

Coords.
B. Aláez Corral, A. Arias Castaño,
M.A. Presno Linera, P. Requejo Rodríguez,
I. Villaverde Menéndez

ESCRITOS EN HOMENAJE

A

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO



Universidad de Oviedo

2021

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

HOMENAJES

Coords.
B. Aláez Corral
A. Arias Castaño
M. A. Presno Linera
P. Requejo Rodríguez
I. Villaverde Menéndez

ESCRITOS EN HOMENAJE A

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO



Universidad de Oviedo

2021



Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Aláez Corral, B.; Arias Castaño, A.; Presno Linera M. A.; Requejo Rodríguez, P.; Villaverde Menéndez, I. (Coords.) (2021). *Escritos en homenaje a Francisco J. Bastida Freijedo*
Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2021 Universidad de Oviedo

© Los autores

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>



Esta Editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

servipub@uniovi.es

www.publicaciones.uniovi.es

ISBN: 978-84-18482-26-7

DL AS 1901-2021



Francisco J. Bastida Freijedo

AUTORES (por orden alfabético)

Benito Aláez Corral
Leonardo Álvarez Álvarez
Alberto Arce Janáriz
Abel Arias Castaño
Ignacio Fernández Sarasola
Antonio Filio Franco Pérez
Patricia García Majado
Miguel A. Presno Linera
Paloma Requejo Rodríguez
María Valvidares Suárez
Ignacio Villaverde Menéndez

Sumario

Presentación	11
La acomodación constitucional de la secesión: el caso español	13
Benito ALÁEZ CORRAL	
Lealtad constitucional y partidos políticos	61
Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
El régimen electoral del Principado de Asturias	91
Alberto ARCE JANÁRIZ	
La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión	111
Abel ARIAS CASTAÑO	
Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista	141
Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA	
La constitucionalización del programa político bolchevique en 1918	167
Antonio-Filiu FRANCO PÉREZ	
El ciudadano en la reforma de la Constitución: la participación directa	179
Patricia GARCÍA MAJADO	
Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)	207
Miguel A. PRESNO LINERA	

El procedimiento de reforma de la Constitución española y las minorías parlamentarias	241
Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ	
La (des)igualdad por razón de sexo/género en el espacio público (de un Estado) social	267
María Ludivina VALVIDARES SUÁREZ	
Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»	313
Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	

Presentación

Las circunstancias sanitarias no nos han permitido disfrutar de Paco Bastida durante su último curso en la Universidad de Oviedo antes de su jubilación con la cercanía de siempre. Le hemos echado en falta. Ni Teams ni Whatsapp son comparables, especialmente para los que ya tenemos una edad, con las charlas en su despacho o en los pasillos sobre cualquier tema vinculado al Derecho Constitucional o con la marcha de la docencia universitaria. Aunque somos de los afortunados que incluso este año hemos tenido mucho que celebrar, no hemos podido hacerlo, ni tampoco ahora se dan las condiciones para homenajear a Paco como se merece y hubiéramos querido; juntos.

Así todo, sin perder la esperanza en que esto pronto pueda suceder, no hemos renunciado a intentarlo en la medida de lo posible.

En un acto inevitablemente virtual, contando con la complicidad de sus colegas los profesores Ricardo Chueca, Marc Carrillo y Francisco Caamaño, cuya implicación desde el primer momento agradecemos vivamente, se ha puesto en valor su aportación al Derecho Constitucional español.

Los más cercanos, sus compañeros del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, pretendemos con esta obra dejar constancia de su magisterio, de su presencia e influencia de un modo u otro en nosotros y en nuestro trabajo. Con este propósito ofrecemos una selección de textos ya publicados que por distintos motivos guardan alguna relación con él, como cada uno explicamos en las páginas que los preceden.

Por utilizar una expresión tan próxima a Paco y a su obra, borrosa, en lo que tiene de incierta, es desgraciadamente la época en la que ha coincidido su «despedida», que estamos seguros no lo será del todo, pero lo que nunca será borrosa es la huella que deja su paso por la Universidad y por nuestra vida académica.

Los coordinadores

BENITO ALÁEZ CORRAL

El texto que sigue representa en buena medida un punto culminante de la relación personal y académica que me ha unido durante casi treinta años a Paco Bastida, así como es nítida expresión de su grandeza como maestro. De entre las muchas virtudes que Paco atesora dos son, a mi entender, las que sobresalen y tienen una irrepetible impronta sobre la ciencia del derecho constitucional: la primera es su instinto para identificar los problemas a analizar y las cuestiones teórico-constitucionales subyacentes que es preciso abordar para realizar un análisis científico-jurídico solvente. La segunda es su generosidad intelectual para dar siempre a sus discípulos su conocimiento, su consejo, sus inquietudes, sin esperar recibir nada a cambio y desequilibrando en beneficio de estos una balanza, que en muchos sitios está aún más marcada de lo que sería deseable por una imagen feudal de la academia.

En efecto, desde que comencé mi andadura académica bajo su magisterio, allá por 1993, Paco siempre dio muestra de estas dos virtudes: primero aceptó con generosidad mi empeño en hacer la tesis doctoral sobre la reforma constitucional -aunque no era una de sus propuestas-, y con su conocimiento e instinto me llevó de la mano a lo que sería el marco metodológico en el que me he movido desde entonces, la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. Un marco metodológico sobre el que, con idéntica generosidad, él mismo se propuso dialogar conmigo, contraponiendo a la binariedad luhmaniana, su teoría de la soberanía borrosa basada en la lógica difusa del matemático Lofti Zadeh. Después supo ver, antes que nadie, la transformación que estaba produciéndose en la consideración jurídica del menor, y me animó a abordarla desde una perspectiva constitucional en un diálogo continuo. Lo mismo se puede decir de la posición jurídica de los nacionales y los extranjeros, del derecho a la educación, de la libertad religiosa, de la multiculturalidad y de tantos y tantos temas de investigación entrelazados, a los que me he aproximado gracias a Paco, y en constante diálogo

académico con él, que no solo me ha hecho más fácil el trabajo investigador, sino que me ha enriquecido en una forma que no puedo describir con palabras.

Y así llegamos a la cuestión objeto de este trabajo, la secesión, antes de que Cataluña la hubiera acordado. A estas alturas de nuestra pequeña intrahistoria académica, resultó una continuidad natural a nuestro diálogo científico que nos permitiéramos escribir conjuntamente un trabajo sobre la inclusión en el texto constitucional de un procedimiento de secesión, no solo repartiéndonos las partes de su estructura, sino construyendo por consenso y de común acuerdo el conjunto y las partes de las que cada uno se hizo responsable. Pero merece la pena recordar nuevamente que este trabajo que aquí aparece y que es reflejo de nuestro trabajo científico colaborativo de décadas también está marcado por la generosidad de un maestro hacia su discípulo: primero, porque en lugar de pretender exponer él el resultado del trabajo conjunto en el primer Congreso en el que tuvimos oportunidad de hacerlo, prefirió generosamente que fuera yo quien lo expusiera; segundo, porque, ante un desgraciado accidente que me imposibilitó realizar dicha exposición, fue él quien lo expuso» en mi nombre», cuando podría haberlo expuesto en el suyo tanto como en el mío, sino más; y tercero, porque siendo él el verdadero artífice de toda mi carrera académica, incluido este trabajo, su nombre debería aparecer en primer lugar de autoría del mismo, pero su generosidad le llevó, como siempre, a que ello no fuera así y a que mi nombre apareciera el primero.

Puede que se vea como una mera sucesión de anécdotas, pero para mí es la manifestación del carácter de un verdadero maestro y mejor amigo.

La acomodación constitucional de la secesión: el caso español*

Benito Aláez Corral / Francisco J. Bastida Freijedo

I. Planteamiento del problema territorial español desde una perspectiva normativa

1. El bloqueo del debate territorial en el Estado español

Hoy en día cabe afirmar que España es un Estado pluriétnico,¹ no en el sentido de que sea un conjunto de naciones soberanas, sino en el de que en él existen –y han existido históricamente bajo diversas formas de organización política– colectividades territoriales con una identidad propia que se materializa en diversas aspiraciones de autogobierno, desde la descentralización autonómica hasta la autodeterminación independentista. Esta identidad puede expresarse políticamente a través de diversos conceptos como región o nación, pero históricamente nunca se ha formalizado en una nación política soberana, por más que esto haya sido una reivindicación de algunos partidos nacionalistas. Solo la nación española, en tanto patria común de todos los ciudadanos españoles, ha sido el sujeto colectivo moderno de imputación de la soberanía estatal.

* Texto publicado en Requejo Rodríguez, P. (coord.), *Fundamentos*, vol. x: «La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura», Junta General del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, Oviedo, 2018, págs. 243-298.

¹ Siguiendo el concepto de etnicidad de Peoples/Bailey, 2011, págs. 387 y ss., conforme al cual «un grupo étnico en esencia es una denominada categoría social basada en la percepción de una experiencia o tradición compartida».

La Constitución Española de 1978 (CE) recoge en buena medida este planteamiento de pluriétnicidad en su actual art. 2 con el reconocimiento del derecho de las nacionalidades y regiones a acceder a la autonomía política dentro de la unidad de la nación española, así como con el reconocimiento y amparo de unos derechos históricos de los territorios forales (Disposición Adicional 1.^a). Todo ello con la consideración de que la nacionalidad o región que puede ejercer ese derecho a la autonomía viene definida en su art. 143.1 por una conjunción del elemento voluntarista con el elemento étnico: «las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica» que impulsan, a través de las instituciones preautonómicas, la voluntad de su ciudadanía de acceder al autogobierno y convertirse en Comunidades Autónomas mediante los procedimientos previstos en el Título VIII.

