Italiana”, en F. CLEMENTI y otros (*a cura di*), *La Costituzione italiana*, vol. II, parte II, Il Mulino, Bologna, pp. 350-351.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1982): *Derecho público de las comunidades autónomas*, Civitas. Madrid.
- PINELLI, C. (2013): “In tema di scioglimento e rimozione degli organi regionali”, *Giurisprudenza costituzionale*, 4, pp. 3145-3149.

- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2020): “Consideraciones generales en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 120, 231-257.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN, P. (2014): “El sistema federal suizo”, en J. J. SOLOZÁBAL (coord.), *La reforma federal: España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 311-354.
- (2020): “La garantía de la unidad y la estabilidad federal: algunos modelos europeos (Portugal, Italia, Austria, Suiza y Bélgica)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, pp. 111-138.
- SOARES MARTÍNEZ, P. (1978): *Comentários à Constituição portuguesa de 1976*, Verbo, Lisboa.
- SOFIA, G. (2006): “Controllo sostitutivo sugli atti degli enti locali e difensore civico nella legge della Regione Abruzzo 23 gennaio 2004. Riflessioni. Spunti critici”, *Regioni e comunità locali*, 3, pp. 25-41.
- STERN, K. (1984): *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, München.
- STERPA, A. (2018): “Comentario al artículo 126 de la Constitución Italiana”, en F. CLEMENTI y otros (*a cura di*), *La Costituzione italiana*, vol. II, parte II, Il Mulino, Bologna, pp. 407-412.
- VERNET I LLOBET, J. (1996): “El Bundesrat austríaco”, en *El Senado, Cámara de representación territorial, III Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, pp. 129-138.

NÚRIA GONZÁLEZ CAMPAÑÁ

Profesora Lectora de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona

La defensa constitucional de la integridad territorial en Europa frente a los intentos de secesión

ESTE TRABAJO ANALIZA CÓMO DIVERSOS PAÍSES EUROPEOS, apoyados en algún caso por las instituciones europeas, se han enfrentado a procesos de secesión. Se verá que el orden constitucional ha sido uno de los principales instrumentos de los Gobiernos centrales para dificultar o incluso impedir procesos de secesión y así preservar la integridad territorial.

1. Introducción: secesión y orden constitucional. ¿Una relación imposible?¹

En la última década hemos sido testigos de la consolidación de movimientos independentistas en Escocia y Cataluña y de cómo su relativo éxito ha puesto (y continúa poniendo) en riesgo la integridad

¹ Retomo en esta primera parte ideas que, en parte, ya están publicadas en González Campañá, Núria (2019), “Secesión y constitucionalismo comparado”, *Revista de Derecho Político*, 107, pp. 105-135.

territorial de algunos Estados europeos. Es posible que en los próximos años estos movimientos resurjan o aparezcan otros, algunos de ellos latentes en muchas regiones europeas. Estamos pensando en los casos del País Vasco, Flandes, Véneto o Córcega, entre otros.

En este trabajo se analizará cómo los diversos ordenamientos jurídicos constitucionales se han enfrentado a procesos de independencia (en el Reino Unido, en España, en Italia) o a intentos de iniciar un proceso con esas características (como en el caso de Baviera en Alemania). Es decir, cómo los órdenes constitucionales han defendido la integridad territorial del país, que es precisamente uno de sus elementos esenciales, puesto que afecta a la unidad y a la soberanía de la nación. Asimismo, se estudiará cómo la Unión Europea se ha posicionado en aquellos casos en que el proceso independentista ha amenazado con afectar al proceso de integración europea. Aunque la Unión haya intentado mantenerse al margen de los procesos secesionistas en sus Estados miembros al considerar que se trataba de cuestiones internas que debían resolverse sin interferencias comunitarias, la grave crisis catalana de 2017 obligó a las instituciones europeas a reaccionar haciendo público un apoyo expreso al orden constitucional español. El caso español es seguramente el ejemplo más claro de cómo los ordenamientos jurídicos pueden servir como dique de contención ante los procesos secesionistas.

Ahora bien, como cuestión previa debemos preguntarnos si en realidad un proceso secesionista es un fenómeno que deba someterse a los ordenamientos jurídicos constitucionales. Es decir, ¿no estamos aquí ante una cuestión eminentemente política ante la que el derecho constitucional poco puede hacer? ¿No ha sido esa la posición ortodoxa y tradicional del derecho público?

Hay quien ha sostenido que el derecho constitucional sí debe incorporar de manera explícita la posibilidad de la secesión. Se tra-

taría así de constitucionalizar los procesos de secesión o independentistas. Según autores como Daniel Weinstock, Wayne Norman o Susana Mancini, una cláusula explícita que permitiera la secesión obligaría a que los grupos secesionistas valoraran racionalmente los costes y beneficios del proceso de independencia. En realidad, no se trataría de facilitar los procesos secesionistas, sino de sujetarlos a normas y procedimientos, lo que les restaría atractivo, al reducir el aura de romanticismo y heroicidad que lleva aparejado cualquier movimiento que se asocia con la lucha contra el *statu quo* y el orden establecido.

Además, una cláusula de secesión mitigaría las tensiones territoriales porque permitiría que los ciudadanos de regiones en las que hay claras demandas secesionistas puedan embarcarse en el tipo de debate al que aspiran: aquel que se refiere a las decisiones sobre su propio destino. Es innegable que los símbolos importan, cuanto más en la era de la política de la identidad, y, por ello, el simple hecho de ofrecer la posibilidad de una secesión pactada haría desaparecer una de las principales fuentes de insatisfacción de los secesionistas (y uno de sus principales lamentos): no poder decidir su futuro como pueblo o como nación (Weinstock, 2011, p. 202). Tampoco debe olvidarse que constitucionalizando la secesión se podría controlar un proceso que, de producirse sin un marco previamente establecido, podría resultar muy perturbador: “las demandas independentistas se plantearán, haya o no un cauce para ellas, lo prohíba la ley o no. Si ocurre en una situación de vacío legal ello puede ser más dañino que si sucede siguiendo unos parámetros previamente establecidos” (Weinstock, 2011, p. 196). De este modo se busca que con determinadas previsiones y límites el orden constitucional esté mejor preparado para defender su integridad territorial frente a un proceso de secesión.

¿Cómo debería ser esa cláusula que constitucionaliza la secesión? En primer lugar, debería aclarar qué tipo de grupos pueden iniciar un proceso de este tipo, es decir, qué criterios o requisitos resultan válidos para otorgarle el estatus de comunidad política a un determinado grupo. En segundo lugar, se tendría que especificar la pregunta o, al menos, las condiciones que debería satisfacer la misma en un hipotético referéndum de secesión, incluyendo *quorum* de participación y porcentaje de aprobación. Asimismo, se tendría que aclarar la entidad que tendría la autoridad para negociar los términos de la secesión en caso de resultado favorable a la misma. Es preciso aclarar que incluso los autores favorables a esta cláusula no son ajenos a sus dificultades. Así, es improbable que un país que no se está enfrentando a demandas secesionistas incluya esta cláusula, puesto que querrá evitar abrir un debate sobre la secesión. Y en el caso de países en los que hay movimientos independentistas, resultará muy difícil llegar a un acuerdo sobre el contenido de la cláusula (Norman, 1998, p. 55).

Ahora bien, no todo el mundo está convencido de estos argumentos y hay quien se opone a que en un texto fundacional como son las constituciones se incluyan, por así decirlo, los términos del divorcio, como si el Estado nación fuera una organización internacional cualquiera de la que es posible retirarse. Así, Cass Sunstein, considera que, en una democracia consolidada, el derecho a la secesión no debería incluirse en un documento o pacto fundacional como es la Constitución, ya que ello reduce las perspectivas del compromiso (Sunstein, 1999, p. 633). El derecho a la secesión es diferente de otras demandas, ya que suscita pasiones relacionadas con demandas emocionales (historia, cultura, identidad) que tienen una particular capacidad de inflamar a las partes en el debate, lo que dificulta en gran medida la labor cotidiana de la gestión de la

cosa pública (Sunstein, 1999, p. 651). Según Sunstein, este tipo de cláusulas degrada la política ordinaria y, lo que resulta incluso más peligroso, se convierte en una poderosa herramienta en la negociación que puede ser usada por determinadas regiones. De hecho, Sunstein habla incluso de “chantaje”. Pensemos en aquellas regiones cuyos habitantes, en su conjunto, disfrutan de una renta superior a la media. Si la posibilidad de separarse del resto del país, esto es, si la posibilidad de dejar de compartir y transferir parte de su renta a otras regiones es vista como una opción legal y legítima, las opciones de vida en común se reducen. Por tanto, el rechazo a incluir una cláusula de este tipo es sumamente pragmático: una Constitución debe estar únicamente comprometida con el éxito de la vida en común.

Otros comparten esta visión. Para Buchanan los valores de una democracia constitucional van en contra de un derecho a la secesión basado únicamente en la voluntad de la mayoría. Y es que, en una democracia avanzada, en principio, no se dan situaciones graves de violación de derechos humanos y, por tanto, no hay razones suficientes que justifiquen recurrir a la secesión. El simple deseo de una parte de la población no podría ser suficiente. Según Buchanan, reconocer tal derecho entorpecería las condiciones necesarias para la consolidación de una democracia sana estimulando comportamientos destructivos y debilitando los incentivos de participar y compartir el destino común (Buchanan, 1998, p. 21).

Además, desde un punto de vista de teoría constitucional, reconocer un derecho unilateral a la secesión significa rechazar la necesidad de un proceso deliberativo en que todas las partes que constituyen la nación (no solo algunas de sus subunidades) tomen parte en la decisión, lo que equivale a abandonar la idea de que es toda la población la que participa en la formación de la voluntad

mayoritaria (Haljan, 2014). Además, un ordenamiento constitucional expresamente abierto a la secesión introduciría un elemento de transitoriedad que, por definición, es ajeno a los textos constitucionales: “la inclusión del derecho de autodeterminación en una Constitución colocaría a esta en una posición de norma transitoria, cuya vigencia plena (sobre la totalidad del territorio y la población del Estado) quedaría condicionada a que los titulares del derecho de autodeterminación no lo ejerciesen” (Tajadura, 2019, p. 311). Es por ello que, tal y como ha recordado la Comisión de Venecia, no podemos sorprendernos al constatar que en la mayoría de las constituciones de los Estados miembros del Consejo de Europa no se prevé la secesión y en algunas casos incluso se prohíbe (Castellà, 2017, pp. 145-152).

En cualquier caso, debe subrayarse que este debate sobre la conveniencia o no de incluir una cláusula de secesión se ha circunscrito a ambientes académicos, porque no hay ninguna democracia consolidada (a excepción, quizás, como se verá, del caso de Irlanda del Norte) que incluya en textos de naturaleza constitucional algún derecho a la secesión.

Dejando a un lado estas discusiones de teoría constitucional, lo que vamos a ver a partir de ahora es que cuando los órdenes constitucionales se han enfrentado a procesos que ponían en riesgo la unidad y la soberanía de la nación han impuesto severos límites a las demandas independentistas.

No se trata en este trabajo de analizar las características de las diferentes demandas. No se discutirá en profundidad si estamos frente a revueltas fiscales de regiones ricas en las que las élites regionales promueven entre la ciudadanía sentimientos separatistas e identitarios (procesos *top down*) o frente a movimientos eminentemente cívicos impulsados por agravios históricos (procesos *bottom up*) o incluso ante

una mezcla de estos factores. No se entrará tampoco a debatir, a pesar de su innegable relevancia, sobre si es posible en democracia un independentismo no nacionalista, es decir, un movimiento independentista cívico. Sin embargo, a pesar de que no se realice un análisis en profundidad de ninguno de estos aspectos, sí se señalarán algunos rasgos de estos procesos para contextualizar la situación y entender mejor las respuestas de los órdenes constitucionales.

2. Respuestas a procesos secesionistas en el contexto europeo occidental

2.1. Reino Unido

El 18 de septiembre de 2014, Escocia organizó el que, hasta el momento, es el último referéndum legal de independencia en el territorio metropolitano de una democracia liberal occidental. El rechazo a la independencia se impuso claramente (55,3% frente al 44,7%). Sin embargo, la salida del Reino Unido de la Unión Europea (a la que los escoceses se opusieron en el referéndum de junio de 2016) ha vuelto a poner esta cuestión sobre la mesa. En cualquier caso, a nuestros efectos, lo relevante no es tanto la actual situación del movimiento independentista escocés, sino examinar la primera respuesta ofrecida por el constitucionalismo británico cuando el Gobierno escocés planteó la demanda: sin apenas controversias políticas, en pocos meses los Gobiernos británico y escocés acordaron la celebración de un referéndum de independencia en Escocia. La voluntad política del Gobierno británico ante la primera demanda de referéndum, y un constitucionalismo flexible, posibilitaron que los escoceses decidieran su futuro estatus político.

Desde la Unión entre Escocia e Inglaterra (1707), en la cultura política británica siempre ha habido una amplia aceptación del

derecho de los escoceses a decidir su propio destino, como si ello estuviera implícito en el tratado internacional de 1707 (Keating, 2009, p. 81). Esta circunstancia aleja el caso escocés de muchos otros casos de regiones europeas con fuertes demandas secesionistas. Hay que tener presente que es habitual escuchar en los medios de comunicación británicos referirse a las cuatro naciones (*“four nations”*) que comprenden el Reino Unido, algo inimaginable en muchos otros países europeos, donde el país se identifica claramente con la nación.

Es difícil decir si son razones históricas, una tradición parlamentaria casi ininterrumpida desde hace siglos, el pragmatismo económico o todos estos motivos de manera combinada los que explican la aproximación tan flexible de la política británica a la posible secesión de Escocia. Incluso los oponentes a la recuperación de la autonomía de Escocia (*“Devolution”*), como la propia Margaret Thatcher, admitían que los escoceses formaban una nación y tenían derecho a decidir su destino y aunque su marcha sería lamentada por muchos, nadie se opondría (Thatcher, 1995, p. 624).

Prueba de esta actitud deferente hacia la posibilidad de que los escoceses decidan su futuro es el debate sobre el futuro constitucional de Escocia que se celebró en Westminster en enero de 2012. Michael Moore, secretario de Estado para Escocia, recordó que el Scottish National Party había concurrido a las elecciones de mayo de 2011 con la promesa de la convocatoria de un referéndum y dado que había obtenido una clara mayoría absoluta, el Gobierno británico, a pesar de que se oponía a la independencia escocesa, no impediría la celebración de dicho referéndum. El debate duró apenas una hora y ningún miembro del Parlamento rechazó la celebración del referéndum. Eso sí, se asumía que el referéndum sería el único que se llevaría a cabo en una generación, con el fin de evitar

que el debate independentista se estuviera planteando repetidamente (el llamado “neverendum”) hasta alcanzar el resultado deseado por los secesionistas. De ahí el rechazo del actual Gobierno a permitir la celebración de un segundo referéndum apenas transcurridos unos pocos años desde el primero, como se detallará más adelante.

Desde el punto de vista constitucional, uno de los aspectos más interesantes fue el procedimiento concreto que se siguió para la autorización de la convocatoria. Para entenderlo hay que tener en cuenta varias premisas que se recuerdan en la sentencia *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin). La primera es que la Constitución del Reino Unido no se encuentra en un único documento escrito, sino que una parte se incluye en normas escritas y otra parte se contiene en convenciones y costumbres reconocidas como constitucionales por el Parlamento y por los tribunales². La segunda premisa es la teoría de la soberanía parlamentaria, clave para cualquier análisis del constitucionalismo británico. Se asume que el Parlamento puede, a través de la aprobación de legislación primaria, cambiar la legislación del modo en que prefiera. No hay ninguna norma superior, salvo que el Parlamento así lo disponga. Así, la soberanía parlamentaria se opone a la idea tan extendida en el mundo occidental de que las democracias son gobernadas por una Constitución, norma suprema y rígida. Dicha doctrina dota al constitucionalismo británico de mucha flexibilidad, puesto que no se exigen mayorías cualificadas parlamentarias para las reformas constitucionales que, en muchos otros países, requerirían un amplio consenso político.

² *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin), p. 18.

En el análisis del proceso independentista escocés también debe tenerse en cuenta que el esquema no es federal. El Parlamento escocés es una institución “devuelta” por el Parlamento británico y sería difícil encontrar razones legales por las cuales la autonomía escocesa no pudiera ser abolida por una ley de Westminster (aunque ello sea inimaginable políticamente) (Page, 2019, p. 133).

Sin embargo, la cuestión clave no es la subordinación del Parlamento escocés, sino los límites de sus competencias, ya que algunas están “reservadas” a Westminster. De acuerdo con la Sección 20 (2) (a) de la *Scotland Act*, el Parlamento escocés no puede legislar sobre materias reservadas. Entre dichas materias (defensa, política exterior, política monetaria...) se incluye la unión y la Constitución. Se ve aquí cómo el orden constitucional británico protege la integridad territorial del Reino Unido no permitiendo que una decisión unilateral de una de sus partes pueda socavar la unidad del país. Esta restricción es significativa, porque supone que el Parlamento escocés no podría legislar sobre un referéndum de independencia. Esta fue la lectura mantenida por el Gobierno británico y aceptada también por el Gobierno escocés³. A partir de ahí, desde un punto de vista legal, había dos opciones: o bien se reformaba la *Scotland Act* y se le transfería a Escocia la competencia para legislar sobre la cuestión o se organizaba directamente desde Westminster la convocatoria del referéndum. Se optó por la primera opción, formalizada en la *Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order*

³ UK Government (2012). “Scotland’s constitutional future” https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/39248/Scotlands_Constitutional_Future.pdf

Ver también Scottish Government (2016). “Consultation on a Draft Referendum Bill” https://consult.scotland.gov.uk/elections-and-constitutional-development-division/draft-referendum-bill/supporting_documents/j456862.pdf

2013, que autorizaba a Escocia a legislar sobre un referéndum de independencia que debía celebrarse no más tarde del 31 de diciembre de 2014. El límite temporal no es trivial: la modificación era *ad hoc*, se trataba de una delegación temporal, no una devolución general e inespecífica. Escocia solo tendría poderes para organizar un único referéndum antes de la finalización del año 2014. Se impedía así que sucesivos Gobiernos escoceses pudiesen decidir por sí mismos la realización de nuevos referéndums en el futuro, a su conveniencia política, sin ningún tipo de límite (Basaguren, 2015, p. 137). Así, el orden constitucional británico mantenía su línea defensiva y se aseguraba que las futuras decisiones sobre la unidad y la integridad territorial del país se seguirían tomando de manera conjunta.

En resumen, incluso un orden jurídico tan flexible como el británico (caso de “*political constitutionalism*”) no ha permitido que Escocia disponga de un derecho unilateral e indefinido a la secesión, sino que la organización del referéndum se mantiene como una competencia de Westminster. Además, incluso en el supuesto de 2014 el Gobierno británico se aseguró de que la Comisión Electoral Británica fuera la encargada de la supervisión del referéndum.

Como adelantábamos al inicio, el referéndum sobre la independencia de Escocia celebrado el 18 de septiembre de 2014 no ha saldado la cuestión. A raíz del Brexit, en cuyo referéndum los escoceses se mostraron claramente contrarios a la salida de la Unión Europea (un 62% de escoceses a favor de permanecer en la UE, frente a un 48% del conjunto de británicos), el Gobierno nacionalista escocés ha solicitado al Gobierno británico el inicio de negociaciones para la organización de un segundo referéndum. En estos momentos no está claro que el Gobierno británico vaya a autorizarlo, pero lo que parece es que el Gobierno escocés está reconociendo, implícitamente, que hay una obligación legal o, como

mínimo, una convención por la cual se necesita el permiso del Gobierno británico para la organización de dicho referéndum de secesión (Skoutaris, 2017, p. 293). Ahora bien, en estos momentos tampoco es descartable una eventual iniciativa unilateral del secesionismo escocés en desafío de la legalidad constitucional británica.

El caso de Irlanda del Norte es otro buen ejemplo para examinar la relación entre el constitucionalismo británico y la autodeterminación y la secesión. En este caso, sin embargo, no estaríamos ante un caso de demandas independentistas, sino ante la voluntad de Irlanda del Norte de incorporarse a otro país, la República de Irlanda. A diferencia del caso de Escocia, donde la posibilidad de organizar un referéndum depende de la voluntad de las partes (Gobiernos británico y escocés), en el caso de Irlanda del Norte el Gobierno británico está constitucionalmente obligado a permitir tal procedimiento si se cumplen determinadas condiciones (McGarry, 2010, p. 156). Podría decirse, por tanto, que en este caso la defensa constitucional de la integridad territorial británica es más débil.

Tras décadas de violencia, el 10 de abril de 1998 se alcanzó el Acuerdo de Belfast (o Acuerdo del Viernes Santo) entre el Gobierno británico, el irlandés y la mayoría de partidos políticos de Irlanda del Norte. Fue un acuerdo compuesto de dos documentos relacionados. Primero, el Acuerdo alcanzado en las negociaciones multipartidistas. Y, segundo, el acuerdo británico-irlandés. El conjunto es lo que se conoce como Acuerdo de Belfast. Mientras que el acuerdo británico-irlandés es un tratado internacional, el acuerdo multipartidista es un acuerdo político entre fuerzas políticas.