Ciertamente, en los cuarenta años de vigencia de la CE de 1978 se ha avanzado mucho en el desarrollo del Estado autonómico a través de su concreción política por las normas del bloque constitucional, del que forman parte esencial los Estatutos de Autonomía, las leyes previstas en el art. 150 CE y la propia jurisprudencia constitucional.² Sin embargo, una vez más en nuestra historia, este proceso de desarrollo del Estado autonómico no ha servido para resolver de forma definitiva el debate territorial que secularmente ha caracterizado nuestro Estado desde los albores del constitucionalismo hispánico. Se ha llegado a un punto en el cual las pretensiones de autodeterminación de algunos territorios, manifestadas por grupos políticos con relevante implantación electoral e incluso formalizadas por sus instituciones autonómicas, no encuentran acomodo en el actual marco de autonomía política. La reinterpretación del bloque constitucional y las mutaciones constitucionales³ utilizadas hasta el momento como instrumentos para el desarrollo del proceso autonómico ya no son medios ni adecuados ni suficientes para afrontar este basilar problema constitucional.

En el presente siglo se han hecho más patentes los intentos de plasmar en España expectativas de autodeterminación de colectividades territoriales que desbordan el marco constitucional, por muy laxamente que se interprete este. Así, cabe recordar la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (más conocida como *Plan Ibarretxe*), que aprobó el pleno del Parlamento vasco el 30 de diciembre de 2004 y envió al Congreso de los diputados, cuyo pleno la rechazó el 1 de febrero de 2005. Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/2008, de 11 de septiembre, declaró inconstitucional la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, que preveía aquel Plan. Más reciente está, y aún sigue activo, el proceso soberanista (*el procés*) iniciado por las instituciones de la Generalitat ca-

² Requejo Rodríguez, 1997, págs. 57-105.

³ Siguiendo a Böckenförde, 1993, págs. 6 y ss., la mutación constitucional es entendida como «la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que haya un cambio en el texto constitucional por el procedimiento a tal efecto previsto».

talana, cuya primera formalización tuvo lugar con la «Declaración de Soberanía y del derecho a decidir del Pueblo de Cataluña», aprobada por el Parlament el 23 de enero de 2013 y declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 42/2014, de 25 de marzo). Tras una consulta popular organizada de manera inconstitucional por la Generalitat en noviembre de 2014 y después de una elecciones autonómicas calificadas como plebiscitarias, el nuevo Parlament aprobó la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, de referéndum de autodeterminación, y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad jurídica y fundacional de la República, también declaradas inconstitucionales respectivamente por la STC 114/2017, de 17 de octubre, y por la STC 124/2017, de 8 de noviembre. El 1 de octubre de 2017 se celebró el plebiscito, pese a la advertencia del Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad. El 10 de octubre el presidente de la Generalitat declaró la independencia de Cataluña, aunque suspendió su eficacia segundos después. Días más tarde, el 27 de octubre, previo requerimiento al presidente de Cataluña, que fue inatendido por este, el Senado autorizó al Gobierno a aplicar el art. 155 CE a esta Comunidad Autónoma, esto es, la coacción estatal para el cumplimiento de las obligaciones autonómicas o para la protección del interés general frente a un grave atentado por parte de la Comunidad Autónoma, cuya vigencia duró hasta la toma de posesión el 29 de mayo de 2018 del nuevo Gobierno de la Generalitat salido de las elecciones al Parlament de 21 de diciembre de 2017, que no cambiaron sustancialmente la composición política de este previa a la aplicación del art. 155 CE.⁴

Del discurso jurídico-constitucional presente en la jurisprudencia citada se desprende claramente que este pretendido derecho a la secesión unilateral de una parte del territorio nacional no está contemplado en el texto constitucional de 1978, ni puede ejercerse sin una previa reforma constitucional, dada su incompatibilidad con la imputación de la soberanía al pueblo español y con la afirmación de la indisoluble unidad de la nación española establecida en los arts. 1 y 2 CE.⁵

Por tanto, el debate territorial se encuentra en la actualidad en una situación de bloqueo jurídico,⁶ pues algunas entidades territoriales tratan de expresar, a través de sus instituciones democráticas, una expectativa de autodeterminación externa (independencia o libre asociación con el Estado), que solo se vería satisfecha si pudieran decidir unilateralmente acerca de su secesión, cosa que el vigente sistema constitucional no permite. Esta situación resulta peligrosa para la vigencia de la legalidad constitucional democrática, ante la posibilidad de que dichas entidades territoriales traten de estabilizar, en contradicción con el sistema constitucional vigente (aunque sea pacíficamente), aquella expectativa moral o política de autodeterminación externa, y que, frente a ello, las instituciones estatales se limiten a afirmar la inexistencia de cobertura constitucional para tal expectativa y a aplicar la coacción legal para imponer el ordenamiento jurídico

⁴ Sobre la cronología documentada del *procés*, véase <http://www.aelpa.org/el-proceso-catalan/> (consultada el 20 de agosto de 2018).

⁵ Véase, por todos, la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º.

⁶ Cfr: López Basaguren, 2013, págs. 99 y ss.

vigente. Poco importa a estos efectos, desde el punto de vista de la eficacia del sistema constitucional de 1978, que dicha expectativa identitaria de algunas partes del territorio español tenga una base histórica real o que sea meramente imaginada por la ciudadanía que la sostiene.

Desde este punto de vista parece lógico tratar de buscar instrumentos constitucionales con los que abordar de nuevo la cuestión territorial, para darle un marco que canalice a largo plazo las tensiones identitarias, no pareciendo muy adecuado para la eficacia del principio democrático asentarse en el inmovilismo del marco constitucional vigente (que es modificable) y no hacer nada.⁷ Por otra parte, a tenor de los resultados electorales en algunos de estos territorios en los que se presenta esta crisis del modelo territorial,⁸ así como a la luz de los estudios de opinión sobre el apoyo al independentismo realizados a lo largo de las últimas décadas en los territorios en que la cuestión identitaria es socialmente más pujante,⁹ no parece seguro que una mera transformación constitucional hacia un modelo federal –incluso aunque se construya sobre la base del federalismo asimétrico– vaya a ser suficiente para colmar la expectativa de autodeterminación de una parte significativa de la ciudadanía de algunas entidades territoriales. Cuando en esa parte de la ciudadanía ha calado la idea de que existe un «derecho a decidir» que incluye la opción de separarse del Estado español, debería pensarse en cómo adecuar constitucionalmente esa aspiración colectiva.

El presente trabajo no pretende estudiar desde una perspectiva política, filosófica o moral la existencia o no de un derecho de los pueblos organizados territorialmente hoy en día en Comunidades Autónomas a decidir su destino.¹⁰ Tan solo analizar la necesaria correlación entre el principio de legalidad y el principio democrático a la hora de buscar una salida constitucional que sea funcionalmente adecuada para canalizar el debate territorial en ordenamientos como el español, en los que *de facto* existe un problema recurrente de identidad nacional, que se manifiesta en la autoafirmación de la propia soberanía local y del derecho a decidir sobre la secesión, en frontal conflicto con la soberanía del Estado. En otras palabras, el «déficit de acomodo

⁷ Un interesante cuestionamiento de la compatibilidad de la pasividad del Estado con la democracia en relación con el tema territorial se puede ver en Ferraiuolo 2018, págs. 1 y ss.

⁸ Piénsese que, tras la aplicación de la coacción estatal del art. 155 CE, aprobada por Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, el presidente del Gobierno disolvió el Parlamento de Cataluña y convocó elecciones, en las que la mayoría independentista (formada por los partidos o coaliciones de Junts per Catalunya, ERC y CUP) obtuvo la mayoría absoluta de escaños en el Parlament (70 de 135) con un porcentaje del 47,5% del voto válido, manteniéndose la polarización política existente antes de la aplicación del art. 155 CE. Datos obtenidos de <http://gencat.cat/economia/resultats-parlament2017/09AU/DAU09999CM.htm?lang=es> (consultado el 20 de agosto de 2018).

⁹ Incluso aunque haya disminuido el apoyo al independentismo en los últimos años, según los estudios de opinión ha llegado a moverse en algunas CC.AA. históricas entre el 24% (País Vasco) y el 44% (Cataluña) de la ciudadanía, lo que hace que esta expectativa sea cuando menos merecedora de análisis; *cfr.* Euskobarómetro de mayo de 2014 <http://www.ehu.eus/documents/1457190/1525260/EB+mayo+14+web.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2018) y *Enquesta sobre context polític a Catalunya del Centre de Estudis d'Opinió*, de diciembre de 2014 - REO 760 <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/loadFile?fileId=23053&fileType=1> (consultado el 3 de febrero de 2018). Sobre la evolución y el crecimiento de la opción secesionista desde 2002, véase Grau, 2011, págs. 200 y ss.

¹⁰ En un sentido semejante, requiriendo diferenciar las distintas cuestiones filosóficas, políticas y jurídicas que plantea el análisis del derecho a la secesión, Weinstock, 2001, págs. 182-183.

dación» que se alega ahora desde el independentismo ya no consiste principalmente, como hace años, en carencias competenciales o financieras, soluble mediante un mejor encaje de Cataluña o el País Vasco en el Estado español, sino en la falta de un cauce jurídico para la separación. Este trabajo trata de explicar cómo remediar este déficit de acomodación a través de una reforma constitucional que, manteniendo el respeto a la legalidad constitucional, acomode democráticamente (con respeto a las mayorías y a las minorías) las expectativas de secesión de entidades territoriales del Estado español como Cataluña o el País Vasco.

2. *El supuesto derecho a decidir*

Conviene hacer determinadas precisiones en la medida en que el discurso secesionista quiere articularse sobre la cesura entre el principio de legalidad y el principio democrático, de manera que, si bien el derecho a decidir (la secesión) no está expresamente positivizado en la legalidad constitucional, se insiste en que cabe deducirlo del principio democrático que la propia Constitución establece. De este modo, se pretende un triple objetivo: situar la reivindicación en el terreno de la democracia y de los derechos individuales, no de la soberanía colectiva; afirmar que el derecho a decidir no es solo moral o político, sino que tiene un anclaje jurídico-constitucional en el principio democrático; y, finalmente, deslegitimar al Estado español en cuanto usa, por así decirlo, el *corpus iuris* de la Constitución para impedir que su alma democrática despliegue todos sus efectos. La conclusión es que el comportamiento antidemocrático del Estado justifica la declaración unilateral de independencia.

En todo caso, se debe aclarar que la teorización del derecho a decidir discurre por un camino inverso al del derecho de secesión.¹¹ Este último se construye a partir de un sujeto colectivo, el pueblo, que se afirma como soberano, negando por tanto cualquier sometimiento a un derecho nacional que no sea el creado por él. Sin embargo, este derecho de secesión está huérfano de una fundamentación teórico-democrática que no sea de tipo moral, dado que precisamente entre las paradojas de la democracia están la imposibilidad lógica de definir democráticamente las fronteras territoriales del Estado, e incluso de definir democráticamente el tamaño del pueblo que quiere autodeterminarse, porque no hay democracia sin derecho previo que la establezca y organice.¹² El pueblo que reclama su derecho a autodeterminarse apela prejurídicamente a su condición de sujeto soberano, pero no a su condición de sujeto democrático predeterminado por el derecho. Afirma su identidad en función de criterios como el idioma, la raza, la cultura o la historia que, además de poder tener un sesgo excluyente, se entiende que están por encima de cualquier otra consideración, democrática o no. La proclamación del derecho a autodeterminarse es un mero ejercicio de autoafirmación como pueblo con la pretensión de eficacia externa, que es donde está el mundo del derecho. Aquí es donde aparece el nexo con la democracia, porque el derecho

¹¹ Existe una amplia bibliografía al respecto. Véase por todos, Barceló, 2015, págs. 19 y ss.

¹² *Cfr.* Offé 1998, pág. 117.

de autodeterminación aparenta ser democrático no por su esencia, sino por reflejo de lo que en un sistema jurídico se puede calificar como democrático/no democrático. En otras palabras, con arreglo a los criterios democráticos establecidos por el ordenamiento jurídico (pluralidad, igualdad y no discriminación, protección de las minorías, reconocimiento de identidades territoriales, autonomía territorial, etcétera) se interpreta que no sería democrático negar constitucionalmente el derecho de autodeterminación, y de ahí se deduce que este autoproclamado derecho prejurídico y predemocrático es un derecho democrático que debe ser respetado. O sea, se pone el carro delante del caballo. Pero como sus defensores saben que en el mundo moderno no hay legitimidad sin legalidad, buscan, no obstante, con denuedo el reconocimiento jurídico de este derecho en el derecho internacional, como luego se expondrá, dado que solo muy excepcionalmente lo encuentran en el ámbito constitucional.

A diferencia del derecho de secesión, el derecho a decidir pretende tener un encaje constitucional sin recurrir a planteamientos prejurídicos. No pugna, al menos en apariencia, con la soberanía del pueblo estatal; se deduce, según sus teóricos, del principio democrático que proclama la Constitución y que se plasma en el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través del sufragio. Por tanto, es un derecho de titularidad individual –el sujeto del derecho no es el pueblo–, pero de ejercicio colectivo por los que forman ese pueblo. Dicho así, el derecho a decidir no diferiría del derecho a participar en los asuntos públicos que reconoce el art. 23.1 CE. En este sentido, los catalanes ejercen su derecho a decidir cuando ratifican en referéndum su Estatuto de Autonomía o cuando eligen periódicamente a su Parlamento. Sin embargo, lo que se pretende al afirmar que se trata de un derecho de nuevo cuño es que su objeto no tiene límites y, por tanto, sirve para pronunciarse sobre cualquier materia, no solo de autodeterminación interna, sino también externa. Indudablemente esta ausencia de límites pugna con los límites materiales y procedimentales que establece o puede establecer la Constitución, pero para solventar esta objeción se emplaza tal derecho en el ámbito de una mera consulta a los ciudadanos de la entidad territorial, como un simple ejercicio colectivo de la libertad de expresión. En esta operación de marketing jurídico el derecho a decidir se acaba presentando como un derecho a opinar sobre cualquier materia y se omite el efecto decisorio vinculante. Su negación o el impedimento de su ejercicio se consideran un atentado a la democracia, uno de cuyos pilares fundamentales es la libre manifestación del pensamiento.

La idea de que el derecho a decidir encuentra encaje constitucional tiene como función no tanto afirmar su existencia –se da por supuesto en el principio democrático– como articular jurídicamente su ejercicio, o sea, el procedimiento por el que el ciudadano pueda expresar su voto sobre si quiere o no la secesión. De ahí que la polémica se haya centrado desde el primer momento en la interpretación y aplicación de los instrumentos de democracia directa (referéndum, consultas populares) dispuestos en el ordenamiento constitucional y autonómico.¹³

¹³ Véase Cagiao y Conde, J., 2015, págs. 142 y ss. Incluso hay quienes, considerando que el derecho a decidir es solo un derecho moral, auspician diversas vías para hacer posible una consulta a los catalanes sobre su destino. Entre los más significativos, Rubio Llorente, F., 2012.

Este esfuerzo teórico jurídico por encuadrar el derecho a decidir en el ámbito de los derechos fundamentales y de la democracia liberal choca, no obstante, con su fundamentación política y con su formulación en resoluciones jurídicas. Así, la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña de 2013, lleva por título «la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña». El derecho a decidir se concibe aquí como un derecho de titularidad colectiva del pueblo de Cataluña, y, en cuanto derivado de la atribución a este de un poder soberano, no estaría sometido a reconocimiento jurídico por parte del Estado español. Por tanto, no es de titularidad individual y ejercicio colectivo, como se pretende enseñar, sino al revés.

De esta confusión de conceptos no se libró el Tribunal Constitucional. Al enjuiciar la constitucionalidad de esta Resolución en su STC 42/2014, de 25 de marzo, separó la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña de la declaración de su derecho a decidir. La primera la juzgó inconstitucional por contraria al arts. 1.2 CE, que residencia la soberanía en el pueblo español. Sin embargo, salvó la declaración del derecho a decidir del pueblo de Cataluña al desvincularla de la primera, pese al título de la Resolución. Mediante una interpretación muy discutible, acepta la constitucionalidad del derecho a decidir siempre que no se conciba «como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir» (FJ 3.b). El problema es que en todos los hitos parlamentarios y gubernamentales del *procés* el punto de partida y de llegada es la proclamación de la soberanía del pueblo catalán y de su derecho a decidir, cuyo ejercicio se prefiere que sea ajustado a la legalidad constitucional, pero se considera que no está condicionado por ella.¹⁴

La Constitución reconoce y garantiza un derecho colectivo de las nacionalidades y regiones a autodeterminarse internamente (art. 2) y el rey en su juramento de proclamación se compromete a respetar los derechos de las Comunidades Autónomas (art. 61.1 CE). Pero, como en la casi totalidad de los países, democráticos o no, no se establece un derecho de autodeterminación externa de ninguno de los pueblos de España,¹⁵ o sea, no se contempla el hecho de la secesión y menos aún como un derecho.

¹⁴ Como se puso de manifiesto, sobre todo en 2017, con la aprobación por el parlamento catalán de la Ley 19/2017 de referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña, la Ley 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, y la celebración de un referéndum ilegal y, finalmente, la declaración de independencia, todo ello declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Véase al respecto <http://www.aelppa.org/el-proceso-catalan/> (consultado el 20 de agosto de 2018).