Resulta necesario subrayar la relevancia constitucional del Acuerdo de Belfast: su contenido no puede alterarse de manera unilateral (a diferencia de la *Scotland Act*). Su carácter de tratado internacional le blinda de toda tentación unilateralista de Westminster. La

Northern Ireland Act de 1998 (que, a pesar de la diferencia señalada, sería la equivalente a la *Scotland Act*) está basada en los compromisos adquiridos en el Acuerdo de Belfast y, por tanto, disfruta (al menos desde un punto de vista jurídico) de una posición reforzada (McEvoy y Morison, 2002, p. 967). En el Acuerdo de Belfast (y, por ende, en la *Northern Ireland Act*) los negociadores fueron capaces de elaborar un acuerdo fuertemente consociativo, basado en la convicción de que un sistema que promueve compartir el poder ofrece el mejor marco para la resolución del conflicto (Alonso, 2004, p. 706). Así, el acuerdo promueve una gran coalición, esto es, el reparto del poder de manera proporcionada entre los diversos partidos dentro del Gobierno de Irlanda del Norte, una cierta autonomía cultural para las comunidades protestante y católica (en particular en educación y lengua) y la concurrencia de vetos para asegurar a dichas comunidades que las decisiones importantes solo se adoptarán con un consenso amplio.

La necesidad de consensos amplios es una de las características más relevantes del sistema autonómico norirlandés y este rasgo se va a hacer notar también en la manera de abordar la autodeterminación. El Acuerdo de Belfast (tanto el artículo 1 del acuerdo británico-irlandés y el anexo A de las cuestiones constitucionales del acuerdo multipartidista) afirma el derecho a la autodeterminación del pueblo irlandés y especifica que dicho derecho ha de ser ejercido de común acuerdo entre las partes de la isla: los participantes respaldan el compromiso alcanzado por los Gobiernos británico e irlandés de que, en el nuevo acuerdo británico-irlandés que sustituye al acuerdo anglo-irlandés (i) se reconoce la legitimidad de cualquier opción libremente ejercida por una mayoría del pueblo de Irlanda el Norte respecto a su estatus, tanto si prefieren continuar en la Unión con la Gran Bretaña o formar parte de una Irlanda soberana y unificada; (ii) se reconoce que es prerrogativa solo del

pueblo de la isla de Irlanda, en un acuerdo que tenga lugar respectivamente en las dos partes sin impedimentos externos, ejercer su derecho a la libre determinación, sobre la base de un consentimiento libre y concurrentemente expresado, que conlleve a la unidad de Irlanda, si ese es su deseo, aceptando que este derecho debe ser ejercido respetando la voluntad de la mayoría del pueblo de Irlanda del Norte (Todd, 2017, p. 303).

El Acuerdo (se insiste, al haberse incorporado en la Sección 1 de la *Northern Ireland Act*, que es constitucionalmente vinculante como parte de la Constitución del Reino Unido) señala que (1) Irlanda del Norte en su totalidad es parte del Reino Unido y no dejará de serlo sin el consentimiento de una mayoría del pueblo de Irlanda del Norte votando en una consulta convocada a tales efectos de acuerdo con el *Schedule 1*; (2) si el deseo expresado por la mayoría en tal consulta es que Irlanda del Norte deje de ser parte del Reino Unido y pase a integrarse en una Irlanda unificada, el Secretario de Estado presentará al Parlamento tal propuesta para dar efecto a ese deseo.

Resulta interesante indicar que el *Schedule 1* señala que el Gobierno del Reino Unido puede, mediante una Orden, convocar una consulta. Además, establece que el Secretario de Estado ejercerá esta competencia “si a él le parece probable que una mayoría de esos votantes [exclusivamente norirlandeses] tienen el deseo de que Irlanda del Norte deje de pertenecer al Reino Unido y pase a formar parte de una Irlanda unificada”. Recuérdese que estas cláusulas se encuentran tanto en el Acuerdo de Belfast de 1998 como en la *Northern Ireland Act* de 1998. La consulta no sirve para testar la voluntad de los votantes, sino para ratificar una voluntad claramente expresada con anterioridad. De acuerdo con esta regulación, conviene subrayar dos cuestiones: la controversia sobre el *demos* y el aparentemente carácter unilateral de este derecho.

En primer lugar, estas cláusulas abordan la cuestión del *demos*, que ha sido muy discutida en Irlanda del Norte. En realidad, se trata de la cuestión que está en el corazón de todas las disputas sobre soberanía y autodeterminación, conocida localmente como la cuestión constitucional (Aughey, 2012, p. 147). De manera breve: ¿hay un único *demos* en toda la isla, tal y como siempre ha defendido el republicanismo irlandés o hay dos *demos* separados: un *demos* irlandés y un *demos* en Irlanda del Norte? El Acuerdo de Belfast resuelve esta cuestión declarando que el pueblo de Irlanda del Norte tiene derecho a decidir. Esta postura es conocida como el principio del consentimiento. Asume que la unificación de Irlanda solo será posible con el consentimiento de la mayoría de la población de Irlanda del Norte. Así, reconoce la reivindicación tradicional de la comunidad protestante del Ulster: “Los protestantes del Ulster buscan el reconocimiento de lo que para ellos es un hecho irrefutable de la historia, que Irlanda la constituyen dos pueblos que tienen derechos separados” (Johnston, 1990, p. 8).

En segundo lugar, el derecho a retirarse del Reino Unido e integrarse en la República de Irlanda no es unilateral, en el sentido de que puede ser decidido en cualquier momento por el Gobierno norirlandés. En realidad, como se ha visto, es el Gobierno británico el que tiene la potestad de valorar si hay una presumible mayoría norirlandesa a favor de retirarse del Reino Unido. Una de las cuestiones más persistentes y controvertidas sobre la autodeterminación y los referéndums es quién tiene derecho a iniciar la votación (Qvortrup, 2013). Dicha potestad, discrecional, del Secretario de Estado británico será difícilmente revisable y enjuiciable.

En resumen, Irlanda del Norte tiene constitucionalmente reconocido un derecho a modificar su *statu quo* (obligación vinculante también desde un punto de vista internacional al estar incluido

en un tratado internacional), sin embargo, tal derecho será controlado y en parte ejercido por el Gobierno británico, por lo que no cabría hablar de derecho unilateral en sentido estricto. Emerge también aquí, igual que en el caso escocés, un mecanismo constitucional de defensa de la integridad territorial del país: la discrecionalidad del Gobierno británico para iniciar el proceso de autodeterminación de Irlanda del Norte.

2.2. Italia y Alemania

Ni Italia ni Alemania han sufrido crisis secesionistas comparables al Reino Unido o a España; sin embargo, sí ha habido oportunidad de que sus tribunales constitucionales se pronunciaran respecto a la secesión, en contexto de constituciones entendidas como normas supremas y rígidas. En el caso de Italia, la Corte Constitucional se ha expresado en términos muy restrictivos, incluso más que el Tribunal Constitucional español. En junio de 2014, la Asamblea regional del Véneto aprobó dos leyes (15/2014 y 16/2014) sobre referéndums consultivos para (i) la mejora de la autonomía del Véneto y (ii) la independencia de la región. En concreto, esta última ley se elaboró para organizar un referéndum consultivo con el fin de conocer la opinión de los votantes del Véneto respecto a la siguiente cuestión: “¿Quiere que el Véneto se convierta en una República independiente y soberana? ¿Sí o no?” Ambas leyes fueron inmediatamente recurridas ante la Corte Constitucional por el Gobierno central. En abril de 2015, la Corte Constitucional emitió una sentencia conjunta⁴.

El razonamiento de la Corte sobre la Ley regional 16/2014, que fue declarada inconstitucional, es particularmente interesante.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2015, de 29 de abril.

En primer lugar, la Corte señala que “es un error asegurar que un referéndum consultivo es equivalente a cualquier muestra espontánea del derecho a la libertad de expresión ejercido por los ciudadanos de manera coordinada” (§ 5). Y ello es así, porque la Corte considera que, aunque no haya efectos jurídicos inmediatos, un referéndum desempeña una función de activar, iniciar o dificultar procesos de toma de decisiones. Es por esta razón que los referéndums, ya sean a nivel nacional o regional, incluyendo los consultivos, son “instituciones tipificadas” y han de ejercerse de acuerdo a lo fijado por las leyes y especialmente respetando límites constitucionales (§ 5).

En definitiva, un referéndum de independencia en una región no es una encuesta o una manifestación de democracia participativa, sino que implica mucho más. Es el reconocimiento de que existe un pueblo soberano (el llamado a votar en el referéndum) distinto del conjunto de la nación.

La Corte también rechazó el argumento de que los principios constitucionales de pluralismo y autonomía justifican “iniciativas que implican consultar al electorado sobre la posibilidad de la secesión” (§ 7.2). Además, un referéndum sobre la independencia implica decisiones fundamentales a nivel constitucional, las cuales están excluidas de los referéndums regionales, ya que son incompatibles con los principios fundacionales de unidad e indivisibilidad de la República establecidos en el artículo 5 de la Constitución. Es más, el Tribunal sostiene que “la unidad de la República es un aspecto de derecho constitucional tan esencial que ha de ser protegido incluso contra el poder de reforma (ver sentencia 1146/1998)” (§ 7.2).

Así, de manera implícita la Corte nos recuerda la distinción entre autonomía, atribuida a las regiones, y soberanía, perteneciente

al pueblo italiano en su conjunto (Arzoz y Suksi, 2018, p. 457). También afirma que un referéndum sobre secesión es revolucionario en el sentido de que reta a la soberanía estatal (Fasone, 2015). Además, a diferencia de España, como se verá, la Corte Constitucional italiana considera que hay límites implícitos en el proceso de reforma constitucional y que uno de esos límites es la integridad territorial del país. Tal y como señala Martinico, la Corte Constitucional italiana es más radical que la española (Martinico, 2017, p. 27). En realidad, la Corte ya se había enfrentado a situaciones parecidas en el pasado. Así, en las sentencias 470/1992 y 496/2000 el Alto Tribunal ya había establecido los principios que fueron reiterados en el 2015, esto es, que en cuestiones fundamentales que atañen a todo el cuerpo electoral, es este y no una parte quien debe decidir.

Como se ha visto, en Italia ha sido la Corte Constitucional la que se ha erigido en defensora del orden constitucional en general y de la integridad territorial en particular aplicando el artículo 5 de la Constitución que consagra la indivisibilidad de la República. No fue necesaria la intervención de ningún otro órgano o institución, puesto que sus decisiones fueron acatadas por los poderes regionales.

Esta interpretación restrictiva también se encuentra, aunque con matices, en el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Un caso reciente en Alemania sirve para ilustrar que la interpretación alemana sobre la secesión dentro de un orden constitucional liberal guarda parecidos con la aproximación italiana. Estamos hablando, así, igual que en el caso español, de órdenes jurídicos comparables en el sentido de que todos tienen constituciones rígidas que no prevén la secesión.

El 16 de diciembre de 2016, el Tribunal Constitucional alemán consideró inadmisibile un recurso presentado por un ciuda-

dano en el que recurría un acto administrativo del Gobierno bávaro en virtud del cual se le denegaba el permiso para organizar un referéndum de secesión en el *Land* de Baviera⁵. El Tribunal emitió una breve pero categórica resolución (tres frases) afirmando que “en la República Federal de Alemania, que es un Estado nación basado en el poder constituyente del pueblo alemán, los *Länder* no son señores de la Constitución. De ahí que no haya opción para que de manera individual los *Länder* intenten separarse de la Federación. Estarían infringiendo el orden constitucional”.

Más allá de la declaración del Tribunal Constitucional, se puede inferir de la Ley Fundamental de Bonn que el constitucionalismo alemán excluye la secesión unilateral y no reconoce ningún derecho o procedimiento de secesión, lo cual está en línea con la historia constitucional del país (Ragone, 2018, p. 412). Ello además concuerda con el principio de lealtad federal o deber de los *Länder* de mantener una postura leal, constructiva y positiva frente al Estado y del *Bund* en relación con los *Länder* (Sosa Wagner, 2017, p. 164). Por último, el preámbulo de la Ley Fundamental claramente indica que el poder constituyente radica en el pueblo alemán en su conjunto, lo que también apoya esta interpretación restrictiva de la cuestión.

Resulta incierto si en caso de reforma constitucional se permitiría introducir una cláusula de secesión o tal posibilidad está implícitamente excluida, como en el caso italiano. En este sentido, hay que destacar que la integridad territorial del país no está incluida en la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental. Esta cláusula establece que cualquier reforma que afecta a la organización federal del Estado, la protección de la dignidad hu-

⁵ Decisión disponible en alemán: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/12/rk20161216_2bvr034916.html

mana y a la definición del Estado como democrático y social será inadmisibile. Así, en principio, la secesión podría incluirse en una hipotética reforma, dado que, si la integridad territorial del Estado no está incluida entre las instituciones inmunes al poder de reforma, habiendo una cláusula que establece determinados límites a dicho poder, ello significaría que la secesión debe poder discutirse en un proceso de reforma constitucional. Aunque también es cierto que podría interpretarse que la especial protección de la organización federal del Estado, cuya reforma es inadmisibile, es la que invalida la posibilidad de incluir en una futura reforma una cláusula de secesión. Ello resultaría consecuente con la naturaleza unitaria del federalismo alemán (Sturm, 2018, p. 31).

También en este caso, como en el ejemplo italiano, ha sido el Tribunal Constitucional quien ha protagonizado la defensa de la integridad territorial del país frente a un intento de iniciar un proceso de secesión. Sin embargo, queda pendiente saber si esta defensa se extendería a un proceso de reforma constitucional, como sucede en Italia.

2.3. España

En los últimos años España ha vivido la crisis secesionista más grave de toda Europa occidental. El intento de secesión del año 2017 por parte del Gobierno autonómico catalán y las reacciones provocadas en el resto del país, tanto a nivel político como judicial, crearon una atmósfera de tensión que todavía se percibe hoy. Los lazos emocionales entre Cataluña y el resto del país se han debilitado y para muchas personas se han roto casi de manera irremediable. Lo sucedido en 2017 no es otra cosa que la culminación de un proceso que se había iniciado muchos años antes, pero cuyo origen más inmediato puede situarse en el año 2012, fecha a partir de la cual el Gobierno

catalán intentó organizar un referéndum o consulta de independencia (Castellà y González Campaña, 2021, p. 357). El Gobierno español llevó estas maniobras ante el Tribunal Constitucional, que las declaró contrarias a la Constitución española y expuso la postura del constitucionalismo español ante la secesión. De nuevo, un tribunal constitucional se sitúa en la primera línea de defensa del orden constitucional ante un ataque a la integridad territorial. Sin embargo, en el caso español, a diferencia de los ejemplos italiano y alemán, su intervención fue insuficiente, porque el Gobierno autonómico catalán decidió ignorar sus sentencias.

Antes de analizar las resoluciones del Tribunal Constitucional, conviene contextualizarlas. A diferencia de Canadá, donde la provincia de Quebec pudo organizar dos referéndums, de acuerdo con sus competencias, en 1980 y en 1995 y a diferencia también del escenario británico, donde los Gobiernos escocés y británico acordaron la celebración del referéndum de 2014, el orden constitucional español no permite la celebración de un referéndum de este tipo en España, del mismo modo que no se ha permitido en Italia o Alemania. Mucho se ha hablado y escrito de la conveniencia o no de este tipo de consultas. Desde un punto de vista constitucional hay que hacer notar que el mismo acto de organizar un referéndum constitucional es en sí mismo una declaración de que un pueblo existe y la definición de ese mismo pueblo. Es por ello que los referéndums, en especial los referéndums de independencia, juegan un papel importante en la construcción de la nación (Tierney, 2009, p. 366). Así, en España aceptar la organización de este tipo de referéndums significaría admitir el carácter nacional, en el sentido de soberano, de una comunidad autónoma. Y dicha asunción amenaza la soberanía nacional de los españoles en su conjunto. Esta es una de las razones principales detrás de la oposición del Gobierno es-

pañol a la celebración de este referéndum, sin importar que España sea hoy una entidad casi-federal (Ferrerres, 2013, p. 166).

Dado que no podemos analizar aquí en detalle todas las resoluciones del Tribunal Constitucional, nos centraremos en las dos sentencias más relevantes respecto al caso catalán. Cabe señalar que esta jurisprudencia sigue la línea iniciada por el Tribunal Constitucional cuando tuvo que abordar ciertas demandas de autodeterminación del País Vasco (SSTC 76/1994, de 14 de marzo, y 103/2008, de 11 de septiembre).

En primer lugar, la STC 42/2014, de 25 de marzo. Esta sentencia se originó a raíz de una Resolución aprobada por el Parlamento de Catalunya el 23 de enero de 2013. En esencia, la Resolución proclamaba al pueblo catalán como sujeto soberano y, en consecuencia, señalaba que tenía el “derecho a decidir” su propio futuro. El Tribunal Constitucional sostuvo que considerar al pueblo catalán como soberano contradice los artículos 1.2 y 2 de la Constitución, que establecen, por una parte, que “la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado” y, por otra, que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”. Al señalar estos artículos, el Tribunal recuerda que la soberanía nacional no puede dividirse, por lo que las Comunidades Autónomas no pueden, de manera unilateral, organizar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España, ya que esa decisión está reservada al conjunto de todos los españoles. El Tribunal sí acepta, por otra parte, que el llamado “derecho a decidir” al que hacía referencia la Resolución impugnada es una aspiración política legítima. Sin embargo, dicha aspiración debe canalizarse a través de los procedimientos previstos por la propia Constitución: el procedimiento de reforma

constitucional. Así, a diferencia del modelo alemán de cláusulas de intangibilidad, el Tribunal asume que en España no hay principios constitucionales excluidos del poder de reforma y anima a los diferentes actores a iniciar un diálogo político dentro de los límites marcados por la Constitución, lo que podría llevar a un procedimiento de reforma en el caso de introducir alguna cuestión no prevista en el actual marco constitucional.

En segundo lugar, la STC 259/2015, de 2 de diciembre. En esta sentencia el Tribunal confirma los argumentos de la STC 42/2014 al tener que resolver sobre otra Resolución aprobada por el Parlamento de Catalunya el 9 de noviembre de 2015. Dicha Resolución, con una retórica muy inflamada, proclamaba el inicio de una desconexión democrática (*sic*) de las instituciones españolas para iniciar un proceso de independencia. Para tal fin, según la Resolución, las instituciones catalanas debían de dejar de estar vinculadas a las decisiones del Gobierno central y del Tribunal Constitucional. En opinión del Tribunal, esta Resolución también era contraria a la Constitución española, puesto que representaba el acto fundacional de un Estado independiente catalán. Recordando su jurisprudencia consolidada, el Tribunal insiste en que la unidad de la soberanía es el fundamento de la Constitución española y que el principio democrático está subordinado a la supremacía de la Constitución: es decir, no puede haber democracia más allá o fuera del Estado de derecho. El Tribunal nos recuerda que España es una democracia constitucional en la que las leyes ordinarias han de estar subordinadas a la norma suprema, la Constitución.

Estas dos sentencias expresan con nitidez la postura del ordenamiento jurídico español respecto a los intentos de secesión: (i) las Comunidades Autónomas no tienen derecho a organizar unilateralmente referéndums de independencia; (ii) la organización de un referéndum de este tipo exige la reforma de la Constitución.

Este último razonamiento no ha estado exento de críticas. Así, se ha lamentado que la renuncia a perfilar mejor los contornos sustantivos de la Constitución ha podido tener un efecto disolvente, pues el Tribunal parece asumir que en la Constitución cabe cualquier proyecto ideológico, lo que puede dificultar, en términos de fidelidad, la adhesión de los distintos actores políticos a un proyecto político concreto (De Miguel, 2019, p. 175). Es por ello que, en línea con la postura de la Corte Constitucional italiana, hay quien sostiene que la secesión (o una cláusula que la permitiera autorizando un referéndum de independencia) debería estar excluida del procedimiento de reforma, dado que la unidad del país debería considerarse un límite inmanente (al menos implícito) (Ruipérez Alamillo, 2013, p. 131).