¹⁵ La Constitución de 1978 alude a los pueblos de España en su Preámbulo, pero integrados en la nación o pueblo español, único titular de la soberanía (La Nación española, «en uso de su soberanía proclama: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»). También, en un sentido más localista, en el art. 46: «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

Si, por las razones que sean, se ha hecho fuerte y consistente social y políticamente una expectativa de autodeterminación externa en un determinado territorio, el ordenamiento constitucional democrático debe dar una respuesta inclusiva a esa expectativa y no represiva, única manera de garantizar en el tiempo su eficacia a través de su legitimidad democrática. La solución jurídica no está en invocar derechos subjetivos que la Constitución no establece ni el derecho internacional reconoce, como luego se dirá. Tampoco en forzar el sentido y contenido que la Constitución da al referéndum, para poder verificar en un primer momento cuál es la voluntad de los ciudadanos del territorio en el que ha crecido la llama secesionista. Esta vía la ha declarado cerrada el Tribunal Constitucional, al entender que por la materia objeto de consulta,¹⁶ esta debe encuadrarse en un proceso de reforma constitucional. Pero, además, solo sería un remedio –nunca una solución– en el caso de que la consulta tuviese un resultado negativo o no alcanzase la mayoría requerida. En cambio, un resultado positivo crearía una gran inestabilidad e incertidumbre en el ordenamiento jurídico, al no estar previstas las consecuencias constitucionales, procesales y materiales del mismo. Querer dar un primer paso desconociendo cuáles serían los siguientes no es coherente con la positividad de un sistema jurídico autorreferencial.

Por tanto, lo coherente es que el ordenamiento jurídico introduzca los cambios precisos para que aquella expectativa de autodeterminación externa, cuya expresión es constitucionalmente legítima en el *input* del sistema, pueda también cumplirse y encontrar salida en su *output*. La Constitución debe prever todo el procedimiento de secesión, sin trazar solo su fase inicial dejando el resto en un ignoto *bic sunt dracones*. Para ello, como se tratará de exponer seguidamente, la Constitución debe ser reformada, estableciendo una cláusula de secesión que formule unos procedimientos que hagan viable la independencia, dentro del respeto tanto a una mayoría clara y suficiente que esté a favor de la separación, como a la minoría que se oponga.

II. Una propuesta de solución: la inclusión del derecho a la secesión como mecanismo de refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución

1. Soberanía, democracia constitucional, y expectativas secesionistas

Ante la situación de bloqueo descrita, un sistema constitucional democrático como el español no debería cerrarse cognitivamente, negando el alcance final de esta expectativa de autodeterminación externa (pues no es esa su función). Más bien debería evaluar el impacto que sobre su estabilidad y eficacia pudiera tener la pretensión de imponer dicha expectativa al margen de los procedimientos legales previstos y, correlativamente, el impacto que pudiera conllevar sobre su legitimidad democrática el rechazo de que tal expectativa pueda ser objeto de una futura reforma constitucional y la imposición coactiva del ordenamiento jurídico vigente sobre un amplio número de instituciones y de ciudadanos que la respaldan.

¹⁶ Véase STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º.

Dado el agravamiento en España del problema territorial en lo que va de siglo y teniendo en cuenta los antecedentes históricos, esa evaluación podría concluir dos cosas. La primera es que existe un cierto riesgo de intentos de satisfacción ilegal de dicha expectativa, como ya ha sucedido recientemente con el *procés* en Cataluña. La segunda es que el seguimiento de esa vía ilegal encuentra su justificación precisamente en la imposibilidad de que el sistema constitucional afronte el problema por una vía distinta que no sea la negación misma del problema y la imposición del marco legal vigente. Llegado a esta conclusión, un sistema jurídico democrático, con el fin de preservar su positividad (en el sentido de una realidad temporal efectivamente existente que garantiza expectativas a través de la coacción), debería buscar vías jurídico-positivas que permitan ejercer de forma constitucionalmente lícita la posibilidad de autodeterminación externa. Ello comportaría establecer un derecho de secesión y regular las condiciones formales y procedimentales bajo las cuales ejercerlo, creando así un cauce por el que poder tramitar unas expectativas identitarias de autodeterminación, cuya culminación hoy no tiene cabida en el vigente marco constitucional, pero que portan una potencialidad lo suficientemente grande como para poner en peligro la eficacia del sistema constitucional y su propia legitimidad democrática.

La propuesta *de constitutione ferenda* de constitucionalizar el derecho de secesión que aquí se va a desarrollar, se realiza desde un entendimiento exclusivamente normativista de la Constitución y a partir de su función en el sistema jurídico, es decir, desde la perspectiva de la Constitución como norma jurídico-positiva que trata de canalizar el uso de la coacción como mecanismo de garantía normativa de expectativas en una sociedad altamente compleja y cambiante, y no desde la perspectiva de los objetivos políticos atribuidos al constitucionalismo, es decir, no desde un concepto material de Constitución.¹⁷ En este sentido, un sistema jurídico autorreferente (que pretende autofundamentarse a través de sus propias normas jurídicas) y positivo (que trata de conseguir una existencia diferenciada eficaz en el medio que le rodea mediante la incorporación a sus normas jurídicas de expectativas que garantiza contrafácticamente a través de la regulación de la coacción),¹⁸ no tiene por qué ser democrático, pero tiende a organizarse democráticamente para preservar su legalidad, es decir, su propia existencia. La democracia es el principio de estructuración del sistema legal que mejor impele las condiciones de positividad (apertura cognitiva a las nuevas expectativas que surgen en el entorno) y autorreferencialidad (eventual interiorización de esas expectativas, únicamente a través de procedimientos legales, previstos por el propio sistema jurídico).¹⁹

El debate territorial no ha de conducir, necesariamente, a una confrontación entre el respeto a la legalidad constitucional y el desarrollo del principio democrático, salvo que se realice desde un entendimiento pre y meta-jurídico de la democracia y

¹⁷ Para un análisis del problema de la secesión en el ordenamiento español desde esa perspectiva material, véase Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 89 y ss.

¹⁸ Sobre la positividad y la autorreferencialidad como características diferenciadoras del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales, véase Luhmann, 1993, págs. 131 y ss. Y sobre su aplicación a la CE de 1978, véase Aláez Corral, 2000, págs. 101-126.

¹⁹ Bastida Freijedo, 1998, págs. 389 y ss.

de los sujetos de imputación del poder (sean el pueblo español o las colectividades catalana, vasca, gallega, etcétera).²⁰ Dado que el principio democrático existe por y para la preservación de la existencia diferenciada del sistema jurídico, no puede identificarse con la simple regla de la mayoría, ni puede ser insensible a la potencialidad de los incumplimientos de la legalidad por parte de una minoría más o menos permanente en una colectividad territorial determinada. Es preciso buscar un equilibrio entre la imposición de la legalidad y que esa legalidad trate de acomodar el máximo posible de expectativas minoritarias, es decir, entre el gobierno de la mayoría y el respeto a las minorías.²¹ La búsqueda de ese equilibrio se hace más perentoria si cabe, si en el territorio en el que se manifiesta esa expectativa colectiva de autodeterminación late la idea de que esta es mayoritaria en su población.

La soberanía es el dominio absoluto de la coacción, pero, como cualidad de un sistema jurídico que pretenda ser democrático, debe regularse para ser aplicada cuando se quebrantan los procedimientos en él establecidos para el diálogo, la transacción y el pacto, no para impedir que esos procedimientos democráticos puedan ser creados, incluso –o mejor sobre todo– cuando se trata de procedimientos para regular las expectativas de autodeterminación externa de colectividades con identidad territorial.²² Jurídicamente esto se traduce en que un ordenamiento constitucional solo puede mantener su legitimidad en sociedades altamente complejas, como las occidentales del siglo XXI, si cuenta con los procedimientos normativos adecuados para dar respuesta al reto que colectivamente y de forma institucional se presente contra su aplicabilidad general y su eficacia en un determinado territorio. La imposición contramayoritaria de la eficacia del ordenamiento en esa parte del territorio utilizando la coacción estatal (con base en el art. 155 CE y el art. 8 CE) es una alternativa que, como han puesto de relieve los recientes acontecimientos en Cataluña, no garantiza la legitimidad –entendida esta no como la justificación moral o política de un concreto contenido normativo, sino como la predisposición generalizada a aceptar el contenido indeterminado de las decisiones normativas–²³ ni tampoco la estabilidad del propio ordenamiento constitucional en esa parte del territorio. Ello se debe, en buena medida –siguiendo con el ejemplo del conflicto catalán– a que la mera imposición del ordenamiento constitucional vigente pretende reprimir la manifestación de ese reto, pero no parece capaz de eliminar el reto en sí, máxime cuando, por la composición no mayoritariamente autonómica del Senado, este mecanismo extraordinario de solución de conflictos territoriales no ha sido configurado en el art. 155 CE de forma arbitral, como un mecanismo de la «Constitución total»²⁴ que, tras la decisión de un órgano imparcial en representación paritaria de las partes,

²⁰ Como ejemplo paradigmático de esa forma de entender la democracia en torno a un sujeto colectivo pre-jurídico véase Isensee, 1989, págs. 705 y ss.

²¹ Respecto de la imposibilidad de concebir el principio de mayoría la democracia parlamentaria como la mera instauración de la dictadura de la mayoría sobre la minoría, *cfi*: ya Kelsen, 1920, págs. 12 y ss.

²² Tal y como pone de relieve la Corte Suprema de Canadá equilibrando los principios de *rule of law and democracy* en su Decisión Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 254 y ss.

²³ Sobre este entendimiento de la legitimidad, Luhmann, 1978, pág. 28.