Como es sabido, a pesar de la claridad y contundencia del Tribunal Constitucional, en septiembre de 2017 la mayoría independentista en el Parlamento de Catalunya aprobó dos leyes claramente anticonstitucionales: la 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación; y la 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Ambas normas, leyes ordinarias del Parlamento catalán, establecieron que prevalecían sobre la Constitución Española y sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya, que está subordinado a ella. Pensando solo en el Estatuto, cabe recordar que de acuerdo con su artículo 222.1.b), la aprobación de su reforma exige el voto de dos terceras partes del Parlamento, es decir, 90 diputados de un total de 135. Y ello no debe extrañar, puesto que el Estatuto se considera norma superior de la comunidad política catalana y, en línea con el constitucionalismo continental, para su reforma se exige un amplio consenso, única manera de asegurar que las mayorías coyunturales no atropellen o ignoren los derechos de las minorías. Pues bien, las

leyes de septiembre de 2017 que sustituían un orden constitucional (el que representan la Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía catalán de 2006) por otro de nueva creación en que se establecía un nuevo sujeto soberano, el pueblo catalán, fueron aprobadas por “solo” 72 diputados. Así, desde un punto de vista procedimental eran consideradas leyes ordinarias, pero a nadie puede escapársele que su ámbito e impacto excedían los límites de la autonomía catalana. En cualquier caso, naturalmente, ninguna reforma del Estatuto, aunque se hubiera aprobado por 90 diputados, podría prever lo contrario de lo que establece la Constitución española. Además, el procedimiento parlamentario usado en la tramitación de estas leyes fue extraordinario, en el sentido de que redujo los tiempos para el debate y la introducción de enmiendas a menos de un día para cada ley, dejando claro el talante poco inclusivo y respetuoso de sus promotores con la oposición parlamentaria. De hecho, el propio *Consell de Garanties Estatutàries* de la Generalitat (principal intérprete consultivo de la adecuación de las leyes autonómicas al Estatuto de Autonomía y a la Constitución) declaró que los diputados del Parlament tenían derecho a solicitar dictámenes sobre las leyes de septiembre de 2017, facultad que se les había negado.

Ambas leyes fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional, que suspendió sus efectos de manera inmediata. Sin embargo, el referéndum tuvo lugar el 1 de octubre de 2017, tal y como había planeado el Gobierno catalán. La celebración del mismo, que se llevó a cabo sin garantías procedimentales, llevó a confrontaciones, en ocasiones violentas, entre los participantes y la policía, que intentaba impedir su celebración siguiendo órdenes judiciales. Según datos ofrecidos por la Generalitat, el 43% de los llamados a votar participaron en el referéndum y el apoyo a la independencia alcanzó

el 90%⁶. La baja participación indica que la consulta fue percibida por una parte significativa de los catalanes como lo que era: un referéndum ilegal. En los referéndums oficiales de independencia que se han celebrado desde 1980 la participación media ha sido del 86%, el doble de la participación en Cataluña el 1 de octubre (Qvortrup, 2020, p. 136).

Después de unas semanas de tensión, declaraciones cruzadas y negociaciones, el entonces presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont, declaró unilateralmente la independencia el 27 de octubre. Como respuesta, el Senado activó las medidas coercitivas previstas en el artículo 155 de la Constitución, que se abordan en otro capítulo de este libro.

Las medidas coercitivas, a pesar de los recelos iniciales, fueron aceptadas pacíficamente por la sociedad catalana y por los funcionarios de la Generalitat, que pasaron a ser gobernados directamente por los Ministerios del Gobierno desde Madrid.

Lo acontecido en la crisis catalana desvela el modo en que el ordenamiento jurídico español defiende uno de sus principales elementos, la integridad territorial, y, por ende, la unidad y la soberanía del pueblo español. Tal y como se ha visto en los ejemplos alemán e italiano, es un tribunal constitucional el encargado de aplicar una norma suprema rígida en la que la soberanía de la nación reside en el pueblo en su conjunto y no se permite que la integridad territorial del país sea cuestionada por una minoría de ciudadanos. Para ello será necesario seguir los procedimientos de reforma constitucional previstos.

⁶ Los detalles sobre los resultados se pueden consultar en una web de la Generalitat: <https://govern.cat/salaprensa/notes-premsa/303541/govern-trasllada-resultats-definitius-referendum-11-doctubre-parlament-catalunya> (Última consulta el 10 de abril de 2021).

El modelo español (e italiano y alemán) parece alejado del modelo flexible que representa el constitucionalismo británico (y, en parte, el canadiense). Sin embargo, todos estos casos comparten algunas características: el respeto a las instituciones y al Estado de derecho y el reconocimiento de que no estamos ante ningún derecho a la secesión, sino, en el mejor de los casos, ante un procedimiento que puede activarse si el Gobierno central presta su consentimiento, como es el supuesto británico. Además, la decisión final sobre la decisión necesariamente implica algún tipo de consenso con el Gobierno central, por lo que se excluye la unilateralidad.

3. Respuesta de la Unión Europea a desafíos independentistas tanto en el interior de sus fronteras como en el exterior

Los Estados que formen parte de la Unión Europea han dejado de ser únicamente Estados nación para convertirse en Estados miembro, cuya estrecha vinculación con la UE le permite a esta ejercer una influencia decisiva incluso en cuestiones que, a primera vista, podrían parecer exclusivamente internas. Un intento de secesión en un Estado miembro es una de estas cuestiones. Durante la crisis catalana de 2017 se vio cómo las instituciones europeas disponen de capacidad para defender el orden constitucional de sus Estados miembros. La Comisión Europea, a través de su vicepresidente Franz Timmermans, jugó un papel destacado en la derrota del movimiento insurreccional independentista. Sin titubeos, se exigió el respeto al ordenamiento constitucional español y no se reconoció ninguna nueva realidad ni se medió para sentar en una mesa de negociación a los Gobiernos español y catalán, tal y como reclamaba el independentismo.

Esta defensa decidida del orden constitucional español no debe extrañarnos. La UE ha dado numerosas muestras de oposición a los intentos de secesión.

Aunque no existen disposiciones en el Derecho de la UE que aborden la cuestión de la autodeterminación o la secesión en Estados miembros de forma directa, sí ha habido a lo largo de los años pronunciamientos de la Comisión Europea al respecto. Por otra parte, existen precedentes de la oposición de la UE a procesos de secesión tanto dentro de nuestras fronteras (los ejemplos de Escocia en 2014 y Cataluña en 2017), como en el exterior. Y, a modo de ejemplo, cabría señalar que el 27 de noviembre de 2020 el pleno del Parlamento Europeo rechazó una enmienda presentada por una eurodiputada catalana independentista en la que pedía el reconocimiento del derecho a la libre autodeterminación de “todos los pueblos de la Unión”. La enmienda, presentada al Informe bianual sobre la situación de los Derechos Humanos en la UE, fue rechazada por 487 votos en contra, 170 votos a favor y 37 abstenciones⁷.

3.1. Disposiciones de Derecho de la UE y declaraciones de representantes de las instituciones europeas

No hay ninguna disposición de los tratados que aborde la cuestión de un proceso secesionista dentro de un Estado miembro y, por tanto, “no hay ninguna base legal en los tratados de la UE que permita a la legislación secundaria abordar las consecuencias de una secesión de una parte de un Estado miembro”⁸, tal y como reconoció en 2012 Catherine Day, antigua secretaria general de la Comi-

⁷ La enmienda, la número 38, se puede consultar en el siguiente enlace:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0226-AM-035-038_ES.pdf

Y el resultado de la votación aquí:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2020-11-24-VOT_ES.pdf (Última consulta el día 11 de agosto de 2021).

⁸ Commission, ‘Your request for registration of a proposed citizens’ initiative’ COM (2012) 701396.

sión. Ello, sin embargo, no ha impedido que los representantes de las instituciones se hayan pronunciado sobre esta cuestión cuando se les ha requerido para ello.

En febrero de 2004, Eluned Morgan, eurodiputada galesa, planteó una pregunta a la Comisión Europea sobre la posibilidad de que una región dentro de un Estado miembro que hubiere obtenido la independencia tras un proceso democrático pudiera permanecer en la UE sin tener que someterse a un procedimiento de adhesión. Romano Prodi, entonces presidente de la Comisión Europea, respondió en estos términos: “Cuando una parte de un territorio de un Estado miembro deja de ser parte de ese Estado, por ejemplo porque el territorio se ha convertido en un país independiente, los tratados ya no se aplican a ese territorio. En otras palabras, la región independizada, por el mismo hecho de la independencia, se convierte en un país tercero respecto a la Unión y los tratados, desde el día de su independencia, dejan de aplicársele”⁹.

Esta aproximación, también llamada “doctrina Prodi”, podría calificarse como la teoría de la expulsión automática. Es, como se verá en el siguiente epígrafe, la postura mantenida por la UE al abordar los intentos de secesión de Escocia en 2014 y de Cataluña en 2017. La doctrina Prodi es, claramente, una herramienta defensiva frente a cualquier intento de alterar significativamente el orden constitucional de un Estado miembro, puesto que amenaza a las entidades secesionistas con la expulsión de la UE.

Sin embargo, justo es señalar que desde 2004 hasta finales de 2012, la Comisión Europea dejó de ser tan tajante en sus respuestas y sembró ciertas dudas respecto a la doctrina Prodi. Parecía como

⁹ Pregunta por escrito de Eluned Morgan (PSE) a la Comisión, 12 de febrero de 2004, P-0524/04.

si hubiera habido un cambio de opinión. Así, como respuesta a preguntas planteadas por diferentes eurodiputados, en los años 2007, 2010 y 2012 la Comisión señaló que estas cuestiones suscitaban muchos interrogantes de derecho internacional público y que no le correspondía a la Comisión dar una opinión sobre casos hipotéticos¹⁰.

Sin embargo, el tono cambió a finales de 2012, cuando ya había una fecha para el referéndum de Escocia y la posibilidad de un proceso de secesión dentro de las fronteras europeas parecía plausible. Las respuestas de la Comisión confirmaron la aproximación desafiante frente a la secesión de regiones europeas que había expresado Romano Prodi en 2004¹¹. La Comisión ha mantenido esta postura desde finales de 2012. Además, en 2013 el Comité de las Regiones, el órgano de la UE donde están representadas las entidades subnacionales, también se mostró muy contundente: “si una región que ha obtenido la independencia quiere ingresar en la UE, debería requerirlo de manera formal al Consejo y seguir el proceso de adhesión previsto en el artículo 49 del TUE, de la misma manera que cualquier país tercero que quiere formar parte de la UE como Estado miembro”¹². Por tanto, la UE mantenía que la independencia supone la salida de la organización y que no habría vías rápidas para una reincorporación, sobre la cual el resto de Estados miembros tendrían derecho de veto. Sin duda, esta postura inflexible de la UE protege a los Estados miembros frente a los intentos de secesión.

¹⁰ Entre otras, pregunta oral de Frank Vanhecke (ITS) a la Comisión, 10 de enero de 2007, H-0011/07.

¹¹ Pregunta por escrito de David Martin (S&D) a la Comisión, 25 de octubre de 2012, P-009756/2012.

¹² Comité de las Regiones, “Devolution in the European Union and the place for local and regional self-government in EU policy making and delivery” 2013/C 139/08.

3.2. El argumento práctico: precedentes de procesos independentistas

La pregunta que se suscita ahora es si esta postura de rechazo (al menos inicial) a los procesos independentistas, que se ha visto en declaraciones de representantes de la Comisión Europea o en recientes votaciones del Parlamento Europeo, es coherente con la práctica de las instituciones europeas en este tipo de situaciones, tanto en países vecinos como en Estados miembros. Es decir, más allá de declaraciones genéricas o en abstracto, ¿ha defendido la UE el respeto al orden constitucional de los Estados o, al menos, ha exigido el consentimiento del Estado matriz en casos reales o en intentos de secesión? Se puede anticipar que sí.

Haciendo un repaso a los procesos secesionistas en el exterior de las fronteras de la UE, debe subrayarse que, con la excepción de Kosovo, con graves implicaciones sobre violaciones masivas de derechos humanos, la UE siempre se ha opuesto de manera clara a cualquier tipo de independencia unilateral (por ejemplo, en la República Turca del Norte de Chipre, en Transnistria, en Osetia del Sur, en Abjasia, en Nagorno-Karabaj, en Crimea...). El principal criterio que han tenido en cuenta las instituciones de la UE para reconocer a una entidad secesionista ha sido la aprobación del Estado nación del cual la entidad se separaba. Y en este sentido, los casos de los países bálticos, Checoslovaquia y Montenegro son paradigmáticos.

En el caso de Letonia, Estonia y Lituania, y a pesar de que el derecho internacional indicaba que la ocupación soviética era contraria a derecho, los países de la UE (entonces CE) únicamente reconocieron la “restauración de su soberanía” cuando era ya evidente el colapso de la Unión Soviética y el nuevo liderazgo ruso no se oponía a la independencia de esas antiguas repúblicas ocupa-

das. Checoslovaquia, aun no siendo técnicamente un proceso secesionista, también confirma esta aproximación de la UE, ya que los Estados miembros no se opusieron a la separación dado que había un acuerdo entre las dos Repúblicas. El ejemplo de Montenegro es todavía más revelador en cuanto a la defensa del orden constitucional. Fue la primera vez que la UE se implicó en un conflicto secesionista, negociando durante años para evitar la disolución de la Unión que formaba Montenegro con Serbia. Únicamente en 2006, cuando vio que no había marcha atrás y que no sería posible mantener la unidad, la UE se avino a negociar y tutelar un proceso de independencia sujeto a leyes y procedimientos (previstos, al menos parcialmente, en el Acuerdo de Belgrado de 2002 que dio origen a la Unión de Serbia y Montenegro) y siempre con la aquiescencia de Serbia.

En resumen, la UE ha mantenido una actitud de rechazo a las secesiones no pactadas que se han producido en el exterior de sus fronteras.

Respecto a los procesos de independencia o los intentos de secesión dentro de Estados miembros de la UE, solo tenemos dos ejemplos: Escocia en 2014 y Cataluña en 2017. Y, como se verá, la manera que ha tenido la UE de abordarlos sigue la estela de las declaraciones en abstracto de representantes de la Comisión y de la postura de las instituciones europeas en los procesos independentistas en el exterior de las fronteras europeas: rechazo.

En diciembre de 2012, en respuesta a una carta enviada por Lord Tugendhat, miembro de la Cámara de los Lores y antiguo miembro de la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, el entonces presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durão Barroso, argumentó que “escenarios tales como la separación de una parte de un Estado miembro o la creación de nuevo Estado no se-

rían neutrales respecto a los tratados de la UE”. Y recordó la doctrina Prodi (la llamada teoría de la expulsión automática) formulada por primera vez en 2004¹³.

En febrero de 2014, en una entrevista en la BBC, Durão Barroso insistía en que para Escocia sería “extremadamente difícil obtener el apoyo de todos los otros Estados miembros para convertirse en un nuevo Estado miembro en un futuro cercano”¹⁴. Según él, aquellos Estados miembros de la UE que quieren evitar procesos de secesión internos vetarían la entrada de Escocia. Aunque desde un punto de vista legal la respuesta de Durão Barroso respecto a la necesidad de que un nuevo Estado tenga que acudir al proceso de adhesión ordinario previsto en el artículo 49 del TUE parece correcta, aventurarse a predecir las posturas políticas de los Estados miembros en una futura hipotética negociación de adhesión seguramente es muy arriesgado e impropio de un diplomático de alto rango. Sus declaraciones sonaron a advertencia (y a presión) política a los independentistas escoceses y a respaldo a los argumentos del Gobierno británico.

Los acontecimientos en Cataluña en septiembre y octubre de 2017 y la postura que mantuvieron las instituciones europeas reafirman esta actitud de la UE de defensa del orden constitucional y el Estado de derecho en los procesos de secesión. Aunque durante la primera fase del proceso independentista en Cataluña (desde 2012 a 2014) la Comisión Europea resistió todos los intentos de verse arras-

¹³ Ref. Ares(2012)1469619 - 10/12/2012. Disponible en http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/economic-affairs/ScottishIndependence/EA68_Scotland_and_the_EU_Barroso's_reply_to_Lord_Tugendhat_101212.pdf (Última consulta el día 11 de agosto de 2021).

¹⁴ Durão Barroso: “Extremely difficult’ for Scotland to join EU”. *BBC*, 16 de febrero de 2014. Disponible en <https://www.bbc.com/news/av/uk-politics-26215579> (Última consulta el día 11 de agosto de 2021).

trada por el conflicto, desde 2014, cuando ya parecía claro que el Gobierno catalán contemplaba el unilateralismo, el entonces presidente Jean Claude Juncker respondió de manera contundente apoyando el ordenamiento jurídico español. Desde entonces, a los representantes de la Generalitat ni tan siquiera se les permitió reunirse con altos funcionarios de la Comisión Europea (Molina, 2019).

El 15 de septiembre 2017, dos semanas antes del llamado referéndum sobre la independencia de Cataluña, que la Generalitat había organizado para el 1 de octubre de 2017 y que había sido prohibido por el Tribunal Constitucional, Franz Timmermans, vicepresidente de la Comisión Europea, a raíz de preguntas de periodistas españoles, declaró en una rueda de prensa lo siguiente: “Dentro del Estado de derecho, pedimos el respeto a la Constitución de cada Estado miembro. Si dentro de estas constituciones se crean nuevas realidades, estas serán tenidas en cuenta por la UE”. E insistió: “El principio básico es el respeto al orden legal de cada Estado miembro. Esto es lo que esperamos, tanto de los ciudadanos como de los Estados miembros”. Tras la celebración del denominado referéndum del 1 de octubre, la Comisión Europea publicó un comunicando afirmando que de acuerdo con la Constitución española el voto celebrado el 1 de octubre no era legal y que se trataba de una cuestión interna que debía ser abordada de acuerdo con el orden constitucional español¹⁵.

Apenas unos días después, el 4 de octubre, el Parlamento Europeo organizó un debate para discutir lo sucedido en Cataluña. Las imágenes de enfrentamientos violentos entre manifestantes y la policía que intentaba impedir el referéndum habían causado cierta

¹⁵ Comisión Europea, “Comunicado sobre los acontecimientos en Cataluña”, 2 de octubre de 2017. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_STATE-MENT-17-3626_en.htm (Última consulta el día 11 de agosto de 2021).

conmoción en la opinión pública europea. Fuera de las fronteras españolas no se entendía por qué los escoceses habían podido organizar un referéndum y, en cambio, se les prohibía a los catalanes. Y aun en este clima de incompreensión en la opinión pública europea, Franz Timmermans, de nuevo en representación de la Comisión Europea, pronunció el siguiente discurso: “En Europa [...] hemos configurado nuestras sociedades democráticas en torno a tres principios: democracia, respeto al Estado de derecho y protección de los derechos fundamentales. Los tres principios se necesitan mutuamente. No pueden excluirse. [...] El respeto al Estado de derecho no es opcional, sino que resulta fundamental. Si la ley no te permite lo que quieres, puedes oponerte a la ley, puedes trabajar para cambiarla, pero no puedes ignorarla. Por tanto, es fundamental que la Constitución de cada uno de los Estados miembros se respete. Esta debe ser la base de nuestro debate hoy”¹⁶.

Las instituciones europeas criticaron la declaración unilateral de independencia de Cataluña el 27 de octubre y no reconocieron ninguna nueva entidad soberana catalana. El *tweet* del presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, era claro: “Para la UE nada cambia. España sigue siendo nuestro único interlocutor”¹⁷. Por tanto, a pesar de que la UE mantuvo desde el inicio de la crisis un perfil bajo, en los momentos más críticos en que nadie se atrevía a confirmar lo que estaba pasando, las instituciones europeas apoya-

¹⁶ Parlamento Europeo, “*Catalonia: Political group leaders discuss situation with Frans Timmermans*”, 4 de octubre de 2017. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20171003IPR85246/catalonia-political-group-leaders-discuss-situation-with-frans-timmermans> (Última consulta el día 11 de agosto de 2021).

¹⁷ Disponible en <https://twitter.com/eucopresident/status/923914819631271936?lang=es> (Última consulta el día 11 de agosto de 2021).

ron el respeto al ordenamiento constitucional español y se convirtieron en un muro adicional de obstáculos para la insurrección independentista en Cataluña (Guidi y Casula, 2020, p. 186).

Así, las instituciones europeas respaldaron al Gobierno español en el enfrentamiento abierto a raíz de un proceso secesionista unilateral. El apoyo fue claro y decisivo. La magnitud de la crisis obligó a las instituciones a inmiscuirse. La Comisión Europea también rechazó en su momento (y ha seguido haciéndolo) investigar a España por supuestas violaciones de derechos fundamentales, así como tampoco ha criticado los procesos judiciales que se han llevado a cabo en España contra los dirigentes independentistas. La actitud deferente respecto al ordenamiento jurídico español ha sido constante.

En el caso de Escocia la situación no requirió este nivel de compromiso e implicación por parte de las instituciones europeas, ya que el referéndum fue pactado y, sobre todo, el “no” a la independencia ganó con claridad, con lo que no hubo ningún intento de cambiar el *statu quo*. Y, aun así, las declaraciones del entonces presidente de la Comisión Europea, Durão Barroso, alertando a los independentistas escoceses de las dificultades de una futura adhesión a la UE, también fueron vistas como herramientas de protección del orden constitucional de los Estados que ofrece la UE a sus Estados miembros.

4. Conclusiones

Seguramente los intentos de secesión continuarán en Europa. Hasta ahora, los ordenamientos constitucionales de las democracias europeas y el decidido apoyo de las instituciones de la UE a los mismos se han revelado como instrumentos útiles (aunque no únicos) para que los Gobiernos centrales puedan controlar estas crisis.

La rigidez con la que el ordenamiento español reaccionó a la crisis catalana de 2017 no es insólita. Se ha visto cómo las interpreta-

ciones constitucionales en Italia y Alemania son muy parecidas a las que ha hecho nuestro Tribunal Constitucional. En Italia, de hecho, la rigidez es todavía mayor, al excluir la reforma constitucional. Con la postura británica se comparte el rechazo a la vía unilateral e ilegal, por ser contraria al Estado de derecho y por basarse en un entendimiento muy pobre del principio democrático. En cualquier caso, ningún ordenamiento jurídico, ninguna defensa de la UE ni ningún Alto Tribunal pueden abordar solos una crisis de secesión. Detrás de las instituciones debe latir una comunidad política. Los ciudadanos afectados por estas crisis están llamados a una tarea prepolítica: la reconstrucción de la convivencia social, educando en una democracia pluralista y actualizando lo que nos une, que no puede ser solo la mera aplicación de la ley, aunque ello sea esencial.

Bibliografía

- ALONSO, R. (2004): “Pathways Out of Terrorism in Northern Ireland and the Basque Country: The Misrepresentation of the Irish Model”, *Terrorism and Political Violence*, 16 (4), pp. 695-713.
- ARZOZ, X. y SUKSI, M. (2018): “Comparing constitutional adjudication of self-determination claims” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25 (4), pp. 452-475.
- AUGHEY, A. (2012): “Northern Ireland narratives of British democracy”, *Policy Studies*, 33 (2), pp. 145-158.
- BUCHANAN, A. (1998): “Democracy and Secession”, en MOORE, M. (ed), *National Self-Determination and Secession*, Oxford University Press, Oxford.
- CASTELLÀ, J.M. (2017): “Sobre el encaje constitucional del pretendido referéndum de secesión en Cataluña”, en SÁENZ ROYO, E. y GARRIDO LÓPEZ, C. (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- CASTELLÀ, J.M. y GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N. (2021): “Ulises a la crisi secessionista catalana”, en AMAT, J., COLINO, C. *et al.* (coords.), *Catalunya-Espanya. Del conflicte al diàleg polític*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2019): *Justicia Constitucional y Secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Reus, Madrid.
- FASONE, C. (2015): “‘Italian-style’ secession and the semi-indifference of national politics”. *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 21 de abril.
<https://verfassungsblog.de/italian-style-secession-and-the-semi-indifference-of-national-politics/>
- FERRERES COMELLA, V. (2013): *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford.
- GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N. (2018): “European Union policy towards secessionism in neighbouring countries”, *Spanish Yearbook of International Law*, 22, pp. 427-438.
- GUIDI, M. y CASULA, M. (2020): “The Europeanization of the Catalan debate. A war of attrition?”, en CLOSA, C., MARGIOTTA, C. y MARTINICO, G. (eds), *Between democracy and Law. The Amoralidad of Secession*, Routledge, Londres.
- HALJAN, D. (2014): *Constitutionalising Secession*, Hart, Oxford.
- JOHNSTON, A.M. (1990): “Self-determination in comparative perspective: Northern Ireland and South Africa”, *Politikon: South African Journal of Political Studies*, 17 (2), pp. 5-22.
- KEATING, M. (2009): *The Independence of Scotland. Self-government and the Shifting Politics of Union*, Oxford University Press, Oxford.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2015): “Escocia: el referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la *Devolution*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, pp. 135-167.

- MARTINICO, G. (2017): “Identity conflicts and secession before Courts: Three case Studies”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 21, pp. 1-30.
- MCEVOY, K. y MORISON, J. (2002): “Beyond the “Constitutional Moment?: Law, Transition, and Peace-making in Northern Ireland”, *Fordham International Law Journal*, 26 (4), pp. 961-995.
- MCGARRY, J. (2010): “Asymmetrical Autonomy in the United Kingdom”, en WELLER, M. y NOBBS, K. (eds), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- MOLINA, I. y MARTÍN N. (2019): “La crisis catalana y la influencia de España en Bruselas”, *Real Instituto Elcano Blog*, 25, y *Revista Elcano*, enero-abril, pp. 163-181.
- NORMAN, W. (1998): “The Ethics of Secession as the Regulation of Secessionist Politics”, en MOORE, M. (ed), *National Self-Determination and Secession*, Oxford University Press, Oxford.
- PAGE, A. (2019): “Scotland in the United Kingdom: An Enduring Settlement?”, en LÓPEZ BASAGUREN, A. y ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Cham (Suiza).
- QVORTRUP, M. (2013): “The Referendum Challenge to Constitutional Sovereignty: The Case of Scotland”, *Jus Politicum*, n.º 9. (2020): “Independence Referendums. History, legal status and voting behaviour”, en CLOSA, C., MARGIOTTA, C. y MARTINICO, G. (eds.), *Between democracy and Law. The Amoralty of Secession*, Routledge, Londres.
- RAGONE, S. (2018): “Los *Länder* no son ‘señores de la Constitución’: el Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el referéndum separatista bávaro”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, pp. 407-418.

- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (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*, 31, p. 131.
- SKOUTARIS, N. (2017): “Territorial Differentiation in EU Law: Can Scotland and Northern Ireland Remain in the EU and/or the Single Market?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, pp. 287-310.
- SOSA WAGNER, F. (2017): “Bávaros y Referéndum por la independencia”. *Revista de Administración Pública*, 202, pp. 157-167.
- STURM, R. (2018): “Unitary federalism-Germany ignores the original spirit of its Constitution”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 28, pp. 17-46.
- SUNSTEIN, C. (1991): “Constitutionalism and Secession”, *University of Chicago Law Review*, 58, pp. 633-670.
- TAJADURA, J. (2019): “La problemática jurídica de la secesión”, en ARAGÓN REYES *et altri* (dirs.), *La Constitución de los españoles*, Fundación Giménez Abad y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- THATCHER, M. (1995): *The Downing Street Years*, HarperCollins, New York.
- TIERNEY, S. (2009): “Constitutional Referendums: A Theoretical Inquiry”, *The Modern Law Review*, 72 (9), pp. 374-375.
- TODD, J. (2017): “Contested Constitutionalism? Northern Ireland and the British-Irish Relationship since 2010”, *Parliamentary Affairs*, 70 (2), pp. 301-321.
- WEINSTOCK, D. (2011): “Constitutionalizing the Right to Secede”, *Journal of Political Philosophy*, 9 (2), pp. 182-203.

DAVID I. CARPIO BRIZ

Profesor agregado de Derecho Penal
de la Universidad de Barcelona

La protección penal del orden constitucional español

LAS ACTUALES CONSTITUCIONES LIMITAN EL DERECHO PENAL EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD LIBRE, pero también fundamentan la dirección político-criminal del *ius puniendi* guiándolo hacia la defensa de los intereses fundamentales del propio sistema constitucional para no volver a permitir la derrota por indefensión de las democracias, tal y como sucedió en el período de entreguerras, lo que se pretende lograr en sistemas constitucionales más o menos militantes, más o menos rígidos, mediante la articulación de distintos mecanismos normativos e institucionales de garantía y defensa constitucional, entre los que en última –pero no retraída– instancia se encuentra el derecho penal.

Cabe apreciar significativamente esta dirección en la protección penal del orden constitucional alemán debido a su propia experiencia y circunstancias históricas. También otras legislaciones penales contienen formas delictivas que castigan conductas tendentes a la subversión del orden constitucional, como se propuso el

Código Penal español de 1995 a través de una importante pero poco sistemática reformulación de las formas delictivas que incriminan la alteración o supresión de los fundamentos del sistema constitucional. Recientes acontecimientos políticos vividos en España, así como ciertas resoluciones judiciales, han provocado la revitalización del interés académico y público sobre la constitucionalidad de los delitos que protegen el orden constitucional español, así como sobre su homologación con otros ordenamientos europeos.

Sin embargo este trabajo no pone su esfuerzo en el desarrollo de un ejercicio de dogmática comparada, sino que lo que pretende es llamar la atención sobre el actual contexto ya no solo de crisis política y constitucional, sino de verdaderas y renovadas amenazas penales, algunas autóctonas y otras con una indudable dimensión geopolítica, que eclosionan en el interior del Estado y relativizan la antigua distinción entre seguridad interior/exterior, a la vez que llaman a interrogarnos sobre el necesario desarrollo de una mejor protección penal del orden constitucional español para hacerlas frente y que afectan al conjunto de las democracias constitucionales europeas.

1. Planteamiento

Tradicionalmente los Estados modernos se han protegido penalmente frente a las agresiones a su propia existencia a través de la prevención de lesiones y amenazas sobre los sistemas políticos que aquellos hubieran adquirido. Para ello, los primeros códigos penales liberales solían articular distintas formas de *Delitos contra el Estado* mediante una ortodoxa clasificación entre delitos contra la seguridad exterior y contra la seguridad interior (Pacheco, Juan Francisco, 1881, p. 55); distinción de cuño francés que aún encuentra reminiscencias en la sistemática de una buena parte de códigos

contemporáneos. El criterio pretendía dividir tales atentados, en un caso, atendiendo al alcance de los mismos para poner en peligro el funcionamiento interno del Estado y, en el otro, según lleguen a constituir una alteración de las pacíficas relaciones de estos con sus homólogos. No cabe omitir que desde un principio los tratadistas fueron conscientes de la artificiosidad de la clasificación, sobre todo ante determinadas conductas como las de traición en el favorecimiento a una potencia internacional que muchas veces procuraba el cambio del gobierno en el país del traidor. Por lo que realmente se trata de una amenaza al funcionamiento del Estado con origen y concierto entre el interior y terceros Estados.

En todo caso, ambas clases de delitos protegían a los Estados en su doble dimensión *ad extra*, en cuanto al reconocimiento y personalidad jurídica en el contexto internacional, y *ad intra*, garantizando la forma política de gobierno y los valores fundamentales sobre los que se sustentaban, todos ellos por definición cambiantes según distintas coordenadas geográficas y temporales. Por ello, en los códigos penales junto a distintos ataques a las formas de gobierno, a la protección de las altas magistraturas, instituciones y símbolos del Estado, también se solía dispensar la protección a los fundamentos axiológicos y morales sobre los que se sustanciaba la legitimidad ideológica o incluso religiosa del propio Estado.

Entre los delitos contra la seguridad interior siempre se ha criminalizado la alteración del sistema político mediante modos violentos y, ciertamente, todos los ordenamientos penales han castigado con las consecuencias más severas de entre sus catálogos de penas los alzamientos, golpes de Estado o intentos de quebranto del orden político normalmente ejecutados por militares o paramilitares con el apoyo, el respaldo o la incitación por parte de un sector del poder civil. La historia moderna de Europa está plagada de

distintos ejemplos de golpes de Estado, desde los protagonizados en el siglo XVII por el poder real hasta los de los años ochenta de la pasada centuria. Así ocurre desde la Francia liberal a la Alemania de Weimar. Así, desde el del 18 de brumario, Pavía, Kornilov, la *Marcia su Roma*, el Putsch de Múnich, la declaración del *Estat Català*, el llamado *alzamiento* o más recientemente, entre otros, el golpe de Argel, Borghese o el del 23-F.

Señalada la gravedad de aquellos acontecimientos, también debe ponerse de manifiesto que, en el marco de la seguridad interior, se produjeron abusos e imposiciones ideológicas o morales a lo largo del siglo XIX-XX contra grupos contrarios a la moral socialmente constituida a través de las instituciones políticas. Realidad especialmente recalcitrante del uso de castigo criminal, cuando los nacionalismos identitarios y las ideologías totalitarias se hicieron con el poder en distintas naciones europeas y emplearon el derecho penal para la persecución del disidente político, violento o no, mediante la incriminación a través de delitos anticipatorios que buscaban el castigo de la forma de vida y del pensamiento de aquellos considerados como subversivos o, simplemente, enemigos. Por ejemplo, el régimen nacionalsocialista alemán exageró la protección estatal en el alcance de los delitos y la severidad de las amenazas de castigo con amplitud desbordante de la pena de muerte, como sucedió con la conocida como "*Lex van der Lubbe*"¹. Además, se am-

¹ Se denomina así a la ley que permitió la aplicación retroactiva de la pena de muerte a Lubbe por la quema del Reichstag. Anteriormente, el Decreto del presidente del Reich para la protección del Pueblo y el Estado de 28.2.1933 (RGBl. I 83), bajo el propósito de defenderse de los actos de violencia comunista que pusieran en peligro al Estado, supuso la primera ampliación significativa del ámbito de aplicación de la pena de muerte con la práctica abrogación de todos los derechos de libertad políticamente esenciales.

plió la protección especial al Jefe del Estado y miembros del NSDAP. El nuevo derecho penal nacionalsocialista de protección del Estado separó conceptualmente la alta traición y la traición al Estado acentuando el tratamiento como traidor a cualquiera que obstruyese la acción de gobierno, aunque fuera mediante propaganda, teniendo más importancia en la desvaloración del hecho la actitud interna del sujeto que la puesta en peligro del interés protegido (Gómez Martín, Víctor, 2007, p. 233 y ss.).

En Italia, el Código Rocco de 1930 (CP It., formalmente en vigor) modificó en clave fascista los “Delitos contra la seguridad del Estado”, que hasta entonces se habían contenido en el código liberal de 1889, por lo que se pasó a proteger autoritariamente una suerte de personalidad del Estado con existencia y valor en sí mismo como si de un sujeto se tratase (Fiandaca/Musco, 2012, p. 2). La colocación de estos delitos al principio de la parte especial, como veremos que igualmente sucede en el Código Penal alemán (StGB), indica la primacía de lo colectivo sobre lo individual y representa el modelo de progresión en el que Rocco basó la sistemática del CP It. La sustitución de los antiguos “Delitos contra la seguridad del Estado” por estos otros, resultaba necesaria para ampliar la capacidad de intervención del Estado más allá de las meras necesidades de prevenir amenazas contra la seguridad. Se situaba así en clara lógica con los fundamentos políticos del nuevo Estado fascista en su consideración plena, antropomórfica y suprema, capaz de subordinar todo bien individual a la necesidad de la nación (Marconi, Guglielmo, 1997, p. 584).

Precisamente el derecho penal que protege la forma de Estado democrático solo se justifica cuando previene conductas objetivamente graves para el sistema constitucional y que indudablemente adquieren –tanto delito como conducta criminal–

una dimensión política. No se puede negar el hecho de que aparentes antecedentes de este derecho penal se hayan empleado desafortunadamente para perseguir al disidente que se encontraba en algunos tipos penales de determinados regímenes del pasado. Cuestión que está presente en el imaginario de algunos actores políticos y de ciertos penalistas, que quieren ver en los actuales delitos contra el orden constitucional una continuidad con aquellas otras circunstancias. Indudablemente tales formas delictivas tienen un marcado carácter político en la medida que protegen un orden político frente a los intentos de doblegar las bases de la convivencia cívica garantizada por la estructura de las democracias constitucionales. Por ello resultan de una severidad poco rigurosa las críticas de ciertos sectores doctrinales que ven en tales tipos penales mecanismos autoritarios de persecución de la disidencia política, a la par que restan o niegan la entidad de muchos de los riesgos para la democracia constitucional que se encuentran en este tipo de conductas.

A este debate jurídico y político han contribuido en Europa los hechos sucedidos en España a lo largo del último trimestre de 2017, donde se pergeñó y ejecutó un golpe al orden constitucional propiciado a través de las instituciones autonómicas controladas por el secesionismo catalán. Su difusión se vio favorecida por la huida de alguno de los imputados a distintos países europeos y por la consabida reacción de algunos de sus tribunales nacionales negando órdenes de extradición por falta de incriminación de tales conductas en sus ordenamientos. Cuestión que en absoluto se compeadece con el mero ejercicio comparado entre ordenamientos europeos que ha efectuado la doctrina respecto al delito de rebelión en los ordenamientos penales español y alemán entre otros (Arroyo Zapatero, 2018, p. 13 y ss.) y respecto a la homologación de la sedición contenida en el Código Penal español (art. 544 CP) con de-

terminadas figuras afines en el ordenamiento punitivo alemán (§113)², belga y suizo (Javato Martín, 2018, pp. 1-5).

Igualmente ha contribuido a cuestionar la protección del orden constitucional las condenas a determinados sujetos por injuriar al Jefe del Estado³ u otros por la quema de fotografías y banderas oficiales de los que especialmente nos ocuparemos en este trabajo. Un grupo bien organizado de juristas se han opuesto a la aplicación de estos delitos al considerarlos en algunos casos meras desobediencias al poder constituido y, en otros, formas de criminalización del ejercicio de ciertos derechos a la libertad de expresión o manifestación que justificarían el hecho típico. Según este sector,

² §113 Resistencia a los agentes del orden. (1) Cualquiera que utilice la violencia o las amenazas para resistir a un oficial o soldado de la Bundeswehr que esté llamado a hacer cumplir leyes, ordenanzas, sentencias, órdenes judiciales u órdenes, al realizar tal acto oficial, está sujeto a pena de prisión de hasta tres años, o multado. (2) En casos particularmente graves, la pena es de prisión de seis meses a cinco años. Un caso particularmente severo suele ser cuando: 1. el perpetrador u otra persona involucrada tiene un arma u otra herramienta peligrosa con él; 2. el autor, a través de la violencia, pone a la persona agredida en riesgo de muerte o daños graves a la salud; o 3. el acto se comete conjuntamente con otra persona involucrada. (3) El acto no es punible en virtud de esta disposición si el acto oficial no es lícito. Esto también se aplica si el autor supone erróneamente que el acto oficial es lícito. (4) Si, al cometer el acto, el infractor asume erróneamente que el acto oficial no es lícito, y si pudo evitar el error, el tribunal puede, a su discreción, mitigar la sentencia (artículo 49 (2)) o, si la culpa es menor, se abstendrá de sancionar este reglamento. Si el autor no pudo evitar el error y, de acuerdo con las circunstancias que conoce, no podría esperarse que se defendiera del acto oficial presuntamente ilícito con recursos legales, el acto no es punible en virtud de esta disposición; si se puede esperar que lo haga, el tribunal puede, a su discreción, mitigar la sentencia (Sección 49 (2)) o abstenerse de castigar en virtud de esta disposición.

³ STS 79/2018, de 15 de febrero, Caso Valtonyc, sobre un rapero condenado a un total de tres años y seis meses de prisión por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (arts. 578 y 579 CP), calumnias e injurias graves a la Corona (art. 490.3 CP) y amenazas no condicionales (art.169.2 CP) contenidos en algunas de las letras de sus canciones.

así ocurría en el caso de las injurias a los símbolos y altas magistraturas del Estado o de coacción a los representantes públicos a través del acordonamiento popular de las instituciones. Junto a estas objeciones también suelen oponer la falta de legitimación político-criminal de delitos, como los de ultrajes a la nación, por la aparente ausencia de bien jurídico-penal protegido.

Con todo ello se ha favorecido extender una imagen draconiana del derecho penal español y, en concreto, de la protección penal del orden constitucional como si de un Estado no constitucional se tratase, cuando la realidad del Derecho comparado desmiente tal extremo a pesar de algunas resoluciones como las del auto del *Oberlandesgericht* del *Länd Schleswig-Holstein* de 12-7-2018, donde concluye que los hechos cometidos por el *expresident* Puigdemont no constituirían delito alguno en Alemania por lo que deniegan la extradición por el delito de Rebelión (en contra, Gimbernat, 2018, pp. 48-57).

Abordar en un estudio comparado distintas regulaciones sobre esta materia es una tarea que no podemos ni debemos hacer aquí, pero sí resulta conveniente plantear la protección penal del orden constitucional en España al hilo de algunos de los delitos más señeros en este ámbito y su relación con otros ordenamientos. Cuestión que, por último, debe conducirnos a reflexionar sobre el dimensionamiento de estas amenazas que afectan al conjunto de las democracias constitucionales europeas y las posibles reformas del derecho penal para una adecuada protección.

2. La protección penal del orden constitucional en el Código Penal español de 1995 con algunas referencias comparadas

Antes de entrar a exponer algunas de las figuras delictivas introducidas en el apartado anterior como ejemplos de delitos contra el orden constitucional, tal vez convenga hacer algunas precisiones.

La aprobación en 1978 de la Constitución española inauguró una nueva etapa para el derecho penal español. Desde entonces tanto el legislador como la jurisprudencia y gran parte de la doctrina se han venido esforzando por adaptar el derecho penal a las exigencias que impone el modelo político y político-criminal de la Constitución (Mir Puig, Santiago, 2011, p. 11). Dirección seguida por la mayor parte de los académicos españoles e impulsada por Mir Puig (*Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976) y que cuenta con precedentes en la propuesta italiana de Bricola (1973, pp. 7-93) y de Roxin en Alemania (1973, *passim*). En definitiva, desde los años setenta se considera que las constituciones nacidas tras la Segunda Guerra Mundial son plenamente normativas e incorporan un modelo de *ius puniendi* con carácter prescriptivo, orientado axiológicamente por valores, principios y reglas fundamentales y con una clara función política (Tiedemann, Klaus, 1991, p. 145).