²⁴ En un sentido contrario, Álvarez Álvarez, 2016, págs. 299-300, quien pasa por alto la merma representatividad autonómica que ostenta el Senado, cuyos integrantes son elegidos en aproximadamente un 80% por los cuerpos electorales provinciales –entidades locales del Estado central– y no por las CC.AA. que eligen solo un 20% de los senadores.

permita restablecer el respeto del orden jurídico que vincula al Estado central y las CC. AA.²⁵ Utilizando estos instrumentos el sistema jurídico se convierte en más rígido, pero no por ello en más estable, y su pervivencia queda lastrada por la necesidad de imponer su eficacia por la fuerza. A la par, su caracterización como sistema democrático se oscurece, porque la soberanía no se pone al servicio del principio democrático, o sea, al servicio de una convivencia colectiva basada en la garantía de las expectativas de la mayoría ciudadana con el mayor respeto posible a las minorías –sobre todo si estas minorías son mayoría en una colectividad territorial–, sino al servicio de una convivencia forzada.

En este sentido, la soberanía cumple mejor esa función democrática si su encarnación jurídica (el poder de reforma constitucional) crea los procedimientos adecuados para que aquellas colectividades territoriales, respetando los derechos de las minorías, cuenten con la posibilidad de expresar su deseo de ruptura con el ordenamiento jurídico vigente y de materializar esa ruptura.²⁶ Esto se concretaría en el establecimiento, por medio de una reforma constitucional, del derecho de autodeterminación externa de las entidades territoriales existentes en España, es decir, en la constitucionalización de un procedimiento de secesión, jurídicamente reglado por la Constitución española, que permita a aquellas, bajo ciertas condiciones, separarse formal y lícitamente de España, y sustraerse a la eficacia obligatoria del ordenamiento español. Las razones que pueden llevar a dicha secesión pueden ser de muy diversa índole, pero en cualquier caso reflejarán la pérdida de importancia del sentimiento de solidaridad entre la comunidad territorial que pretende la secesión y el resto de las colectividades integradas en el Estado matriz.²⁷ La constitucionalización de tal derecho de secesión implicaría la apertura democrática del sistema jurídico para poder encauzar la pretensión secesionista en los términos establecidos por el propio ordenamiento jurídico, lo cual dota al sistema de flexibilidad –porque permite canalizar legalmente la pacífica reivindicación secesionista– y de estabilidad –porque deslegitima las hojas de ruta hacia la secesión fuera de los cauces legales–. La supuesta soberanía del pueblo vasco, catalán o de cualquier otro reconocido como entidad territorial en el Estado español solo podría invocarse como un derecho a la secesión proclamado en la Constitución así reformada, e inversamente la soberanía del pueblo español solo podría invocarse para que tal derecho se ejerza en los términos constitucionalmente previstos.

2. *Argumentos en contra de constitucionalizar el derecho de secesión y su crítica*

Desde la doctrina constitucional se han esgrimido diversos argumentos en contra de constitucionalizar un derecho a la secesión²⁸ (esté o no justificado mo-

²⁵ Apartándose del acertado modelo propuesto por Kelsen, 1987, págs. 127 y ss.

²⁶ Sobre la vinculación entre soberanía y poder de reforma constitucional, véase Aláez Corral, 2012, págs. 415 y ss.

²⁷ Tosi, 2007, págs. 293-398.

²⁸ En nuestro país Sáiz Arnáiz, 2006-2007, págs. 36 y ss. y también Aragón Reyes, 2014, pág. 21.

ralmente). Entre ellos se encuentran principalmente que la secesión se opone a la voluntad de estabilidad y permanencia que pretende toda Constitución en tanto expresión de la organización política que el poder constituyente de un pueblo se da a sí mismo, y que se ve garantizada en la medida en que una parte del pueblo no pueda decidir sobre el destino de todo el pueblo; también el hecho de que tales cláusulas de secesión pueden generar conflictos más graves que los provocados por los problemas que se pretenden afrontar; o, en fin, se aduce la naturaleza eminentemente política del derecho a la secesión y su imposible justiciabilidad ante los tribunales.

Respecto al primer argumento en contra de constitucionalizar un derecho de secesión, se puede decir que quienes lo sostienen piensan en la estabilidad y permanencia de una Constitución entendida en un sentido material, es decir, de unos contenidos normativos concretos (fundamentales), obligatorios en un determinado espacio y para una determinada colectividad humana a la que constituyen, no en la perpetuación de la Constitución como forma jurídica suprema, que utiliza su positividad y su autorreferencialidad para preservarse con independencia de su contenido o de su ámbito territorial o personal de aplicación concretos. Además, es habitual que el poder constituyente-constituido del pueblo/nación decida sin unanimidad, es decir, sobre la base de una decisión de una parte mayoritaria del pueblo que va a afectar al todo, confiando habitualmente a la minoría un poder de decisión silente sobre el todo en la medida en que, al exigirse mayorías cualificadas, la minoría puede bloquear el cambio. Nada se opone, desde un mero punto de vista jurídico-formal, a que esa misma mayoría que ejerce el poder constituyente-constituido del pueblo decida conferir a una parte minoritaria del mismo la capacidad de decidir por todo el pueblo algunos aspectos de la existencia de este, como la unidad personal y territorial (que es a lo que afecta la secesión), siempre que se den ciertas condiciones democráticas establecidas por aquel poder constituyente-constituido.

Respecto al segundo argumento, puede que haya coyunturas históricas - como pudo ser la española de la transición de 1978- en las que la introducción de la cláusula de secesión hubiese sido arriesgada o incluso contraproducente en términos de estabilidad política, pero transcurridos más de 35 años de democracia constitucional, y no resuelta aún de forma completamente satisfactoria la cuestión territorial, no parece temerario explorar en la segunda década del siglo XXI la constitucionalización de la secesión como una posible vía de canalización de dicho debate territorial.

Por último, respecto del argumento de la naturaleza política y no justiciable ante los tribunales de las cláusulas constitucionales que establecerían el derecho a la secesión, baste decir ahora que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y que el mayor o menor grado de consenso constituyente sobre las cuestiones políticas no determina la justiciabilidad de las disposiciones constitucionales. Piénsese, como ejemplo de ello, en la deliberada apertura política del bloque constitucional en nuestro vigente Estado autonómico, que no ha impedido que el respeto a las disposiciones del art. 2 y el Título VIII CE sea controlable por el Tribunal Constitucional, ni inversamente que las concretísimas disposiciones

constitucionales relativas a la Corona carezcan de un cauce procedimental específico para su garantía por el Tribunal Constitucional, siendo difícilmente justiciables ante este. Por otra parte, tampoco la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional ha impedido, como la práctica judicial de los últimos tiempos pone de relieve, que se judicialice y por tanto sean justiciables los efectos normativos (impeditivos) del silencio constitucional respecto de la secesión (posibilidad o no de convocar una consulta de autodeterminación, competencia para dicha convocatoria, etcétera), cuestiones tan políticas como la de la secesión misma.²⁹

Desde la perspectiva de la teoría política también se ha argumentado en contra de la constitucionalización del derecho de secesión sobre la base de la contraposición que existiría entre tal derecho y los objetivos generales del constitucionalismo, debido a que implicaría un potencial incremento de los riesgos de conflicto étnico, una reducción de las posibilidades de compromiso y debate deliberativo en la toma de decisiones de gobierno, con el correlativo incremento de las situaciones de bloqueo en la adopción de la toma de decisiones políticas cotidianas, o la creación de riesgos de chantaje político y comportamiento político estratégico por parte de las entidades territoriales con derecho a secesionarse, que pondrían en peligro la gobernabilidad a largo plazo.³⁰ Sin embargo, como lúcidamente ha puesto de relieve Weinstock,³¹ dichos argumentos se pueden ver contrarrestados si lo que se constitucionaliza es una cláusula de secesión cualificada, esto es, no accesible a cualquier mayoría existente en la entidad que quiere secesionarse; y si la misma se diseña bien desde el punto de vista técnico jurídico de modo que se conjuren esos peligros y se obligue a los partidarios de la secesión a realizar un análisis racional y no meramente coyuntural de los costes y los beneficios de secesionarse frente a mantenerse en el Estado, teniendo en cuenta los obstáculos constitucionales que deben superar para secesionarse y el impacto que los mismos pueden tener en su propia posición política dentro de la minoría territorial que representan.³²

²⁹ Como prueban la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º y la STC 42/2014, de 25 de marzo, FE JJ. 3.º-4.º, así como la STC 31/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales diversos preceptos de la Ley 10/2014 del Parlamento de Cataluña, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y la STC 32/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales y nulos el Decreto 129/2014 de la Generalitat de Cataluña, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos.

³⁰ Sunstein, 1991, págs. 634-635; Horowitz, 2003, págs. 8 y ss.

³¹ Weinstock, 2001, págs. 182 y ss.

³² Un análisis detallado de los distintos tipos de chantajes (cínicos unos y realmente explotables los otros) que podrían plantear las entidades territoriales a las que se reconociese un derecho de secesión y su superabilidad con una adecuada configuración constitucional de dicho derecho puede verse en Shorten, 2014, págs. 99 y ss. Y sobre la superabilidad filosófico-política de los argumentos político-constitucionales en contra de constitucionalizar la secesión véase Friedrich, 2007, págs. 69 y ss.

3. *De la soberanía nacional en el Estado autonómico a la soberanía del pueblo español como demos federal complejo*

Una hipotética cláusula constitucional de secesión debería estar en consonancia con las señas de identidad del sistema jurídico modificado³³ o, dicho de otro modo, no se puede introducir esa cláusula sin cambiar a la vez *los principios estructurales del ordenamiento constitucional que se ven afectados*; de lo contrario a este le faltaría coherencia interna, que repercutiría negativamente en la funcionalidad constitucional de dicha cláusula de secesión.