En consecuencia, todo delito tiene una dimensión política y supone un acto contra la Constitución en la medida que el derecho penal de los Estados constitucionales encuentra su fundamentos, legitimidad y límites en el modelo punitivo constitucional. Esta comprensión se pone de manifiesto en la propia exposición de motivos del Código Penal de 1995 (en adelante CP) donde se alude a su sentido de “Constitución en negativo”⁴. Sin embargo, aquí nos interesan aquellos delitos que adquieren aún una mayor trascendencia política

⁴ “Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de ‘Constitución negativa’”.

en tanto socaban los fundamentos del sistema constitucional. De una primera lectura del CP español alguien podría inferir que tales ilícitos se contienen en el novedoso y amplio Título XXI, “Delitos contra la Constitución”, introducido con el nuevo CP de 1995.

Como veremos al exponer la reforma de 1968 del StGB, esta tiene cierta influencia en el mencionado Título XXI del CP, donde se encuadran una serie de modalidades delictivas que protegen distintos bienes cuyo nexo común viene representado por su aparente relevancia jurídico-política al formar y/o representar el orden constitucional dimanante del pacto constituyente de 1978. Así, el sistema de protección de los elementos medulares del Estado se estructuraría a través de los siguientes delitos: a) Rebelión (Cap. I), que protege frente a ataques violentos cuya finalidad consista en subvertir los elementos sobre los que se estratifica la fórmula política del Estado democrático (Art.1 CE); b) Contra la Corona (Cap. II), en los que se persigue reforzar la protección penal dispensada al Jefe del Estado y a su familia, en tanto la forma de gobierno es la de la monarquía parlamentaria; c) Contra las Instituciones del Estado y la división de poderes (Cap. III), en cuyos artículos completa la defensa de las más altas instituciones del Estado al residir y/o representar a los poderes provenientes de la soberanía nacional; d) Contra el ejercicio de los derechos, garantías y libertades públicas fundamentales; al componer estos derechos la razón de ser del propio Estado y que pretenden salvaguardarse específicamente frente a los ataques provenientes de los particulares (Cap. IV) o de los funcionarios públicos (Cap. V); y finalmente e) De los ultrajes a España (Cap. VI), mediante el que se persigue la injuria proferida contra el sentimiento de unidad, pertenencia e identificación con la nación española plasmado en determinados símbolos reconocidos en la Carta Magna (art.4) al operar como fundamento básico del orden

constitucional, es decir, de la pacífica convivencia y respeto entre los españoles (Carpio Briz, David Isidro, *Comentarios al Código Penal*, 2016, p. 1560).

Como sostiene Lascurain, asombra lo prolijo y heterogéneo de los contenidos de este Título que probablemente responde al intento de evitar una excesiva parcelación, lo que se produjo “situando como rasgo común de los bienes jurídicos protegidos el que lo es de la práctica totalidad de los tipos penales en un Estado democrático”. El autor es partidario de emplear la “referencia al sistema constitucional”, así como de reducir su contenido a “las conductas que atentan inmediatamente contra la parte orgánica de la Ley Fundamental: rebelión y atentados graves contra los poderes del Estado, y quizás terrorismo y ultrajes a España” (Lascurain, Juan Antonio, 1997, p. 1233). Cabe convenir con él que no todos los delitos del título de referencia afectan al orden constitucional⁵ y, en cambio, otros como el terrorismo, la sedición o las formas más graves de delincuencia organizada que actualmente obran en el Título XXII “Delitos contra el orden público”, sí deberían contenerse en un título que expresara mejor la idea de protección penal del orden constitucional. En definitiva, se trata de defender el sistema nuclear del ordenamiento constitucional, es decir, los fundamentos e instituciones del núcleo político del sistema de convivencia democrática frente a aquellas amenazas que pretenden la alteración del sistema político fuera de las vías de reforma arbitradas o laminan la convivencia democrática a través de un aparente debate de ideas que en realidad aboca al enfrentamiento civil.

⁵ En mi opinión, por ejemplo, carece de sentido la inclusión de algunos delitos bajo la rúbrica del Título XXI, como es el caso de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, en concreto, el delito consistente en faltar el respeto a la memoria de los difuntos (art.526 CP).

Depende de las propias turbulencias políticas de cada nación aquello que resulte un interés fundamental en la conformación del sistema constitucional. Así, por ejemplo, si en España la unidad territorial es fundamento del propio orden político (como de ordinario resulta en la mayoría de Estados) al que se considera inescindible por la amenaza histórica a la convivencia que han supuesto los movimientos secesionistas, entonces cabe perfectamente no solo incluir en la protección del orden constitucional la defensa penal de dicha unidad territorial, sino que sería legítimo hacerlo a través de distintas formas delictivas que pueden ir desde la secesión violenta, hasta los ataques al propio sentimiento de unidad de la patria encarnado en el cercenamiento del patrimonio cultural común. Por consiguiente, aquello que forme parte del derecho penal del orden constitucional dependerá de las propias experiencias históricas y de los planteamientos políticos y estratégicos de cada país.

La evolución del derecho penal de protección del Estado en Alemania responde claramente a este planteamiento. La reacción a la derrota de la República de Weimar (que llegó tarde a su propia autodefensa) y el nuevo contexto geoestratégico posterior a la Segunda Guerra Mundial explican la comprensión de democracia militante en términos *löwensteinianos* que impregna el desarrollo de la Ley Fundamental de Bonn (GG)⁶ y su acompañamiento de medidas penales y administrativas cuyo objetivo es fortalecer la Repú-

⁶ Que prohíbe “las asociaciones cuyos objetivos o actividades sean contrarios a las leyes penales, al orden constitucional o a la idea de entendimiento entre los pueblos” (art. 9.2 GG) declarando la inconstitucionalidad de los “partidos de los que, por sus objetivos o por el comportamiento de sus miembros, se siga el perjuicio del orden fundamental democrático-liberal o el peligro para la existencia de la RFA” (art. 21.2 GG).

blica Federal frente a las ideologías de extrema derecha y de extrema izquierda.

En 1951, el mismo año que el presidente Konrad Adenauer impulsaba la abolición de un partido nacionalsocialista, el Partido Socialista del Reich (SRP), y del Partido Comunista de Alemania (KPD)⁷, el primer Parlamento Federal reintrodujo *desnazificadamente* la protección penal del Estado y sus instituciones fundamentales, mediante la ley de reforma penal de 30 de agosto, dada su previa abolición por las fuerzas aliadas (Roxin, Claus, *PG*, p. 125)⁸. Posteriormente, la ley de 1953 restableció el delito de traición y contra la seguridad interior del Estado como medio para combatir los nuevos métodos de la llamada guerra fría (Von Weber, 1954, p. 133) y es conocido el sentido adquirido por el derecho penal político hasta la 8ª ley de reforma penal de 25 de junio de 1968, que da lugar a la actual estructura de protección penal dispensada al Estado en el StGB. Esta reforma se promulgó tras un intenso debate político⁹, donde tuvo una influencia decisiva el proyecto alternativo elaborado por profesores universitarios de Derecho penal (Roxin, Claus, 1980, pp. 545-552).

Del título sobre la alta traición, se extrajeron aquellos atentados y coacciones a las instituciones del Estado, especialmente por

⁷ La declaración de inconstitucionalidad del primero fue prácticamente inmediata (BVerfGE 2, 1) mientras que la prohibición del KPD no se produjo hasta el 17 de agosto 1956 (BVerfGE 5, 85).

⁸ El derecho penal político, pervertido por las ideas totalitarias del régimen nacionalsocialista, fue abolido por las potencias vencedoras tras el final de la Segunda Guerra Mundial mediante la Ley del Consejo de Control núm. 11 de 30 de enero de 1946.

⁹ El grupo parlamentario socialdemócrata del Bundestag alemán fue el primero en proponerla con un proyecto de ley al que siguió, el 5 de septiembre de 1966, el proyecto gubernamental de 8ª ley de reforma penal. Durante su tramitación intervinieron un amplio número de profesionales, especialistas y académicos.

lo que se refería al Presidente Federal y que fueron transferidos al Capítulo 4º, “Delitos contra órganos constitucionales” (§ 106). También se suprimió el delito de difusión de publicaciones de alta traición como vestigio de una concepción exagerada de la preparación para la alta traición que llegaba hasta lo puramente ideológico (Steinsiek, Mark, 2021, pp. 3-12).

A nuestros efectos, en lo que guarda relación con la influencia sobre el CP español de 1995, tiene especial importancia la reformulación sobre las amenazas al Estado que recibió el Título 3º rebautizado como *Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates*, “Puesta en peligro del Estado democrático de derecho”, donde se dieron importantes cambios y restricciones, con la introducción de los nuevos § 84, “Liderazgo de un partido declarado inconstitucional”, y § 85, “Mantenimiento de la estructura organizativa declarada inconstitucional”. Es amplia la protección del Estado y a través del derecho penal de protección del sistema constitucional en favor de la prohibición de partidos y asociaciones inconstitucionales de su propaganda, (§§ 84 a 86, a) así como en el castigo de acciones de sabotajes inconstitucionales (§§ 87, 88) o de ultrajes a los símbolos nacionales (§90, a, b).

Finalmente, cabe concluir respecto al derecho penal alemán que, si bien se han dado algunas reformas posteriores, la de 1968 estableció las líneas básicas de la protección al sistema constitucional que el legislador penal mandata en cumplimiento de las exigencias de defensa del orden constitucional previstas en la Ley Fundamental (arts. 18, 21, 79 párr. 3 GG). De este modo, resumiendo, a diferencia de la Parte Especial del CP español, que se inicia con la protección de la vida (art. 138 CP), el StGB también lo hace, al igual que el CP It., con la protección de lo colectivo, del Estado, sobre la idea de seguridad interior y exterior, aunque reformuladas en clave del nuevo sistema constitucional alumbrado en 1949.

El StGB se inicia con la Sección Primera de “Traición a la paz, alta traición y traición al Estado democrático de derecho” que contiene cuatro capítulos, tres de ellos de especial interés. Por un lado, el Capítulo segundo donde se recogen los delitos de Alta traición (§§ 81, 82, 83,2) y el ya mencionado Capítulo tercero de “Puesta en peligro del Estado democrático de derecho, “y por último el Capítulo cuarto, “Principios comunes” (92, a, b) donde se recogen interpretaciones auténticas sobre Estado constitucional como objeto de protección. Por ello, el Código Penal reconoce los siguientes intereses jurídicos: la existencia de la República Federal de Alemania (libertad frente a la autoridad extranjera, unidad del Estado e integridad del territorio nacional, § 92.1), la seguridad exterior e interior (estado de inseguridad relativa frente a los Estados extranjeros y frente a las acciones violentas de las fuerzas nacionales, § 92.3 núm. 2), así como la protección de los principios constitucionales enumerados en el § 92.2. Los principios constitucionales en este sentido incluyen: el derecho del pueblo a ejercer el poder del Estado en elecciones y votaciones y a través de órganos especiales legislativos, ejecutivos y judiciales, y a elegir el órgano representativo del pueblo mediante sufragio universal, directo, libre, igual y secreto (número 1); la vinculación de la legislación al orden constitucional y la vinculación del poder ejecutivo y judicial a la ley y la justicia (número 2); el derecho a formar y ejercer una oposición parlamentaria (apartado 3); la separabilidad del Gobierno y su responsabilidad ante el órgano representativo del pueblo (apartado 4); la independencia de los tribunales (apartado 5) y la exclusión de cualquier norma de fuerza o poder arbitrario (apartado 6).

Por otro lado, dentro del Título I del CP It., “Los Delitos contra la personalidad del Estado” se incluyen y se establecen casos para salvaguardar los intereses supremos del Estado, que van desde la se-

guridad exterior (Cap. I, arts. 241-275) e interior (arts. 276-293), pasando por los “Delitos contra los derechos políticos de los ciudadanos” (Cap. III art. 294-300) y un Cap. IV intitulado “De los delitos contra los Estados extranjeros, sus jefes y representantes” (arts. 295-300), para concluir con unas disposiciones comunes en el Cap. V (arts. 301-313). Estos delitos conservan la estructura dada con la promulgación del Código penal, llamado Código Rocco (1930), aunque posteriormente, tras la caída del Estado fascista, fueron sometidos a un proceso legislativo y jurisprudencial de adecuación constitucional para la defensa penal de la nueva República Italiana. De una lectura del art. 8 CP It., “Delitos políticos cometidos en el extranjero”, se deduce la condición de tales tipos contra la personalidad del Estado como delitos políticos. Estos son objeto de lógicas tensiones con el sistema constitucional (Fiandaca/Musco, 2012, pp.5-6), por lo que han recibido ciertas reformas de alcance limitado y centradas, sobre todo, en la reducción de los delitos de opinión.

Corresponde ahora exponer algunos de los injustos penales cuya aplicación pone en tensión el difícil equilibrio entre la necesaria defensa penal del orden constitucional y los derechos que garantizan el pluralismo político de una verdadera democracia.

2.1. De los ultrajes a símbolos nacionales

El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas, contenido en el art. 534 CP¹⁰, es uno de los tipos penales que mayor debate han generado en los últimos tiempos a raíz de sonoras y organizadas pitadas al himno en importantes acontecimientos depor-

¹⁰ 543 CP: “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”.

tivos, insultos a España y quema de constituciones en programas de la televisión por parte de periodistas que en algunos casos se sonaban las narices con la enseña oficial, o por las habituales quemas de la bandera española en actos del secesionismo extremista vasco o catalán¹¹.

Como bien jurídico, no puede entenderse el “honor del Estado”, lo que justificaría las críticas en favor de su derogación, sino el sentimiento de unidad, pertenencia e identificación con la nación española y/o con sus comunidades, reconocido por la Constitución (art. 1 en relación al art. 2) y plasmado por voluntad del constituyente en determinados símbolos (art.4), que operan como fundamento de la pacífica convivencia y respeto entre los españoles como superación de nuestra convulsa historia (Preámbulo). Sin embargo el interés penal protegido no se circunscribe a tales sentimientos de la comunidad política identificados en los símbolos, sino que mediante ellos se preserva el mantenimiento del propio orden político constitucional a través de la función de representación de la simbología constitucional. No supone así un delito de opinión, y tampoco lo es en la medida en que se persigan únicamente conductas desamparadas por el derecho a la libertad de expresión y este no se ejerce cuando se traspasan los límites individuales y colectivos que el mínimo orden democrático exige. Debido a esta función de protección constitucional encontramos este delito en ordenamientos penales de Estados de cultura jurídica próxima,

¹¹ Tras esas campañas no están sino los intereses en *deconstruir* el Estado constitucional español, lo que se pone muy a las claras cuando un grupo parlamentario autodenominado confederal, como el de Unidas Podemos, presenta con el aplauso de los grupos secesionistas la Proposición 122/000042 que, bajo el argumento o excusa de proteger la libertad de expresión, pretende la derogación, entre otros, del delito de ultrajes. Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados. 6 de marzo de 2020, núm. 69-1.

como el alemán (§90, b StGB)¹² o el italiano (arts. 290 y 291 CP It)¹³. Si bien nótese lo limitado de la consecuencia punitiva del delito en España, restringida a una multa (de 7 a 12 meses), con su homólogo alemán, que en su tipo base ya prevé la pena de prisión (por un período no superior a tres años o multa) y que se ve exasperada en el subtipo agravado (prisión por un período no superior a cinco años o una multa). En Italia, las reformas de los delitos de opinión han tenido por objeto, entre otros, tanto el delito del art. 290 como el del art. 291 CP It. El primero fue inicialmente reconfigurado por una ley de 1957 y posteriormente ambos volvieron a ser modificados por la Ley núm.

¹² §90, b: Desprecio del Estado y denigración de símbolos. 1. Quien públicamente, en una reunión o mediante la difusión de material (artículo 11 (3) emplee lenguaje abusivo o menosprecie maliciosamente a la República Federal de Alemania o uno de sus *Länder* o su orden constitucional o 2. Denigra los colores, la bandera, el escudo de armas o el himno de la República Federal de Alemania o de uno de sus *Länder*, incurre en pena de prisión por un período no superior a tres años o multa. 2. Quien remueva, destruya, dañe, inutilice o desfigure, o cometa daños difamatorios en una bandera de la República Federal de Alemania o de uno de sus *Länder* que esté en exhibición pública o un emblema nacional que haya sido montado en un lugar público por una autoridad de la República Federal de Alemania o uno de sus *Länder*, incurre en la misma sanción. El intento es punible. (3) La pena es de prisión por un período no superior a cinco años o una multa si el delincuente, al cometer el acto, apoya intencionalmente actividades dirigidas contra la existencia continuada de la República Federal de Alemania o contra sus principios constitucionales. La finalidad de la disposición es, aparentemente, la protección de la reputación de la República Federal de Alemania, de los Estados federados, del orden constitucional y de determinados símbolos estatales contra el descrédito (BVerfGE 47 198, 231). Vid. Steinsiek, Mark. 2021, p. 13.

¹³ 290. Vilipendio de la República, de las instituciones constitucionales y de las fuerzas armadas. (1) Quien vilipendie públicamente [c.p. 266] a la República, a las asambleas legislativas o a una de ellas [Const. 55], o al Gobierno [Const. 92], o al Tribunal Constitucional o al poder judicial [Const. 104], será castigado con una multa de 1.000 a 5.000 euros (2). La misma pena se aplica a quien vilipendie públicamente a las fuerzas armadas del Estado o a las de liberación [c.p. 302, 311, 312; c.p.m. 81] (3). Art. 291: Vilipendio a la nación italiana. Quien vilipendie públicamente [266] a (1) la nación italiana (2) será castigado con multa de entre 1.000 y 5.000 euros.

85 de 24 de febrero de 2006, titulada significativamente: “Enmiendas al Código Penal en materia de delitos de opinión”, que eliminó la pena de reclusión de seis meses a tres años de los dos delitos y fue substituida por la pena de multa de 1000 a 5000 €. De este modo, el legislador italiano aproxima ambos tipos de vilipendio al de ultrajes del CP español para preservar una adecuada proporcionalidad entre conducta y consecuencia.

Las conductas recaen sobre la soberanía nacional, entendida aquí como identificación colectiva con España, su forma política, así como los iconos y emblemas que la simbolizan¹⁴, principalmente las banderas, nacional y autonómicas, así como los himnos y escudos oficiales sean de titularidad pública o privada (STS 29-04-89, SAP Guipúzcoa 2ª 26-11-02).

En la interpretación del tipo debe estarse a los criterios informadores del delito de injurias (STS 7-2-99), al venir integrado por dos conductas cuyo núcleo comisivo está caracterizado por el menosprecio antidemocrático contra el sentimiento de pertenencia y dignidad colectiva en cualquiera de sus formas constitucionalmente reconocidas. Resulta complejo buscar un ámbito de aplicabilidad propio a las conductas típicas, ya que por ofender debe entenderse cualquier conducta destinada a humillar la dignidad de pertenencia a España. De un modo parecido adquiere significado el verbo ultrajar, si bien el prefijo añade la necesidad de que la acción u omisión de maltratar, deslucir o desprestigiar sea grave, en buena sintonía con el principio de *ultima ratio*. Por lo tanto, el comportamiento típico debe ir más allá de la mera discrepancia democrática sobre dicho sentimiento colectivo de

¹⁴ Art. 4 CE, Ley 39/1981, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, Ley 33/1981, del Escudo de España, RD 1560/1997, de 10 de octubre, que regula el Himno Nacional y la regulación contenida al respecto en los Estatutos de autonomía.

pertenencia, y su gravedad ha de rebasar también los límites de contención de la protección que en vía administrativa se dispensa, reservando este reproche sancionador para las conductas injuriosas no publicitadas. Requisito este que ahonda en la interpretación objetivamente restrictiva del tipo. Al igual que sucede en Alemania, el delito debería interpretarse restrictivamente de conformidad al objetivo real del artículo de garantizar la existencia de España, sus comunidades y su orden constitucional. Y ello puede ponerse en peligro por el hecho de procurarse un clima de falta de respeto a la nación encarnado en sus símbolos, y que puede extenderse a través de la aceptación impune de la difamación de los objetos que puede llegar a justificar el amplio avance de la protección penal del Estado en este ámbito, pues no hay Estado ni nación si no se garantiza un mínimo respeto hacia ella (Stein-siek, Mark, 2021, p. 13).

Lógicamente, con ello solo los ataques publicitados son idóneos para afectar a la sensibilidad colectiva nacional como provocación del enfrentamiento social que la CE pretende evitar a través de la forma política del Estado democrático. Al igual que en las injurias (art. 208), el concepto jurídico-penal de publicidad requiere que las ofensas se propaguen mediante imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio o modo de propagación pública. No se da esta trascendencia cuando las conductas injuriosas se realicen en locales públicos, pero cerrados, a altas horas y en los que se hallen pocos sujetos (STS 16-12-92). Por el contrario, son casos típicos, referidos a las banderas, escupir, quemar y pisotearlas durante una manifestación (SSAP Madrid 4^a 213/03, 5-6; Valencia 1^a 102/99, 24-3) o arriarlas arrojándolas al suelo en presencia de los medios de comunicación (SSAP Barcelona 2^a 82/05, 25-1; Guipúzcoa 2^a 26-11-02).

Una de las cuestiones más complejas es la delimitación entre la esfera de injusto penal, que legítimamente protege un interés

constitucional, y el margen de amplitud del derecho fundamental a la libertad de expresión, esencia de un Estado libre y democrático, e íntimamente vinculada al desarrollo de la personalidad. Sin embargo, este derecho constitucional no se concede sin límites, como por ejemplo reconoce expresamente el propio enunciado del art. 20 CE en su apartado cuarto o el CEDH cuando lo limita por razones de seguridad nacional (ap. 2 del art. 10 CEDH)¹⁵.

Recientemente, al paso de un recurso de amparo interpuesto contra la aplicación del delito de ultrajes a España, el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre, ha recordado la estrecha vinculación entre la libertad ideológica y de expresión, así como sus límites en orden a una asentada jurisprudencia del TEDH: “La libertad de expresión comprende desde luego la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues ‘así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática’ (SSTEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, caso *Fuentes Bobo c. España*, § 43). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones ‘acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que

¹⁵ La cláusula de seguridad nacional pone en evidencia la indudable tensión entre la libertad de expresión y los intereses del Estado concretados aquí en el concepto de seguridad nacional. Han sido abundantes los casos presentados ante el Tribunal Europeo. Como en otros campos, cualquier interferencia en la libertad de expresión debe perseguir un objetivo legítimo, cumplir con la ley y ser necesaria en una sociedad democrática. Criterios reiterados por el Tribunal, que rara vez ha cuestionado el objetivo legítimo de seguridad nacional aducido por el Estado parte. Por ejemplo, así en el caso de *Castells* (STEDH Caso *Castells c. Reino de España*, de 23 de abril de 1992).

contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población' (STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, § 49). Por lo tanto, quedan fuera de la protección del artículo 20.1 a) CE las expresiones que en las concretas circunstancias del caso sean indudablemente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, toda vez que el referido precepto constitucional 'no reconoce un pretendido derecho al insulto' (entre otras muchas, SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3)".

Además, esta reciente sentencia del TC conviene que el delito de ultrajes protege el mantenimiento del propio orden político constitucional a través de la función de representación de la simbología constitucional y que identifican con la nación. Recuerda con cita de la STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7, que "[n]o puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político [...] trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles".

Además, la aplicación al caso de este delito resulta proporcionada según el TC en atención a la consecuencia prevista en el art. 543 CP, que castiga con una mera multa pecuniaria que además se impone mediante el sistema escandinavo de días-multa, por lo que su cuota se establece en atención a la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. Es decir, estamos en presencia de un delito menos grave, que a mi modo de ver tiene un efecto de llamada de atención al ciudadano gravemente irrespetuoso con su comunidad y que, por lo tanto, debe perseguir la corrección del mismo en su desarrollo personal en el orden social como prevención del sistema constitucional.

2.2. De las ofensas a las altas magistraturas e instituciones del Estado

El Ap. 3 del art. 490 CP prevé una cualificación de los delitos de calumnias e injurias cuando estos se producen en el ejercicio de las funciones del Rey o de las personas asimiladas a este, o con motivo u ocasión de dichas funciones, circunstancia que delimita esta figura de la contenida en el art. 490.1 CP. La conducta típica consiste en “calumniar” o “injuriar”, expresiones ambas que constituyen elementos normativos que deben ser interpretados de conformidad con los arts. 205 y 208 CP. A efectos punitivos, el precepto distingue entre calumnias e injurias graves y aquellas que no son graves. En el caso de la injuria, para diferenciar entre aquellas graves y no graves, debe recurrirse a los criterios contenidos en los párrs. II y III del art. 208. Tratándose de la calumnia, la doctrina considera que el criterio adecuado para realizar la distinción en base a la gravedad es su propagación, con o sin publicidad (art. 206 CP). En la medida de que el Ap. 3 no contempla expresamente la posibilidad de exención de pena a través de la *excep-*

tio veritatis, existen dos posiciones en la doctrina: a) no es admisible en razón del carácter inviolable del Rey (art. 56.3 CE); b) es admisible la exención de pena, de acuerdo a las reglas generales.

Al igual que sucede con el delito de ultrajes, uno de los aspectos determinantes para la aplicación del tipo viene determinado por la necesaria ponderación entre este delito y el ejercicio de la libertad ideológica y de expresión (arts. 16.1 y 20.1 CE) respecto a determinadas conductas subsumibles en él. El TC ha resuelto que el insulto queda extramuros de la admisible crítica constitucional y por ello dio cobertura constitucional a la condena impuesta por el Juzgado Central de la Audiencia Nacional de 9-7-98, a dos sujetos que encapuchados colocaron "...la fotografía de SS. MM. los Reyes boca abajo, para ser quemada, tras el desarrollo de una manifestación precedente a la que habían acudido portando líquido inflamable, disfrazados y, por tanto, con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades", en la medida que dichos actos se inscriben dentro del discurso del odio, al incitar a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca. Tales actos no se encuentran amparados por el ejercicio de un derecho fundamental, pues "persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia", STC de 22 de julio de 2015, dictada al recurso de amparo (núm. 956-2009).

Sin embargo, la STEDH de 13 de marzo de 2018, caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, condenó a España por violación del art. 10 CEDH (libertad de expresión) al considerar que los actos de tales sujetos se enmarcan en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación. Para la Sección tercera del TEDH la escenificación de la quema de las efigies de los entonces Jefes de Estado en una especie de patíbulo resultan ser meros ele-

mentos simbólicos que tienen una relación clara y evidente con la crítica política exenta de potencialidad violenta ni de incitación al odio. El Tribunal de Estrasburgo minimiza los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los dos demandantes y demuestra su desconocimiento más absoluto de la verdadera realidad de la ruptura social entre la población de ese territorio español. En el mismo, gracias a actos como los protagonizados por los demandantes, se ha impuesto institucionalmente una realidad social que cercena las posibilidades de expresión democrática y pública de la población constitucionalista cuya mayoría oculta sus posiciones políticas debido a la presión, incluso violenta, que los movimientos que patrocinaron los actos objeto de recurso promueven con gran impunidad. Más allá de la discusión sobre la desproporción, o no, de imponer una pena de prisión de 15 meses que no implica de ordinario su cumplimiento efectivo, uno de los problemas que se suscita en estos delitos es la valoración descontextualizada de los actos objeto de tal injusto por parte de algunos Tribunales. Estos, en muchos casos, realizan una interpretación sesgada y autolimitada de las conductas típicas, focalizando su valoración sobre lo que aparentemente sería un modo de ejercer la libertad de expresión sin atender al marco general de la verdadera realidad social donde aquellas acciones se desarrollan. Los Tribunales desconocen la verdadera peligrosidad objetiva que tales comportamientos presentan para el orden constitucional derivados del contexto y la finalidad de estos comportamientos. No atienden a que con ellos se procede a una contribución cumulativa y organizada para la imposición gradual de una alteración del orden constitucional a través de la captura del ámbito público mediante actos que expresan hostilidad antidemocrática frente a quienes no piensan igual que ellos.

3. Desestabilización del orden constitucional en la “zona gris”. A propósito de las nuevas formas de golpe de Estado

El mayor peligro para las democracias constitucionales es la alteración de los fundamentos del Estado de derecho al margen de sus propias previsiones; en definitiva, de la soberanía, substituyendo o cambiando una forma o modo de poder por otro. Si arribados los años noventa los golpes de Estado parecieron ser una cosa del pasado, en la actualidad ensoberbecen de nuevo ante las crisis políticas e institucionales que padecen las democracias constitucionales. Las previsiones y sistemas penales, anclados en una visión histórica de los mismos parecen no apreciar sus renovadas formas de ejecución (Martínez, Rafa, 2014, pp. 191-212) en un marco nacional e internacional de mayor complejidad y enfrentamiento sordo que persigue la inestabilidad política y social del adversario en un escenario descrito como “zona gris” (Baqués, Josep, 2017, p. 19 y ss.).

La prevención actual de los golpes de Estado en los distintos códigos penales europeos responde a la propia historia nacional de cada país que les dota de su concreta formulación delictiva, si bien todos comparten una misma esencia de injusto: la alteración de los fundamentos y el propio orden político constitucional. La historia marca el *nomen iuris* de los delitos como de “Alta traición” contenido en el § 81 StGB¹⁶ que rememora el pasado alemán repleto de enfrentamientos bélicos entre distintos territorios de habla germana que pretendían imponerse unos sobre otros esgrimiendo razones religiosas económicas y políticas. Nada más grave en la guerra que

¹⁶ § 81 StGB. Alta traición contra la federación. (1) Quien procure, con violencia o con amenaza de violencia: 1., el perjuicio de la existencia de la República Federal de Alemania o 2., cambiar el orden constitucional basado en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, será castigado con cadena perpetua o con pena privativa de la libertad no menor de diez años. (2) En los casos menos graves, la pena es de prisión de un año a diez años.

ser un traidor y no hubo mayor desleal que aquel que durante la segunda mitad del siglo XX pretendía contribuir al comunismo y al triunfo de la RDA desde dentro de la RFA (Arroyo, 2018, p.15).

En España, uno de los grandes problemas de su historia contemporánea fueron los vaivenes pendulares a los que se vio sometido el intento de establecer un modelo de Estado liberal. Primero, frente al absolutismo, y después, frente al conservadurismo. Dichos cambios se dieron en la mayoría de los casos mediante intervenciones liberales o conservadoras de militares con prestigio social, por lo que fue habitual que los políticos de una y otra condición buscaran o trataran de instrumentalizar a los “espadones” para que dieran un pronunciamiento en su favor. De ahí la caracterización en el CP español del delito como de “rebelión”, pues aquellos se rebelaban contra el poder establecido negándose a obedecer a la autoridad constitucional al tratar de imponer por la fuerza un nuevo orden.

En nuestro país, la intervención militar nunca fue una cuestión de estamento sin politización ni contubernio civil que la acompañara. De este modo, si bien el delito de rebelión nació como prevención a esta suerte de acontecimientos, ello no obsta a su aplicación más allá de las intentonas golpistas de corte armado o paramilitar como algunos quieren ver (García Rivas, Nicolás, 2020, pp. 285-310.), en una interpretación ajena a la literalidad de los tipos, al fin de protección de la norma y a la realidad social de nuestro tiempo.

De hecho, el delito de rebelión se modificó en ciertos elementos de su estructura y se reubicó como señera de los delitos contra la Constitución creados, como ya se ha visto, por el CP de 1995, desgañándolo de su anterior localización dentro de los delitos de orden público, donde se sigue conservando la sedición. Por consiguiente, el CP dispone de una doble vía de protección frente a los alzamientos o golpes de Estado mediante el actual delito de rebelión (art. 472 y

sus distintos subtipos agravados, actos preparatorios y formas delictivas vinculadas (arts. 473-484)¹⁷ y subsidiariamente a través del delito de sedición (art. 544 CP)¹⁸. Mientras que el primero dispensa una protección directa del orden constitucional, el segundo lo hace ante una manifestación menor del golpe que pasa por resquebrajar el orden constitucional obstaculizando su vigencia mediante el impedimento de la aplicación de las leyes o el cumplimiento de las resoluciones judiciales. La discusión entre ambas vías de protección se ha puesto de manifiesto con la STS 459/2019, de 14 de octubre o Sentencia del *procès*, donde el TS niega que concurren los elementos objetivo y subjetivo de la rebelión, condenando por un delito de sedición a una serie de exconsejeros del Gobierno regional por el golpe de Estado que procuró la secesión de Cataluña del resto de España;

¹⁷ Rebelión. Art. 472 CP: Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. 2º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 3º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. 4º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias. 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional. 6º Sustituir por otro el Gobierno de la nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad. 7º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

¹⁸ Sedición. Art. 544 CP. Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

e igualmente condenó a dos dirigentes de dos asociaciones independentistas encargadas de movilizar a la población secesionista para impedir el restablecimiento del orden constitucional quebrantado desde las instituciones autonómicas. Sin duda, cabe convenir con la crítica de Gimbernat a la calificación de los hechos objeto del proceso penal como de sedición y no de rebelión (2019, p. 48 y ss.)¹⁹. En contra de apreciar ninguno de los dos delitos se ha manifestado un sector minoritario de la doctrina (García Rivas, Nicolás, 2019, pp. 1-15). Sin embargo, aquí no realizaremos una exégesis de la resolución, nuestro propósito se limita a mostrar los elementos esenciales de ambos delitos, su conexión en la defensa del orden constitucional, así como su homologación en términos comparados.

El bien jurídico protegido no es la Constitución sino el orden político-constitucional democrático, esto es, el conjunto de instituciones constitucionales democráticas e intereses fundamentales del Estado que constituyen las bases del sistema jurídico y político. Son requisitos del tipo, la concurrencia de:

- 1) “Alzamiento”: levantamiento, sublevación, insurrección o revuelta, no necesariamente militar ni armada, pero sí violenta. Tan solo requiere que la conducta se desarrolle por un colectivo de personas, que pueden ser tanto civiles como militares. Y no es necesariamente armada porque existe un subtipo cualificado que sí lo prevé (ap. 2 art. 473 CP). La doctrina admite formas

¹⁹ Nos referimos a los acontecimientos iniciados en septiembre de 2017 con la limitación inconstitucional de los derechos de los parlamentarios constitucionales, que se opusieron a la aprobación de las leyes de desconexión y que concluyeron el 27 de octubre con la declaración unilateral de independencia proclamada por el *expresident* Puigdemont en sesión del Parlamento catalán. Todo ello con el concurso de actos de violencia protagonizados por una muchedumbre alentada desde las instituciones y organizada por dos asociaciones.

de alzamiento, como la desobediencia (incumplimiento de orden o mandato) y la resistencia, cuestión que junto al acto de revuelta nos conduce a la compleja limitación con el delito de sedición.

Al principio de este apartado expusimos como no se debía confundir conceptualmente lo que son los delitos contra la Constitución de los delitos que protegen el orden constitucional; lo que es debido a la falta de sistematicidad del CP en esta materia. Precisamente el delito de sedición del art. 544 CP expresa la continuidad delictiva con el delito de rebelión cuando se dice: “Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”.

Por lo tanto, rebelión y sedición coinciden y se apartan en grado de matiz con respecto a algunos elementos típicos. Esencialmente dos: el “alzamiento público y violento” es de la rebelión y en la sedición se exige simplemente un “alzamiento público y tumultuario” no necesariamente violento. Y, en segundo lugar, la diferencia fundamental entre rebelión y sedición se encuentra en la intensidad de la afectación al orden constitucional (Gimberat Ordeig, 2019, p. 50). Mientras que la rebelión debe interpretarse como una puesta en peligro grave y directa de los fundamentos de dicho orden a través de las finalidades descritas en el tipo, el objetivo de la sedición tiene un grado menor respecto de aquella, castigando la simple alteración del Estado constitucional de derecho mediante la obstaculización de la aplicación de las leyes o del cumplimiento de las resoluciones judiciales.

- 2) “Público”: implica la presencia de una colectividad de personas y revestir, además, una forma exteriorizada o perceptible.
- 3) “Violento”: es el nervio o núcleo del delito, tiene un carácter instrumental y preordenado a los fines perseguidos. Coexisten dos posiciones en la doctrina: una que concibe exclusivamente la violencia como uso de fuerza física contra las personas; y otra, mayoritaria y aceptada por la jurisprudencia, más sistemática y acorde con el sentido gramatical y social de la repulsa a cualquier forma de violencia, que incluye la intimidación o amenaza de la violencia (como recoge también el § 81 StGB. “Quien procure, con violencia o con amenaza de violencia”), ya sea expresamente o por medio de actos concluyentes que pueden llegar a originar un clima de violencia ambiental.

El propio TS reconoce en la Sentencia del *procès* que se dieron actos violentos derivados de las constantes movilizaciones multitudinarias, acaecidas principalmente los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, y preordenadas al servicio de la finalidad suscrita por los golpistas. Sin embargo, el TS considera que los actos reiterados de violencia propiciados por la muchedumbre, amparados y consentidos por las instituciones, no serían funcionalmente adecuados para imponer la secesión de tal región y por tanto alterar el orden constitucional. Lo que justifica en la medida que fue suficiente dictar una serie de resoluciones y la aplicación del mecanismo constitucional del art. 155 CE para garantizar el orden constitucional. Además, sostiene que el Estado mantuvo el control de las fuerzas policiales en todo momento. Insistimos en que no es este el lugar para contrarrestar dogmáticamente la debilidad de estos argumentos, ni contradecir fácticamente nuevamente una visión miope sobre la comprensión de los hechos por parte de un tribunal, en este caso tal vez animado por buscar una so-

lución unánime de todos los magistrados. Si el Estado tuvo que acudir a resoluciones judiciales y al mecanismo del 155 para garantizar el orden constitucional, fue porque se puso en peligro el bien jurídico protegido. Basta, para consumir el delito, comprobar el alzamiento público y violento con la finalidad específica de alcanzar alguno de los objetivos que el art. 472 describe en los Aps. 1º a 7º y que el TS, en el caso de la Sentencia del *procès*, descarta al considerar que no se pretendía la independencia de Cataluña, sino presionar al Gobierno del Estado.

Tampoco parece tener en cuenta el Alto Tribunal que el Gobierno de la nación debió enviar a Cataluña un refuerzo de más de 8000 policías del Estado, que no solo debieron intervenir coactivamente para la defensa de la legalidad constitucional frente a la muchedumbre, sino que además fueron empleados para la protección de edificios públicos estatales por la desconfianza que se tenía de la lealtad constitucional de los mandos de la policía regional. Tal fue el peligro del triunfo del golpe tras los actos del 1 de octubre, que incluso tuvo que intervenir el Jefe del Estado haciendo uso de sus prerrogativas constitucionales mediante un discurso (Zarzalejos, 2021, p. 206 y ss.) que calificaba la situación como “momentos muy graves para nuestra vida democrática”. El Rey denunció los ataques sistemáticos de las autoridades regionales al orden constitucional, su “deslealtad inadmisibles”, y respaldó a los catalanes constitucionalistas que se veían abocados a la consideración de extranjeros en su tierra, para definitivamente subrayar el compromiso de la Corona con la defensa del sistema constitucional. Es más, también tras los hechos del 1 de octubre, el Gobierno tuvo que intensificar su acción exterior para evitar el reconocimiento de Cataluña como Estado soberano. Estos y otros hechos notorios hacen incomprensible la infraprotección penal a la que el TS sometió al orden constitucional en esta resolución.

Siguiendo con la exposición del delito de rebelión, el art. 473 CP prevé en su primer apartado un tratamiento punitivo diferenciado en función de la importancia del papel que desempeñan los intervinientes de la rebelión. Se diferencian tres niveles: a) los “jefes principales” de la rebelión. La doctrina considera que la referencia legal a quienes “hayan promovido o sostengan la rebelión” es inaplicable, puesto que tales actitudes deben materializarse por medio de una inducción (“promovido”) o cooperación necesaria (“sostengan”), siendo punible dicha conducta a ese título de participación. Podría interpretarse que el precepto pretende equiparar a la autoría esas formas de participación; b) los “mandos subalternos”, expresión con que se alude a quienes desempeñan funciones no principales de mando; c) los “meros participantes”, definidos por exclusión de los intervinientes anteriores. La pena se gradúa atendiendo al mayor o menor grado de importancia de la intervención. Asimismo, el segundo apartado del art. 473 contempla diversos tipos agravados, en virtud de supuestos específicos alternativos, siendo los tres últimos cualificados. Modalidades típicas: a) “Esgrimir armas”; b) existencia de “combate”; c) causación de “estragos” y el “corte de las comunicaciones” ocasionadas por la rebelión²⁰; d) ejercicio de “violencia grave” contra las personas, modalidad que para ser diferenciada del uso de la violencia consustancial al tipo base de rebelión exige una entidad superior a aquella; e) “exigencia de contribuciones” o “distracción de caudales públicos” por parte de los alzados. Estas hipótesis presuponen un cierto grado de consecución de los objetivos

²⁰ Como tipo agravado. Por estragos debe entenderse a aquellos hechos constitutivos del delito del art. 346, por lo que para la apreciación de esta cualificación deben verificarse todos sus requisitos, incluida la exigencia de peligro para la vida o integridad física de las personas, ya que conforme al art. 346.2 de no concurrir peligro se castiga como daños (vid. *Supra* art. 346 §§ 4 y 5);

propios de la rebelión, en tanto comportan el ejercicio de facultades de la autoridad legítima.