Dos invocaciones recurrentes cuando se habla del derecho de secesión son la soberanía y la nación, tanto para afirmar que es un derecho derivado de la supuesta soberanía del pueblo que se autoproclama como nación y reivindica su independencia, como para afirmar la imposibilidad de su inserción constitucional, por suponer una quiebra de la soberanía nacional, o sea, de la única nación constitucionalmente reconocida como titular de la soberanía. A ambos conceptos, soberanía y nación, se les atribuye un carácter absoluto y excluyente. La soberanía y la nación se proclaman como únicas e indivisibles. A ello han contribuido más de doscientos años de organización política de las sociedades en Estados-nación, de manera que las naciones, al margen de su mayor o menor identidad cultural, se forjaron como entes políticos gracias al Estado que previamente las constituye jurídicamente y las reconoce como sujeto de imputación de su soberanía. Por tanto, aquel carácter absoluto no es metafísico, sino fruto de la selección política hecha por el ordenamiento jurídico. Como apunta Jennings, siguiendo la estela marcada por Hobbes, «el pueblo no puede decidir hasta que alguien decide quién es el pueblo»,³⁴ y esto sirve para cualquier pueblo, el catalán o el español, como bien ha recordado la STC 42/2014, de 25 de marzo, F.J. 3.º. Hay, pues, que liberarse de esa concepción metafísica y ontológica de la soberanía popular, sobre todo en su concepción como soberanía nacional, porque oculta la función que desempeña el atribuir la soberanía a la colectividad. La proclamación de la soberanía popular cumple la función constitucional de programar el Estado democrático de derecho, al objeto de organizar una sociedad en la que los individuos y los grupos en los que se integran sean libres e iguales. El derecho de secesión no deriva de la soberanía del pueblo que pretende realizarla, sino de la Constitución que así lo programe para dar cauce a la expectativa de autodeterminación externa que anide en ese pueblo.

En un análisis puramente normativo, la soberanía solo tiene pleno sentido como cualidad del ordenamiento jurídico que expresa tanto su autorreferencialidad (poder para regular su propio cambio) y su positividad (poder para regular cualquier materia y determinar su ámbito personal y espacio-temporal de vigencia).³⁵ En aras de la eficacia del ordenamiento jurídico que se pretende establecer o reformar, la Constitución puede regular este poder soberano de diversas maneras y atribuirlo a un sujeto unitario o a un sujeto complejo y modular la par-

³³ *Cfr.* Buchanan, 2013, pág. 208.

³⁴ Jennings, 1956, pág. 34

³⁵ Bastida Freijedo, 1998, págs. 387-388.

tipificación de este en su ejercicio, en función de las materias objeto de decisión. En realidad, muchas constituciones tienen diferentes procedimientos para su reforma en función de qué materias quedan afectadas y de igual manera podría arbitrar qué partes de ese sujeto complejo intervienen en la decisión de las mismas.

La inclusión en la Constitución del derecho de secesión obliga a que el ordenamiento jurídico modifique definiciones y características que son políticas y no verdades inmutables, como, por ejemplo, la idea de que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española y de que esta es patria común e indivisible de todos los españoles (art. 2 CE).³⁶ Esto no significa negar la existencia de la nación española como entidad cultural; solo privarle jurídicamente, mediante la correspondiente reforma constitucional, de unas características, en particular de la indisolubilidad de su unidad, que previamente le ha atribuido la Constitución aprobada en 1978. La titularidad de la soberanía podría reformularse en el sentido de que «la soberanía reside en el pueblo español, que la ejerce como un todo, o a través de los pueblos de España que lo componen,³⁷ de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución».

Un cambio constitucional de este calado implica asentar la Constitución no en la indisoluble unidad de la nación española, sino en un *demos* complejo que dé cuerpo a un pacto federal y a la organización territorial de España en un Estado federal. Aunque generalmente el debate del pacto federal gira en torno a la soberanía, esto no plantea especial dificultad en procesos de integración de Estados en una unidad mayor (*coming together federation*), porque hay una voluntad de emprender ese camino. Se habla sin reparo de compartir o de ceder parcialmente la soberanía a favor de la federación que se desea construir, es decir, se habla de álgebra y de geometría. Sin embargo, en procesos de descentralización para conseguir mantener cohesionado el Estado (*holding together federation*) la soberanía se convierte en intocable y en arma arrojadiza; se liga a un sujeto unitario y prejurídico y se esgrime su carácter de poder originario, absoluto, único, indivisible y perpetuo. Todo ello para argumentar que ningún sujeto distinto de la nación es soberano y, de paso, negar la condición de nación a cualquier colectividad en su seno.³⁸ En la misma línea, pero a la inversa, los nacionalismos pe-

³⁶ Como pone de relieve el Tribunal Constitucional, conforme al vigente art. 1.2 CE «en el *actual* ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de “sujeto jurídico” de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo» STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º. Pero en el mismo FJ 4.º c) no descarta la posibilidad de su reforma. «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.º)».

³⁷ En el sentido del *Gesamtstaat* kelseniano (Kelsen, 1925, págs. 199 y ss.).

³⁸ Véase, Bastida Freijedo, 2017, págs. 36 y ss.

reféricos afirman la condición de su pueblo como nación soberana y el derecho a separarse de manera unilateral.

El error de este planteamiento es concebir la democracia en términos de soberanía, el poder al servicio del número, el triunfo de la mayoría sobre la minoría (discurso tanto del nacionalismo español como del nacionalismo catalán).³⁹ La perspectiva cambia si se entiende que la esencia de la democracia es el respeto a la minoría. El Estado democrático en una sociedad compleja debe reconocer cauces para que los colectivos nacionales en los que se integra el individuo puedan a su vez defender su singularidad frente a la mayoría nacional estatal, incluso en el plano de la reforma constitucional. Es necesario combinar la aritmética con la geometría, para que las decisiones las adopte el pueblo español como un *demos* complejo en el que no solo cuente la condición individual de ser español, sino también su pertenencia al pueblo de la entidad territorial en las que se integra. Esto implica un cambio radical en la organización territorial del Estado, no necesariamente confederal, porque el punto de partida no es la soberanía previa de los sujetos del pacto,⁴⁰ pero sí federal, por cuanto se trata del reconocimiento de estos sujetos como integrantes de un *demos* constitucional complejo. En este sentido, no sería inherente al pacto reconocer capacidad de veto de las entidades territoriales que en él participan,⁴¹ pero sí una transformación radical del Parlamento, sobre todo de la composición y funciones de la cámara de representación territorial.

En este contexto constitucional, la introducción de una cláusula de secesión expresa la voluntad constituyente del *demos* complejo del Estado federal de abrir un cauce para que pueda producirse la variación de su ámbito territorial y personal de vigencia a impulso de las entidades federadas que lo componen, y siempre que se cumplan los requisitos procedimentales y/o materiales que la Constitución federal quiera establecer. No cabe la decisión unilateral de independencia sin una negociación previa con el Estado federal, porque, como tantas veces se ha dicho en este trabajo, el derecho a la secesión del que aquí se habla no pretende ser un derecho prejurídico que conserven las entidades territoriales federadas como inherente a una soberanía de la que carecen, ni del ejercicio de un poder constituyente originario por parte de estas. Se trata de la atribución por el *demos* federal complejo a las entidades federadas en las que se organizan jurídicamente los pueblos de España de una competencia extraordinaria de reforma constitucional para que puedan expresar y, llegado el caso, cumplir su expectativa de independencia. Habida cuenta de que tal cláusula se establece por la existencia de un problema enquistado de cohesión territorial, su previsión es un instrumento para garantizar la máxima estabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico. Pero, al ser este democrático, la cláusula no puede limitarse a establecer un abstracto derecho de secesión, sino que debe concretar las condiciones democráticas en

³⁹ La contradicción desde esta ciega aritmética supuestamente democrática es que el enfrentamiento puede ser entre dos mayorías, la que se forma en España y la que se puede formar contra esa mayoría en Cataluña o en el País Vasco.

⁴⁰ En un sentido diverso, Tosi, 2007, págs. 308 y ss.

⁴¹ Respecto del poder de veto unilateral que algunas Constituciones federales pueden preservar a los Estados federados, Jellinek, 1882, pág. 272.

que puede ser ejercido, tanto en lo que respecta al procedimiento, como a las mayorías requeridas, para que sean claras y suficientes y se formen con pleno respeto a las minorías. Además, siendo una separación de una parte del *demos* federal complejo, el principio democrático exige la previsión de un procedimiento negociador con la finalidad primaria de buscar la continuidad de la entidad independentista dentro del Estado federal y, de no haber éxito, negociar la separación de la manera menos traumática posible.

III. El derecho a la secesión en el derecho internacional y en el derecho constitucional comparado

1. *Secesión y derecho humano a la libre determinación de los pueblos*

El derecho a la secesión de una parte del territorio de un Estado soberano no figura, como tal, entre los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional. Sin embargo, se ha discutido extensamente acerca de si el derecho a la libre determinación de los pueblos, recogido en el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ampara la secesión de un territorio del Estado al que pertenecía anteriormente. De ser así, aunque la secesión no fuera la única fórmula de ejercicio de dicho derecho a la libre determinación, se daría cobertura legal internacional a las pretensiones secesionistas.