Conviene mencionar el lógico castigo de los actos preparatorios que dispensa el art. 477 CP para la rebelión, en lógica consonancia con la finalidad preventiva que persigue, al igual que sucede en otros ordenamientos como el alemán, donde se castiga con uno a diez años de prisión la preparación de la alta traición (§ 83 StGB). El precepto español prevé la sanción de la provocación, conspiración y proposición “para cometer” rebelión. La anticipación punitiva a una fase previa se justifica, como en Alemania, por la necesidad de anticipar la tutela de tan importante bien jurídico y prevenir las peligrosas consecuencias que comporta la ejecución del golpe para la convivencia, certidumbre y seguridad de los ciudadanos. Sin embargo, esto no puede suponer una limitación de las opiniones de secesión, cambio de modelo político o de Gobierno. De hecho, en la jurisprudencia no han constituido proposición ni provocación el deseo expresado públicamente por un presidente regional de que se reconozca a la Comunidad Autónoma que gobernaba como sujeto político dotado de identidad y personalidad propia (ATSJ País Vasco, 11/05, 1-3), ni tampoco el anuncio de realizar una consulta popular sobre el derecho a decidir del pueblo vasco y para que la sociedad vasca tenga en sus manos la capacidad de enviar a ETA, al Gobierno y a los partidos el mandato de abrir un proceso de solución del denominado conflicto vasco (ATSJ País Vasco 25/07, 27-11). Ambas conductas no suponen una invitación o incitación con el serio y firme designio de alzarse, violenta y públicamente, ya sea para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, ya sea para declarar la independencia de una parte del territorio nacional. En ambas resoluciones se manifiesta que estas afirmaciones “no se pueden interpretar más que como la expresión de un deseo y el anuncio de una intención de naturaleza política y futuro incierto. (...)

El Estado de derecho tiene mecanismos suficientes al margen del derecho penal, para, en esta fase en la que nos encontramos, frenar todo tipo de planteamientos políticos que no se ajusten a los procedimientos y cauces legales y constitucionalmente establecidos”.

Por último, no deseamos concluir este apartado sin apuntar una reflexión al hilo de la referencia efectuada a mejorar la sistematica de los delitos contra el orden constitucional. Debemos sintéticamente mostrar la necesidad de una atenta interpretación en términos contextuales de estos delitos y, en su caso, la mejor adecuación de los tipos para hacer frente de forma más eficiente a las amenazas que actualmente acechan a las democracias constitucionales. De hecho, buena parte de la mejor literatura politológica lleva tiempo tratando de las crisis de los sistemas democráticos y de sus instituciones tradicionales para dar salida a las demandas de cada vez más grupos de personas desencantados, o incluso irritados, con el modelo democrático y con la mengua del Estado del bienestar.

En este contexto aparecen amenazas: como la de los populismos, la contaminación informativa, renovadas formas de pensamiento naif, líquido o relativista, propias de la posmodernidad, junto con el renacer, como reacción a lo anterior, de ideologías, prácticas religiosas, culturales y formas de vida radicales (de extrema izquierda y derecha, auge del nacionalismo etnicista y cultural, salafismo, “guetización”...), algunas de las cuales pueden llegar a alcanzar estadios más o menos violentos y organizados, ya sea primero en forma de violencia urbana, como luego de crimen organizado o, incluso, de terrorismo. Todos estos factores tienen eminentemente uno u otro carácter según las condiciones sociales autóctonas del sistema correspondiente, pero en todo caso estarían predispuestos para su entropía, más que para un cambio explosivo del mismo, a diferencia de épocas precedentes. Además, en el escenario geoestratégico, estas

amenazas son en realidad oportunidades para desestabilizar al oponente a través de operaciones hostiles que aprovechan las circunstancias descritas de debilidad de los sistemas constitucionales.

De este modo, al igual que en la actualidad existe en los Estados democráticos una amplia zona de penumbra entre el éxito y el fracaso de los procesos de subversión o alzamiento frente al orden constitucional, también existe una amplia “zona gris” en el marco de los conflictos políticos internacionales entre bloques; o dicho de otra manera, los estados de paz y de guerra tampoco responden a un modo binario 0/1, sino que se dan entre los extremos de una gran franja para las hostilidades que comienza con la situación de paz y finaliza con la declaración de guerra. Resulta obvio que la zona gris cuenta con un número cada vez mayor de actores, capacidades y acciones clandestinas o encubiertas respaldadas por terceros Estados y desarrolladas a largo plazo. Diversas formas de terrorismo, como el bioterrorismo, la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales deben considerarse como parte de este dominio, pero también el empleo interesado de la corrupción internacional, los ciberataques, acciones de desinformación y troles informáticos, sabotadores de infraestructuras, acciones de desestabilización o subversión del sistema a través de asociaciones de activistas o mediante la captación de la voluntad de políticos institucionalizados, campañas de propaganda cultural, espionaje tradicional, espionaje industrial, compra de acciones en sectores estratégicos por intermedio de empresas instrumentalizadas, etc. Por lo tanto, como sostiene Baqués, “... sin perjuicio de cuál sea el objetivo final de la GZ [zona gris] suele desgastar a los actores afectados, deteriorando su legitimidad, su *modus vivendi*, su cohesión social, su economía o todas esas cosas a la vez, en un proceso que (...) es estratégicamente rentable” (2017, p. 21).

Las especiales características de las nuevas amenazas descritas en la “zona gris” para afectar a los intereses nacionales han provo-

cado el dimensionamiento de la necesidad de acudir a un enfoque integral y ecléctico sistematizado según la cultura jurídica y política de cada país. Por este motivo están emergiendo nuevas áreas de estudios para comprender tal realidad. Un ejemplo especialmente relevante para los cultivadores de las ciencias penales es la tendencia a prescindir de pretéritas distinciones entre seguridad interior y seguridad exterior, consolidándose el nuevo concepto de seguridad nacional como fundamento de las políticas de seguridad pública destinadas a contrarrestar aquellas amenazas. Todo ello está llamado a informar la interpretación de los actuales delitos contra el orden constitucional y su futura sistematización y adecuación a las nuevas necesidades de protección de los Estados europeos.

4. Consideraciones finales

A la luz de estas regulaciones, resulta evidente la necesidad de los ordenamientos europeos de proteger las democracias constitucionales contra los intentos de destruirlas por la fuerza o de cambiarlas en sus fundamentos de forma inconstitucional porque la vigencia del Estado, de su seguridad interna y de su capacidad para hacer cumplir el ordenamiento jurídico, contribuyen de forma elemental no solo a la convivencia colectiva sino también a la seguridad física y psicológica de sus ciudadanos, en definitiva, a cumplir con la aspiración última del Estado de derecho. Lo que no es óbice sino condición para respetar el pluralismo político base de la propia democracia constitucional. Sin embargo, todo sistema democrático constitucional debe ser igualmente protegido contra los intentos de cambiar sus principios básicos mediante vías de hecho, violencia, intimidación o sibilinas formas de captación de las instituciones con la finalidad de alterar el contenido fundamental de libertad atrincherado e indisponible al poder constituido. Lo contrario es predisponer al enfrentamiento civil, que tan san-

grientos episodios han suscitado a lo largo de nuestra común historia europea y que tan bien han sabido contrarrestar los espacios de libertad política, seguridad y bienestar garantizados por los sistemas constitucionales nacidos de la segunda postguerra mundial, y que hoy, no cabe negarlo, se encuentran en crisis. Por lo que la necesidad de su defensa se abre *prima facie* en los mismos planos donde estos encontraron su triunfo, desde el asentamiento del Estado del bienestar y del Estado de derecho, hasta la convicción compartida de una cultura constitucional sobre los que se erigen. Porque, sin duda, la mejor protección del Estado constitucional es la de garantizar la íntima convicción sobre la lealtad constitucional de sus ciudadanos y de los servidores públicos; pues tal orden solo perdura si es afirmado, apoyado y defendido por un número suficientemente grande de personas.

Sin duda, hoy, por ejemplo, en España existe un mayor desafecto hacia la cultura constitucional que hace algunas décadas, pero aún sigue siendo mucho más mayoritaria la voluntad de convivir bajo el sistema democrático de 1978, a pesar de los constantes esfuerzos por deshacer tal consenso desarrollados por una amalgama de intereses comunes de distintos grupos políticos, a través de las propias instituciones y patrocinados por no pocos apoyos de ciertos sectores económicos, que pergeñan un cambio político alterando la comunidad de comunicación y convivencia. Por ello, en este período de grave crisis y emergencia del sistema constitucional, renunciar a la defensa penal del orden constitucional supondría una contribución omisiva a la transformación antidemocrática del sistema por parte de quienes, habiéndose aprovechado del mismo durante décadas, hoy resultan privilegiados refractarios. Si el Estado no puede o no quiere imponer el castigo, entonces lo fallido es el sistema constitucional, lo que puede darse porque haya triunfado el golpe violento o porque el golpe incruento ha capturado al Estado.

Lo anterior no obsta a que la protección de la Constitución contra los intentos de derrocamiento sin duda debe toparse con los límites político-criminales del propio sistema constitucional. Los límites destinados a defender tal sistema de los ataques anticonstitucionales conducen necesariamente a restricciones de los derechos individuales y colectivos, que también están protegidos por el propio ordenamiento constitucional. Es evidente, como se pone de manifiesto en la aplicación de estos tipos penales, que la protección de la democracia colisiona con la libertad de expresión, la libertad de opinión, ideológica, de manifestación o reunión de los opositores políticos. Cuanto más amplia sea la protección del Estado en el derecho penal, menor será el margen de la libertad de los ciudadanos, lo que solo resultará legítimo en atención a una razonable justificación, pues si no se respeta tal exigencia, el derecho penal de protección del orden constitucional resultaría inconstitucional y un argumento más a favor de quienes pretenden alterar este orden. Por lo que resulta inevitable tanto un agudo ejercicio de interpretación de los tipos en su contexto, como una adecuada ponderación a la hora de comprender las disposiciones penales y la contraposición de intereses constitucionales. La justificación no puede pretender una defensa naif del ordenamiento constitucional, ni caer preso del discurso falsamente libertario e impropio de una democracia constitucional. Además, el adecuado ejercicio de la ponderación debe partir del conocimiento del verdadero peligro que directa e indirectamente se alberga detrás de muchas de las amenazas al orden constitucional y que resultan jugarse en una partida más elevada de la que aparentemente supone el mero ejercicio de una conducta penalmente típica. En muchos casos, estas amenazas juegan en el nuevo escenario de conflicto geopolítico arbitrado por terceros Estados y organizaciones y que persigue debilitar al adversario o al aliado de un adversario que demuestre una po-

tencial debilidad en su sistema social y político. Por consiguiente, las críticas de un posible debilitamiento de los derechos fundamentales nada tienen que ver con el deseo real de protección de las libertades públicas, sino que un ejercicio desviado de estas es una manera de socavar la legitimidad interna del adversario con el fin de rentabilizarlos geoestratégicamente por el patrocinador de tales acciones, sean estas las propias conductas delictivas, sean las de los defensores académicos, mediáticos o incluso institucionales²¹ de la ilegitimidad de la defensa del Estado.

Algunos Estados como el alemán, gracias a una desacomplejada cultura constitucional, han desarrollado un sistema de protección del orden constitucional más sistematizado, extenso e intenso que el español, sobre todo si se compara la amplitud y rigurosidad de sus tipos, así como la interpretación anticipatoria efectuada de los mismos. La actual situación de crisis constitucional contemporánea, conjuntamente con los procesos de laminación del sistema político, derivados de las nuevas amenazas criminales que difuminan la tradicional división entre seguridad interior / exterior del Estado y que han eclosionado recientemente procurando la desestabilización social y la destrucción del propio orden constitucional español, llaman a una profunda revivificación del pacto constitucional y a su protección penal a través de un amplio consenso político y político-criminal de aquellas fuerzas que pretendan representar a la gran mayoría del pueblo español.

²¹ Sorprende la conducta de la comisaria europea de derechos humanos, la bosnia, Dunja Mijatović, quien tras mantener contactos con líderes secesionistas catalanes se descolgó con una misiva al Gobierno español, fechada el 11 de marzo de 2021, para que despenalizara determinados delitos de expresión (enaltecimiento, injurias a la jefatura del Estado, etc.) destinados a la protección del orden constitucional y que, por otro lado, como hemos visto, están presentes y también se aplican por parte de la justicia penal de Estados europeos.

Bibliografía

- ARROYO ZAPATERO, Luis, (2018): “Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes”, en ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN; MUÑOZ DE MORALES (Dir.), *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, p.13 y ss.
- BAQUÉS, Josep (2017): “Hacia una definición del concepto ‘Gray Zone’ (GZ)”, en *Boletín IEEE bie3*, n.º 6 (abril - junio).
- BRICOLA, Franco (1973): “Teoria generale del reato”, en *Noviss. Dig. It.*, Vol. XIX, Utet, Torino, p. 7.
- CARPIO BRIZ, David I. (2015): “Comentarios a los Delitos contra la Constitución”, en MIR; CORCOY (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1560 y ss.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo (2012): *Diritto Penale. Parte Speciale*, 5ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (2019): “Luces y sombras de una sentencia histórica”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 5, pp. 1-15.
- (2020): “Rebelión (Delito de)”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 285-310.
- GIMBERAT ORDEIG, Enrique (2018): “Alemania, la euroorden y Puigdemont”, en *El Mundo*, 31 de julio.
- (2019): “Sobre los delitos de Rebelión, sedición y desobediencia en la STS 459/2019, de 14 de octubre”, en *Teorder*, n.º 26, pp. 48-57.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2007): *El Derecho Penal de Autor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 233.
- JAVATO MARTÍN, Antonio Mª (2018): “¿Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica? A propósito del caso Puigdemont”, en *La Ley*, n.º 9188, 2 de mayo, pp. 1-5.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1997): “Comentarios a los Delitos contra la Constitución”, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas. Madrid, p. 1233 y ss.
- MARCONI, Guglielmo (1997): “Voce Stato (delitti contro la personalità internazionale dello Stato)”, en *Dig. disc. Pen.* Vol. XIII, p. 582 y ss.
- MARTÍNEZ, Rafa (2014): “Subtipos de golpes de Estado: transformaciones recientes de un concepto del siglo XVI”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.º108, pp. 191-212.
- MIR PUIG, Santiago (2011): *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Ed. Iustel, Madrid.
- PACHECO, Juan Francisco (1881): *El Código penal. Concordado y comentado*, 5ª ed. Ed. Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, T. II, p. 55 y ss.
- ROXIN, Claus (1973): *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin.
- (1980): “Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen”, en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 545-552.
- (2002): *Parte General. T.I Fundamentos. Estructura de la teoría del Delito*, en Ed. Civitas, Madrid.
- STEINSIEK, Mark (1991): *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13ª ed., Ed. Walter de Gruyter GmbH, Berlín,
- TIEDEMANN, Klaus (2021): “Constitución y Derecho penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 33, pp. 145-171.
- VON WEBER, Hellmuht (1954): “El Derecho penal alemán después de la II Guerra Mundial”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 7, Fasc/Mes 1, pp.127-132.
- ZARZALEJOS, José Antonio (2021): *Felipe VI. Un Rey en la adversidad*, ed. Planeta, Barcelona.

PABLO NUEVO LÓPEZ

Profesor Agregado de Derecho Constitucional
de la Universidad Abat Oliba CEU

Educación y orden constitucional

EN EL PRESENTE CAPÍTULO SE ANALIZA LA DIMENSIÓN MORAL DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL como mecanismo de integración de los ciudadanos, la misma que se transmite a través de la educación cívica y en distintos países europeos. Para ello, se desarrollan los casos de Italia y Francia, además del caso español, en torno al reconocimiento de la educación ciudadana como mecanismo de transmisión de valores específicos. Sin embargo, se reconoce que el orden constitucional, que se asienta en unas bases culturales cuyo consenso fundamental da origen a la Constitución, enfrenta dos dificultades en una sociedad plural: cómo implementar el orden establecido en la Constitución, favoreciendo la integración y respetando el pluralismo a la vez, y cómo recomponer el consenso fundamental que se ve resquebrajado por un pluralismo creciente. Ante dichos retos, se plantea retornar a las fuentes de la cultura occidental en que germina el Estado constitucional y una apertura a los sujetos sociales con capacidad para transmitir virtudes cívicas.

1. Introducción

Se atribuye a Hannah Arendt la frase de que toda sociedad está siempre a una generación de la barbarie, pues bastan pocos años de ruptura en la transmisión de los logros civilizatorios para que las nuevas generaciones que se incorporan a la sociedad los perciban como algo completamente ajeno a su experiencia vital, poniéndolos en cuestión con riesgo de malbaratarlos, al alentar comportamientos y reivindicaciones que conducen a una destrucción sin sustitución de los acuerdos fundamentales en que se basa nuestra sociedad. Y, siendo la democracia constitucional –junto a una ordenación jurídica de la convivencia política a partir de una concreta axiología– el resultado de una determinada cultura, es evidente que la ruptura cultural tiene implicaciones en esa concreta forma política.

En mi opinión, esta idea proporciona una clave de comprensión del fenómeno del populismo que, aprovechando dicha ruptura cultural, está erosionando las democracias occidentales. Junto a factores de orden económico o sociológico, una de las causas de este fenómeno está en la dificultad, en las sociedades occidentales, de entender las bases culturales del Estado constitucional, en el que los diversos elementos normativos (elecciones libres, derechos individuales, cláusula de Estado social, sometimiento del poder al Derecho, etc.) son parte de un todo, sin que puedan entenderse de modo aislado.

En consecuencia, la comprensión de las bases culturales del Estado constitucional presenta una gran relevancia para la continua re-legitimación del sistema, pues sirve a la actualización del consenso fundamental que da origen a toda Constitución. De ahí que se haya podido señalar que previsiones “sobre la educación de una conciencia libre y democrática” constituyen garantías en lo “psicológico y educativo constitucionales”, formando parte –al menos en sentido amplio– de la defensa de la Constitución. Así, para garantizar la

democracia constitucional es preciso asegurar “el cuidado del Estado y de la Constitución mediante una educación cívica, y a través de una defensa pedagógica, educativa, informativa o positiva de la Constitución” (Denninger, 2001, pp. 454-459).

En el presente capítulo, abordaremos esta cuestión y los retos que plantea. En primer lugar, explicaremos la conexión entre el Estado constitucional y la existencia de un consenso fundamental nacional; en segundo lugar, haremos una aproximación a la relación entre educación cívica y el mantenimiento de ese consenso fundamental nacional; a continuación, haremos un breve repaso de la educación cívica en países de nuestro entorno. Por último, subrayaremos la dificultad que presenta la educación cívica, en una sociedad plural, proponiendo como alternativa un retorno a las fuentes de la cultura occidental en la que ha podido germinar el Estado constitucional y una apertura a los sujetos sociales con capacidad para transmitir virtudes cívicas.

2. Estado constitucional y presupuestos culturales del consenso fundamental nacional

El Estado constitucional es una forma política de organización, dirigida a “coordinar y distribuir las esferas de conducta humana para la realización universal de sus fines”, estableciendo un orden vinculante de la convivencia por medio de un orden racional normativo (Sánchez-Agosta, 1983, p. 97).

De acuerdo con Sánchez Agosta, “en la perspectiva de la política, el Derecho se nos presenta como la institucionalización del orden” (Sánchez-Agosta, 1983, p. 123). Siendo lo propio de la política la decisión y consiguiente acción sobre cómo ordenar la convivencia, pertenece al ámbito de las ciencias prácticas. Como pone de manifiesto Fernández-Carvajal, este carácter práctico de la política determina que se trate de “una pedagogía orientada al uso de la libertad”,

a diferencia de la técnica, a la que corresponde el marco del hacer, siendo una “destreza conducente a la fabricación de cosas exentas, desprendidas de nosotros” (Fernández-Carvajal, 1972, p. 105).

Esto implica que este orden racional tenga una intrínseca dimensión moral, que no es indiferente y que le dota de sentido; dicho de otro modo, existe un orden constitucional que, pese a ser fruto de un consenso, no se apoya en un relativismo axiológico. En esa línea, Fernández Segado señala que no puede “aceptarse una concepción de la ordenación de la vida política como mera organización planeada, como simple técnica que se aplica a la vida social para conseguir determinados fines” (Fernández Segado, 1997, p. 248).

La razón de este carácter moral del orden constitucional es que el mismo pretende la integración de los ciudadanos en la vida del Estado, o lo que es lo mismo, debe “promover la unidad” (Stern, 1987, p. 232), siendo la integración un proceso de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes (García Pelayo, 1991, p. 45).

De este modo, el Estado constitucional descansa sobre presupuestos de naturaleza sociocultural, entre los cuales destaca una homogeneidad relativa dentro de la sociedad, ya que dicha homogeneidad permite que se mantenga en las conciencias de los ciudadanos un consenso fundamental nacional como vigente (Böckenförde, 2000, p. 103).

Lucas Verdú subraya así la importancia de esta tarea de integración realizada por una Constitución que reconoce derechos fundamentales, ya que esta integración debe llevarse a cabo no de manera mecanicista, sino de modo cultural (Lucas Verdú, 1994, p. 26).

Debido a que es necesario hacer compatible la integración estatal con la autodeterminación individual, se considera que “la tarea fundamental de la integración la cumple la Constitución mediante

sus derechos fundamentales” (Hesse, 2001, p. 3). En consecuencia, el Estado constitucional pretende realizar el bien común desde el respeto de la libertad individual, pero, precisamente, bajo la existencia de una dimensión moral común que oriente dicha realización, de un lado, y limite la intromisión a dicha libertad, de otro.

Ello a través de cuestiones fundamentales para la sociedad que se encuentran decididas en la Constitución y que forman lo que Starck ha llamado “consenso fundamental nacional”, el acuerdo sobre algo más que “lo puramente competencial y procedimental”, algo más entre lo que este autor incluye expresamente los derechos humanos (Starck, 2004, p. 542). Este consenso hace referencia a un acuerdo en torno a algo que no cabe someter a votación (Böckenförde, 2000, p. 43).

De las consideraciones que anteceden se desprende que la Constitución no se limita a regular los poderes del Estado. Así, podemos señalar que el objeto de la Constitución no lo constituyen únicamente las funciones del Estado, sino que debe tenerse en cuenta que lo propio de un texto constitucional es, además de establecer quién ejerce esas funciones, regular cómo y de acuerdo con qué finalidades deben ser ejercidas dichas funciones estatales (García Pelayo, 1950, p. 106). De ahí que, en el constitucionalismo contemporáneo, la Constitución no sea solo una norma jurídica en sentido formal sino, también, en sentido material al positivizar un sistema de valores.

Ello es consecuencia obligada de la consideración del Estado como Estado social, en el que se atribuye al poder político la misión de intervenir en el orden social, con la finalidad de garantizar a todos los ciudadanos las condiciones socioeconómicas que son condición para el ejercicio de la libertad (García Pelayo, 1991, p. 23).

Por tanto, en el Estado social propio de los sistemas constitucionales contemporáneos, corresponde al mismo Estado “la responsabilidad última de la definición y alcance del bien común”

(Isensee, 2001, p. 484), a partir de los fines que para la acción estatal establecen los textos constitucionales.

Ahora bien, tanto el carácter democrático del Estado constitucional como el hecho de que las circunstancias a que tiene que atender la política estatal son cambiantes, determinan que no pueda considerarse que en la Constitución sea posible encontrar un “programa” donde esté prefigurada toda acción estatal. En este sentido, es un lugar común señalar que la legislación no es simple ejecución de la Constitución (Stern, 1987, p. 224).

Pero, además, existirá otro mecanismo de desarrollo y transmisión del referido consenso fundamental nacional a las nuevas generaciones: la educación cívica.

3. Educación cívica y consenso fundamental nacional

La educación cívica es aquella que los jóvenes reciben en el ámbito escolar, cuyo fin es garantizar que se conviertan en ciudadanos activos y responsables, capaces de contribuir al desarrollo y al bienestar de la sociedad en la que viven. Aunque sus objetivos y contenido son sumamente variados, por lo general, la educación para la ciudadanía pretende orientar a los alumnos hacia (a) la cultura política, (b) el pensamiento crítico y el desarrollo de ciertas actitudes y valores, y (c) la participación activa.

Como ponen de manifiesto Naval y Altarejos, “la ciudadanía democrática se refiere directamente a la participación activa de los individuos en el sistema de derechos y responsabilidades que tienen los ciudadanos en el seno de las sociedades democráticas. Por tanto, la educación a ella orientada, se dirigirá a la formación de jóvenes y adultos para el ejercicio de esos derechos y responsabilidades. Esto implica, tanto la formación del juicio político, como del carácter cívico, con el fin de estimular la participación de los ciudadanos en la sociedad civil

y en esos procesos de toma de decisiones políticas en el seno de una democracia constitucional” (Naval y Altarejos, 2002, p. 231).

En este contexto, es razonable pensar que la introducción de una asignatura específica de educación cívica constituye un fin de interés público, pues contribuye a transmitir a los niños y jóvenes los conocimientos necesarios para ejercer responsablemente sus derechos y cumplir con sus deberes, lo cual tiene una indudable trascendencia social.

La educación cívica por tanto implica la transmisión de valores, como pueden ser la libertad personal, la responsabilidad, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, valores que precisamente constituyen la base de la vida en común y que constituyen un orden complejo donde se podrían distinguir entre valores sustantivos o materiales, de naturaleza formal-organizativa y superiores del ordenamiento jurídico.

Esta conexión entre valores como libertad, justicia, solidaridad, responsabilidad, por un lado, y ciudadanía democrática, por otro, pone de manifiesto cómo, en mi opinión, la educación cívico-política no puede ser desvinculada del marco de la educación moral (Cf. Barrio Maestre, 1993, pp. 199-211). Aun cuando se quisiera reducir la educación para la ciudadanía a la enseñanza de los derechos humanos, quedaría la cuestión de la fundamentación de estos (esencialmente vinculada tanto a la razón de su universalidad y obligatoriedad como a la determinación del contenido concreto de cada uno de los derechos).

Por otro lado, “poner los derechos humanos como fuente ética de la educación cívica no determina cómo realizar esta prácticamente” (González y Naval, 2000, p. 232), debiendo tenerse en cuenta que la raíz ética de la educación cívica “se percibe claramente en una mutua interdependencia de las dimensiones de la justicia, tal como lo entendieron los juristas latinos: el *suum quique*

tribuere y el *alterum non laedere* son radicalmente inseparables del *honeste vivere*” (Barrio Maestre, 2000, p. 144).

Al final de cuentas, un reconocimiento y transmisión de valores a través de mecanismos educativos como se ha entendido no solo en España sino, también, en distintos países de Europa.

4. Educación cívica en países de nuestro entorno: breve repaso

En efecto, en Europa en general y en algunos países en particular, se hace un reconocimiento de la educación ciudadana de cara a la transmisión de valores específicos. Sin embargo, debido a las limitaciones de extensión del presente capítulo, conviene limitar este repaso a algunos de los países más cercanos a España: Italia, Francia y Alemania, sin perjuicio de mencionar brevemente su abordaje a nivel europeo, desde el Consejo de Europa.

4.1. Consejo de Europa

La Carta del Consejo de Europa sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 11 de mayo de 2010 por medio de la Recomendación CM/Rec(2010)7, señala en relación con la educación cívica lo siguiente: “La educación para la ciudadanía democrática destaca los derechos y las responsabilidades democráticas y la participación activa, en relación con los aspectos cívicos, políticos, sociales, económicos, jurídicos y culturales de la sociedad, mientras que la educación en derechos humanos abarca una gama más amplia de derechos y libertades fundamentales en todos los ámbitos de la vida”.

Para el Consejo de Europa, debe garantizarse un acceso universal a la educación para la ciudadanía democrática y a la educación en derechos humanos, siendo “un proceso que dura toda la

vida”, y con la finalidad de “promover los valores y los principios relativos a la democracia y a los derechos humanos”, incluyendo “la promoción de la cohesión social, del diálogo intercultural y de la conciencia del valor de la diversidad y la igualdad”.

Debido a esta finalidad, la educación cívica así entendida debe ir dirigida a reforzar la “capacidad de acción [de los estudiantes] en el seno de la sociedad para defender y promover los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”.

4.2. Italia

En Italia, si bien la enseñanza cívica fue introducida en la escuela por un Decreto de Aldo Moro en 1958, en la actualidad está regulada en una Ley de 2019.

Así, en la Ley 20/2019, de 20 de agosto, de Introducción de la enseñanza escolar de educación cívica, se prevé la formación en los principios constitucionales. En este sentido, en el art. 1 establece que:

- “1. La educación cívica contribuye a la formación de ciudadanos responsables y activos y a promover la participación plena y consciente en la vida cívica, cultural y social de las comunidades, en cumplimiento de las normas, derechos y deberes.
2. La educación cívica desarrolla en las instituciones educativas el conocimiento de la Constitución y las instituciones italianas y de la Unión Europea, para fundamentar, en particular, el intercambio y la promoción de los principios de legalidad, ciudadanía activa y digital, sostenibilidad ambiental y derecho a la salud y al bienestar de la persona.”

Por su parte, el art. 3 señala que la educación cívica comprenderá materias relacionadas con la “Constitución, instituciones del

Estado italiano, de la Unión Europea y de las Organizaciones internacionales”, “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, “educación para la ciudadanía digital”, “fundamentos del derecho, con especial atención al derecho laboral”, “educación ambiental, desarrollo eco-sostenible y protección del patrimonio ambiental”, “educación en legalidad y lucha contra las mafias”, educación en el respeto de los “bienes públicos culturales y comunes” y “formación básica en protección civil”.

La enseñanza de la Constitución está detallada en el art. 4 de la Ley, que lleva por rúbrica, precisamente, “Constitución y ciudadanía”. Ese precepto precisa que el fundamento de la educación cívica lo constituye, precisamente, “el conocimiento de la Constitución italiana”, conocimiento que debe conducir a “desarrollar competencias inspiradas en los calores de la responsabilidad, la legalidad, la participación y la solidaridad” (art. 4.1), añadiendo el apartado 2 del art. 4 una mención a la enseñanza de los estatutos regionales.

El Decreto Ministerial 35/2020, de 22 de junio, aprobó las Directrices para la enseñanza de la educación cívica. En estas Directrices, y partiendo de que la Constitución “representa la base de la convivencia y el pacto social de nuestro país”, se dispone que la enseñanza cívica debe abordar el conocimiento y reflexión sobre el significado de la norma fundamental, pues las leyes ordinarias, reglamentos, disposiciones organizativas deben estar en “coherencia con la Constitución”.

La enseñanza de la Constitución en el contexto de la educación cívica no se limita a los principios constitucionales, sino que abarca también “el conocimiento del Estado y las Regiones”, el conjunto del aparato político administrativo de los “organismos internacionales y supranacionales”, así como los conceptos de legalidad y respeto a las leyes y normas comunes en todos los entornos de convivencia.

4.3. Francia

Por lo que respecta a la educación cívica y la enseñanza de la Constitución en Francia, el artículo L122-1-1 del Código de la Educación (en la redacción dada por la Ley 2013-595, de 8 de julio) establece que “la educación obligatoria debe garantizar a cada alumno los medios necesarios para adquirir una base común de conocimientos, habilidades y cultura, a la que contribuyen todas las lecciones impartidas durante la escolarización”, señalando expresamente que esa formación debe preparar “para el ejercicio de la ciudadanía”.

Por su parte, el artículo L312-15 del mismo Código (en la redacción dada por la Ley 2019-791, de 26 de julio), precisa que “la educación moral y cívica tiene como objetivo en particular llevar a los estudiantes a convertirse en ciudadanos responsables y libres, a forjar un sentido crítico y a adoptar un comportamiento reflexivo, incluyendo el uso de Internet y los servicios públicos de comunicación en línea”, disponiendo asimismo que “esta educación incluye, en todas las etapas de la escolaridad, la formación en los valores de la República, en el conocimiento y respeto de los derechos del niño consagrados en la ley o por un compromiso internacional”.

Este precepto continúa añadiendo cuestiones éticas a la educación cívica, como la concienciación para no comprar productos elaborados con trabajo infantil, el fomento del respeto a las personas con discapacidad para conseguir una sociedad inclusiva, la adquisición de una actitud crítica ante la información disponible en Internet, etc. Sin embargo, no hay referencias a la enseñanza del sistema constitucional, más allá de la referencia a la formación en los valores de la República.

4.4. Alemania

En Alemania la educación cívica corresponde a los diferentes *Länder*, contando las constituciones de los Estados federados con pre-

visiones relativas a la educación política, destinadas a educar a los jóvenes en el espíritu de libertad, democracia y reconciliación internacional, así como en una actitud libre y democrática y la voluntad de asumir responsabilidades políticas (Baden-Württemberg, Baviera, Brandenburgo, Bremen, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Turingia).

En todos los Estados federados existe desde hace décadas una asignatura al servicio de la educación política, aunque su denominación varía (estudios sociales, estudios comunitarios, educación política, política, ciencias políticas y ciencias sociales). Además, existen planes de estudios en todos los *Länder* que prescriben el contenido, los objetivos y los métodos de la enseñanza de la política con más o menos detalle. En todo caso, las reformas de los últimos años han conducido a que, en los planes de estudios de las asignaturas relacionadas con la educación cívica, se hayan incorporado materias de economía y empresa, cuidado del medio ambiente, etc. Ello ha tenido como consecuencia que haya disminuido en el temario de estas asignaturas el peso relativo del orden constitucional democrático.

4.5. España

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Educación (en adelante, LOE) establece que, entre los principios en que se inspira el sistema educativo español se encuentra “La transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”, señalando el art. 2 de la misma Ley que, forma parte de los fines de la educación “La preparación para el ejercicio de la ciudadanía, para la inserción en la sociedad que le rodea y para la participación activa en la vida económica, social y cultural,

con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento”.

En la regulación de las diversas etapas educativas, la LOE establece como objetivo la formación para el ejercicio de la ciudadanía democrática, a partir del entendimiento de los derechos humanos como valores comunes de una sociedad plural.

En el art. 25.7 de la referida ley, se establece que “En algún curso de la etapa todos los alumnos y alumnas cursarán la materia de Educación en Valores cívicos y éticos. En dicha materia, que prestará especial atención a la reflexión ética, se incluirán contenidos referidos al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a los recogidos en la Constitución española, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad de mujeres y hombres, al valor del respeto a la diversidad y al papel social de los impuestos y la justicia fiscal, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia”.

Para el Bachillerato expresamente se señala que debe contribuir a desarrollar en el alumnado capacidades que permitan “ejercer la ciudadanía democrática, desde una perspectiva global, y adquirir una conciencia cívica responsable, inspirada por los valores de la Constitución española así como por los derechos humanos, que fomente la responsabilidad en la construcción de una sociedad justa y equitativa”.

5. Educación cívica y dificultades en una sociedad plural

Como se ha visto, el Estado constitucional admite una dimensión moral de cara a la integración de los ciudadanos y que se transmite a los distintos ciudadanos en el ámbito escolar a través de la educación cívica, conforme se reconoce en los países europeos del entorno.

Lo indicado no constituye una novedad si se toma en cuenta que el Estado depende de un *ethos* común, que no puede crear,

pues como ha puesto de manifiesto Böckenförde, la democracia y el Estado constitucional reposan sobre presupuestos de naturaleza preconstitucional (Böckenförde, 1995, p. 20).

Sin embargo, lo indicado presenta algunas dificultades en una sociedad plural. Se nos presenta así un primer problema: cómo realizar el orden político prefigurado por la Constitución, favoreciendo la integración por medio de un orden racional-normativo que, al tiempo que respeta los derechos fundamentales, asigna fines al Estado, haciendo posibles diversas soluciones a los problemas de la convivencia y respetando en consecuencia el pluralismo de la sociedad.

En un intento precisamente de responder a esta cuestión, Alexy considera que la Constitución es un orden fundamental cualitativo, en el cual se deciden “asuntos fundamentales para la comunidad”. Pero teniendo en cuenta que el carácter democrático del Estado impone que no todos los asuntos fundamentales para la comunidad estén decididos de una vez para siempre, a su entender este orden cualitativo es además un orden marco. A este respecto pone de manifiesto que: “Esto es posible si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución” (Alexy, 2002, pp. 22-23).

Con estas premisas, el pluralismo creciente de las sociedades occidentales plantea un segundo problema: si el constitucionalismo nace en una sociedad culturalmente homogénea (Ruiz Miguel, 2003, p. 210 y ss.), ¿cómo es posible recomponer ese consenso fundamental cuando se resquebraja la homogeneidad cultural de la sociedad?

La respuesta de los órdenes constitucionales occidentales a esta pregunta ha sido la de fomentar la intervención del Estado en la cultura, así como la de señalar una serie de principios que deben impregnar la educación y el propio sistema educativo, dado que “el sistema de formación y de educación que exista en una sociedad tiene un significado especial para la persistencia, el desarrollo o la destrucción de la homogeneidad relativa en ella” (Böckenförde, 2000, p. 104). Y es que para poder seguir existiendo como unidad de acción, el Estado tiene necesidad de que las personas que lo integran, en su actuar, reafirmen y reproduzcan constantemente dicha unidad (Böckenförde, 2006, p. 598).

Lo indicado no quita la dificultad implícita en todo proceso de integración, sobre todo en aquellas sociedades donde se integran personas o grupos con cosmovisiones o tradiciones muy disímiles. Más aún cuando el Estado no puede impedir que los grupos capaces de aportar “reservas morales” a la sociedad lo hagan.

Como señala Starck, la apertura a todas las fuerzas presentes en la sociedad constituye un elixir para el Estado, al tiempo que contribuye a la formación de ciudadanos moralmente responsables. De este modo, “gracias a la existencia de una ética social e individual motivada religiosamente, el Estado consolida al mismo tiempo sus propios fundamentos morales” (Starck, 2004, p. 28).

Sin embargo, ante ello, resultará importante tener en cuenta las fuentes de la cultura occidental en la cual se incardina la sociedad y en la que ha podido germinar el Estado constitucional, tornando a ellas, en apertura a los sujetos sociales con capacidad para transmitir virtudes cívicas, y, claro está, en la medida que sea *ius-fundamentalmente* adecuada.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2002): “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62.
- BARRIO MAESTRE, J. M. (1993): “La educación moral y el futuro de la democracia en Occidente”, *Revista de Ciencias de la Educación*, n.º 154.
- BARRIO MAESTRE, J. M. (2000): “Educación para los derechos humanos”, *Hacia una cultura de los derechos humanos*, Universidad de Verano de derechos humanos y del derecho a la educación, FERNÁNDEZ, A. (ed.), Ginebra.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1995): “Sobre el Derecho y el Estado”, entrevista realizada al profesor E.-W. Böckenförde por J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 7.
- (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- (2006): “Concetto e problemi dello Stato Costituzionale”, *Stato, Costituzione, Democrazia*, Giuffrè Editore, Milano.
- FERNÁNDEZ CARVAJAL, R. (1972): “Notas para una crítica del conocimiento político”, *Estudios de Ciencia política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Universidad Complutense, Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1997): “La dimensión axiológica del Derecho constitucional”, *Estudios de Derecho constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, Murcia.
- GARCÍA PELAYO, M. (1950): *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid.
- (1991): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid.

- GONZÁLEZ, M. y NAVAL, C. (2000): “Una aproximación a la educación para la ciudadanía en Europa en la última década”, *La educación cívica hoy. Una perspectiva interdisciplinar*, en NAVAL, C. y LASPALAS, J. (eds.), EUNSA, Pamplona.
- HESSE, C. (2001): “Constitución y Derecho constitucional”, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.
- ISENSEE, J. (2001): “El dilema de la libertad en el Estado de Derecho”, *Anuario de Derechos Humanos, vol. 2* (nueva época), Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- LUCAS VERDÚ, P. (1994): “Reflexiones en torno y dentro del concepto político de Constitución. La Constitución como norma y como integración política”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 83.
- NAVAL, C. y ALTAREJOS, F. (2002): “Educar para la participación”, en GARCÍA GARRIDO, J. L. (ed.), *La sociedad educadora*, Fundación Independiente-Caja Madrid, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, C. (2003): “El constitucionalismo cultural”, *Cuadernos constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional*, n.º 9.
- SÁNCHEZ-AGESTA, L. (1983): *Principios de Teoría política*, Editora Nacional, Madrid.
- STARCK, C. (2003): “Éducation religieuse et Constitution”, *Revue française de Droit constitutionnel*, n.º 53.
- (2004): “Consenso fundamental nacional y Tribunales Constitucionales (Una reflexión jurídica comparada)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8.
- STERN, K. (1987): *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.



En tiempos de erosión de las instituciones de la democracia constitucional y del Estado de derecho y de aprobación de reformas legislativas e incluso constitucionales por parte de gobiernos y mayorías populistas, resulta no solo conveniente sino también necesario plantearse cómo afrontar tales crisis políticas y constitucionales. Las constituciones nacionales, en particular las de los Estados miembros de la Unión Europea, prevén mecanismos de garantía de la democracia constitucional y en no pocos casos también instrumentos de defensa del orden constitucional. Por ello es pertinente evaluar si dichos mecanismos resultan adecuados para frenar y hasta revertir la erosión constitucional y también reflexionar sobre la necesidad de introducir nuevos instrumentos que sirvan más eficazmente a la defensa de la Constitución y la democracia. En esta obra, varios profesores de Derecho público de diferentes universidades españolas afrontan el tema desde una perspectiva jurídico-constitucional, con un estudio de las posibilidades que ofrece el Derecho español y las aportaciones de las experiencias de Derecho comparado más relevantes.



Libro gratuito. Prohibida su venta