Se ha de comenzar diciendo que tanto la inmensa mayoría de la doctrina internacionalista⁴² como la Corte Suprema de Canadá –en su famosa decisión sobre la cuestión de la secesión de Quebec–⁴³ han negado, con carácter general, que un derecho a la secesión de cualquier grupo de habitantes de un Estado soberano encuentre reconocimiento *prima facie* en el derecho humano a la libre determinación de los pueblos. Ni desde el punto de vista de su objeto, que está constituido tanto por la autodeterminación interna como por la autodeterminación externa, reduciéndose esta última a no verse a sometidos a dominación militar de una potencia extranjera o a la colonización por una metrópoli, pero no permitiendo afectar total o parcialmente a la integridad territorial de Estados soberanos independientes. Ni tampoco desde el punto de vista de los sujetos titulares de ese derecho, puesto que, aunque el art. 1 de la DUDH, y el art. 1 del PIDCP y del PIDESC hablen de «todos» los pueblos, en lo que se refiere a la autodeterminación externa, dado lo limitado de su objeto en este ámbito, no abarcarían más que a los pueblos coloniales, territorios dependientes o sometidos a la dominación militar de otro Estado, cosa que no es ni ha sido el caso de ninguna colectividad territorial española, al menos desde que los mencionados tratados internacionales están en vigor.

⁴² Véase por todos Cassese, 1995, págs. 118-124. En España, véase la Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña, firmada por 400 profesores y profesoras de Derecho Internacional: <https://web6341.wixsite.com/independencia-cat> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴³ Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

Esta tesis halla su respaldo, además, en la interpretación de los mencionados instrumentos convencionales derivada de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1514 (XV), 1541 (XV), de la Recomendación General n.º 21 sobre el derecho a la autodeterminación, del Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, de 23 de agosto de 1996,⁴⁴ pero sobre todo de la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Paz y a la Cooperación entre Estado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,⁴⁵ a la que también remite el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General n.º 12 al derecho a la autodeterminación de los pueblos del art. 1 PIDCP.⁴⁶ La Resolución 2625 (XXV) exige conciliar el principio de autodeterminación de los pueblos con el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados, que solo cede ante el primero y admite la autodeterminación externa (y por tanto la secesión) en el caso de pueblos coloniales, o en el caso de pueblos no coloniales cuando el Estado matriz no respete el derecho de autodeterminación interna de los pueblos que lo componen y la igualdad de derechos humanos de sus ciudadanos, es decir, cuando la secesión sea el último remedio frente a la opresión de un gobierno del Estado que no es representativo de toda la población del territorio.⁴⁷ Nada de esto se vio modificado por la Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre Kosovo de 2008 (A/64/881), dado que el Tribunal, al tiempo que afirma la no ilicitud internacional de la secesión de Kosovo, tampoco afirma su licitud en términos generales,⁴⁸ por lo que dicha licitud dependerá del derecho constitucional interno, siendo la secesión para el derecho internacional un mero acto político respecto del cual aquel permanece neutral,⁴⁹ quedando a expensas de la práctica de los demás Estados el reconocimiento de todo nuevo Estado producto de una secesión unilateral contra el ordenamiento constitucional del Estado matriz.⁵⁰

En este sentido, se puede decir que desde el punto de vista del derecho internacional el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos no coloniales, ni sometidos a una potencia extranjera, se agota en su vertiente de «autodeterminación interna» (participación democrática en el proceso político-decisorio del Estado en el que están integrados), es decir, en el caso de España en su parti-

⁴⁴ Documento A/51/18, que se puede ver en castellano aquí: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7493&Lang=en (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁵ Véase el texto en castellano de la Resolución 2625 (XXV): [http://undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](http://undocs.org/es/A/RES/2625(XXV)) (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁶ Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. i) que se puede ver en castellano aquí: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI/GEN/1/Rev.9%20%28Vol.%20I%29&Lang=en (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁷ En detalle sobre ello, *cf.* Musgrave, 1997, págs. 180-210 y McCorquodale, 1994, págs. 879-880.

⁴⁸ *Cfr.* Medina Ortega, 2014, pág. 167.

⁴⁹ *Cfr.* Urrutia Libarona, 2012, pág. 123.

⁵⁰ La práctica internacional desde 1945 muestra que la mayoría de los Estados en general son reacios a reconocer a los nuevos Estados nacidos de una secesión unilateral *contra constitutionem* cuando los mismos no son antiguas colonias ni territorios sometidos a dominación por una potencia extranjera: sobre ello en detalle, Crawford, 1999, págs. 92 y ss.

cipación en las instituciones del Estado y en su autonomía política como CC.AA., pero no les faculta a su «autodeterminación externa», esto es, a la formación de un Estado soberano propio o la integración en otro distinto de aquel al que pertenecen mediante la secesión,⁵¹ salvo que la situación evolucionara hacia la generalizada violación de los derechos humanos en ese territorio y la falta de autodeterminación interna de sus ciudadanos dentro del Estado español. En otras palabras, el derecho a la secesión solo se aceptaría en el Derecho Internacional –en el mejor de los casos– como un derecho-remedio,⁵² lo cual no sería de aplicación a las nacionalidades y regiones que integran España, que desde 1978 han gozado ex art. 2 CE de un amplio nivel de autonomía política. Incluso aunque el derecho internacional reconociese a todos los pueblos, coloniales o no, un derecho a la autodeterminación externa mediante la secesión, dicho reconocimiento entraría en contradicción con el texto constitucional de 1978 –que afirma expresamente en su art. 2 la indisoluble unidad de la nación y la integridad territorial del Estado– y, dada la posición infraconstitucional de los tratados,⁵³ su implementación requeriría una previa reforma constitucional que constitucionalizase ese derecho a la secesión,⁵⁴ como se verá después.

2. *La constitucionalización de la secesión en el derecho constitucional comparado*

A pesar de lo dicho en el apartado anterior, no es menos cierto que tampoco existe en el derecho internacional una expresa prohibición de la regulación del ejercicio del derecho a la autodeterminación externa de una parte del pueblo de un Estado y en concreto de la previsión de un procedimiento de secesión, por lo que no existe un obstáculo jurídico internacional a su constitucionalización por los Estados.⁵⁵

Ciertamente, hay Estados, como Portugal, Italia o Alemania, que, como se dirá después, mediante una cláusula de intangibilidad que abarca la estructura territorial y/o la unidad del Estado niegan –expresamente o por vía de la interpretación jurisprudencial y doctrinal– la posibilidad de que la Constitución, ni siquiera tras una reforma constitucional, pueda permitir la secesión de parte del territorio estatal y, por tanto, la autodeterminación externa de parte del pueblo del Estado. Junto a ellos, otros Estados declaran la indisoluble unidad de la nación española (art. 2 CE), la indivisibilidad de la República francesa (art. 1 Const. francesa), la indisolubilidad de los EE. UU. (*Texas v. White*, 74 U.S. 700, de 1868), cláusulas cons-

⁵¹ Raic, 2002, págs. 228-234, 316-324. En un sentido similar, en España, Ridao i Martí, 2014, págs. 96-101; y Medina Ortega, 2014, págs. 154 y ss.

⁵² Sobre las distintas teorías justificativas filosófico-políticamente del derecho a la secesión (entre las que se encuentran las teorías del derecho-remedio y de la justa-causa), véase Buchanan, 1997, págs. 34-37; Norman, 2003, págs. 198 y ss.

⁵³ DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4.º y DCT 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4.º.

⁵⁴ *Cfr.* Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 111-112. *Sensu contrario* también la STC 42/2014, de 25 de marzo, FEJ. 3.º b)-4.º.

⁵⁵ Mancini, 2012, págs. 487 y ss.

titucionales todas ellas que se opondrían a la secesión de parte del territorio de un Estado,⁵⁶ pero esas declaraciones por sí solas no impedirían, como se verá después, que por vía de reforma constitucional se pudiera constitucionalizar un procedimiento de secesión que permita romper esa unidad.⁵⁷

Además, existen algunos ejemplos históricos o contemporáneos de esa expresa constitucionalización de la secesión, sin que ni su reducido número ni su mayoría adscripción a un constitucionalismo no liberal-democrático constituyan prueba alguna de la falta de racionalidad jurídico-constitucional de este tipo de disposiciones, habida cuenta, sobre todo, de que en tiempos pasados no existió un cuestionamiento de la soberanía del Estado nación y consiguientemente de su integridad territorial (más allá de del proceso descolonizador), conectado con la globalización y con la construcción del derecho a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano, pero sobre todo habida cuenta de que, como se detallará después, nuestro análisis parte de una concepción exclusivamente formal-funcional de Constitución.

Algunos de esos ejemplos históricos son el de la Constitución de la extinta URSS o el de la Constitución de Sudán. Así, el art. 72 de la Constitución de la URSS (1977) preveía que «toda República de la Unión conservará el derecho a separarse libremente de la URSS», precepto que se desarrolló en la práctica por la Ley relativa al procedimiento de resolución de cuestiones conectadas con la secesión de las Repúblicas integrantes de la URSS, de 3 de abril de 1990, que entre otros requisitos requería la aprobación en referéndum por 2/3 de los ciudadanos de la URSS residentes permanentes y con derecho de voto en la república candidata a la secesión (art. 6).⁵⁸ Por su parte, el art. 219 de la Constitución Provisional de Sudán (2005) reconocía el derecho del pueblo de Sudán del Sur a su autodeterminación mediante un referéndum sobre la secesión que, conforme al art. 222, debía estar supervisado internacionalmente.⁵⁹ Nunca quedó claro, constitucionalmente hablando, si la Constitución de Yugoslavia de 1974 garantizaba o no un derecho de secesión a las repúblicas socialistas federadas, puesto que, aunque su Preámbulo y su art. 1 hablaban de la unión voluntaria de las naciones que integran Yugoslavia en ejercicio de su derecho a la autodeterminación, diversos preceptos, como el art. 203 excluían el uso de los derechos constitucionales garantizados para poner en peligro la existencia del Estado,⁶⁰ lo que sin duda en buena medida

⁵⁶ Sobre ello en detalle Sáiz Arnáiz 2006-207, págs. 38-41.

⁵⁷ En *Dillon v. Gloss*, 25 U.S. 368, de 1921 el Tribunal Supremo de los EE. UU. abandona el planteamiento de que el poder de reforma constitucional del art. V esté sometido a límites materiales implícitos y por tanto sería factible introducir mediante una reforma constitucional un derecho a la secesión, aunque para hacerlo sería necesaria la aprobación por parte de todos los Estados miembros de la Unión, al conllevar la secesión la pérdida (voluntaria) del derecho de voto en el Senado del Estado que se separa.

⁵⁸ Véase el texto en inglés de la Ley: <http://soviethistory.msu.edu/1991-2/shevarnadze-resigns/shevarnadze-resigns-texts/law-on-secession-from-the-ussr/> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁵⁹ Véase el texto en inglés de la Constitución provisional de Sudán: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/sd/sd003en.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁰ Véase el texto en inglés de la Constitución de la República Federal socialista de Yugoslavia, de 1974: <http://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia-Constitution1974.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

conlleva la secesión de una parte de este.⁶¹ Lo mismo cabe decir de la Ley Constitucional 143/1968 de la Federación checoslovaca, vigente a la fecha (1992) en la que se produce la disolución pacífica de la Federación, y la constitución de los dos nuevos Estados soberanos de la República Checa y la República Eslovaca. Aunque el Preámbulo y el art. 1.1 y 2 de dicha Ley Constitucional disponía la federación voluntaria y basada en el derecho a la autodeterminación de los Estados-nación de Chequia y Eslovaquia hasta su separación, ninguna disposición de la Constitución de 1968 preveía el ejercicio futuro ni del derecho de autodeterminación de ambas naciones ni mucho menos del derecho o procedimiento de secesión.⁶² Lo anterior no obstante, las fuerzas políticas dominantes en Chequia y en Eslovaquia, tras la declaración de independencia de esta última el 17 de julio de 1992, acordaron y llevaron a efecto pacíficamente la disolución de la Federación, sin oposición y con el beneplácito de las autoridades federales.⁶³

Y entre los ejemplos vigentes de constitucionalización de la secesión se encuentran la Constitución de Etiopía, la Constitución de Uzbekistán y la Constitución de San Cristóbal y Nieves. En efecto, el art. 39 de la Constitución de Etiopía (1994) dispone en su apartado primero que «toda nación, nacionalidad y pueblo de Etiopía tiene el derecho incondicional a la autodeterminación, lo que incluye el derecho a la secesión», añadiendo en el apartado cuarto de ese mismo artículo el procedimiento para llevar a cabo dicha secesión, que incluye, entre otros, una mayoría de 2/3 del parlamento de la nación, nacionalidad o pueblo afectado, la celebración de un referéndum organizado por el gobierno federal sobre la secesión, que para ser aprobado requeriría la mayoría de los votos emitidos.⁶⁴ De igual modo, el art. 74 de la Constitución de Uzbekistán (1992) reconoce a la República autónoma de Karakalpakstán el derecho a secesionarse de la República de Uzbekistán mediante un referéndum celebrado entre los ciudadanos de la primera.⁶⁵ Por último, el art. 113 de la Constitución de San Cristóbal y Nieves (1983) reconoce a la isla de Nieves el derecho a dejar de estar federada con la isla de San Cristóbal y a que la Constitución federal deje de ser obligatoria para ella, previendo el procedimiento a seguir para que ello sea posible, que incluye, entre otros requisitos, una decisión por mayoría cualificada de 2/3 de los miembros del Parlamento de Nieves, así como su subsiguiente aprobación en referéndum por 2/3 de los votantes de la isla de Nieves, a los que también debe haberse presentado, seis meses antes de la celebración del referéndum, un proyecto de Constitución para la futura Nieves independiente (o integrada en otro Estado).⁶⁶

⁶¹ Concluyendo, con base en la práctica política de la Presidencia de Yugoslavia, que no se admitía un derecho a la secesión de las repúblicas federales Iglar, 1992, págs. 218-220.

⁶² Véase el texto en inglés de la Ley constitucional 143/1968, de 27 de octubre, sobre la Federación Checoslovaca: <http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1968/> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶³ Sobre el proceso de disolución de la República socialista de Checoslovaquia, véase Holigova 2017, págs. 315-319.

⁶⁴ Véase el texto en inglés de la Constitución de Etiopía: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et007en.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁵ Véase el texto en inglés de la Constitución de Uzbekistán: <http://constitution.uz/en> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁶ Véase el texto en inglés de la Constitución de San Cristóbal y Nieves: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_kna_const_stkitts.pdf (consultado el 30 de mayo de 2018).

Finalmente, también existen ejemplos de ordenamientos sin una Constitución formal, como el Reino Unido, en los que se ha aceptado la posibilidad de celebrar un referéndum sobre la secesión de ciertos territorios con identidad nacional (Escocia), siempre que se den una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico del Estado matriz. Así, el Gobierno británico acordó con el Gobierno escocés en el «Acuerdo de Edimburgo de 15 de octubre de 2012»⁶⁷ la adopción de un reglamento de desarrollo de la Ley de devolución de poderes a Escocia de 1998, en virtud del cual se transfería singularmente al Parlamento escocés la competencia para legislar, en los términos y condiciones fijados en el Acuerdo y reflejados en el mencionado reglamento, sobre la celebración de un referéndum relativo a la independencia de Escocia antes del 31 de diciembre de 2014.⁶⁸ Ahora bien, esto solo es posible por la existencia de un marco constitucional flexible que permite que los actores políticos diseñen –si tiene voluntad de hacerlo– una suerte de pluralismo constitucional que deja la Constitución fuera de los tribunales,⁶⁹ pero también porque lo único que se regula es el poder para promover una consulta de carácter político, sin que el marco legal o constitucional predeterminen jurídicamente cuáles deban ser los efectos de la decisión tomada en el referéndum. Y ello, como se ha visto en el Reino Unido con ocasión del referéndum sobre la salida de la Unión Europea, no es una cuestión que pacifique y resuelva jurídicamente el problema.⁷⁰ En este sentido, de haber triunfado el referéndum de secesión escocés –en puridad un plebiscito de secesión– hubiera sido necesario que el Parlamento británico, para darle efectividad, derogase expresamente, entre otras Leyes, la Ley del Parlamento inglés de Unión con Escocia de 1706⁷¹ y la Ley del Parlamento escocés de Unión con Inglaterra de 1707,⁷² lo cual no habría sido especialmente difícil en términos jurídico-formales dada la flexibilidad de la «Constitución» británica.

A pesar de que habitualmente se invoque Canadá como ejemplo de ordenamiento abierto a la secesión, en nuestra opinión no cabe encajarlo dentro de los sistemas que constitucionalizan un derecho a la secesión. Una cosa es que el Parlamento canadiense, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión de Quebec de 1998, haya aprobado una Ley de Claridad⁷³ en la que se prevé la posibilidad de que las provincias celebren referendos sobre la secesión y en la que se fijan las condiciones bajo las cuales el Gobierno federal debería entrar a una negociación con la provincia en la que exista esa voluntad clara y suficiente de separarse de Canadá. Y otra cosa bien distinta es que la previsión de ese referéndum sea el punto de llegada de la secesión. El referén-

⁶⁷ Véase el texto del acuerdo en inglés: <https://www.gov.scot/Resource/0040/00404789.pdf> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁶⁸ Véase el texto en inglés de la Scotland Act 1998 (*Modification of Schedule 5*) Order 2013: <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111529881> (consultado el 30 de julio de 2018)

⁶⁹ Walker, 2014, págs. 529 y ss.

⁷⁰ Barber/Hickman/King 2016.

⁷¹ Véase el texto en inglés de la Union with Scotland Act 1706 (1706 c. 11): <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ann/6/11/contents> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁷² Véase el texto en inglés de la Union with England Act 1707 (1707 c. 7): <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1707/7/introduction> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁷³ Ley de claridad canadiense (S.C. 2000, c. 26).

dum es solo un punto de partida de un camino político-constitucional hacia la secesión de final más bien incierto, en el que la dificultad de lograr la secesión en Canadá es jurídico-constitucionalmente elevadísima, habida cuenta de que la mencionada Sentencia de la Corte Suprema de Canadá niega la existencia de un derecho constitucional a la secesión, y del mandato democrático de negociar no deduce el deber jurídico de llegar a un acuerdo sobre la secesión, que de alcanzarse debería, en todo caso, tramitarse como una reforma constitucional.⁷⁴ Además, a la luz de lo dispuesto en la Parte V de la Ley Constitucional de 1982, relativa a la modificación de la Constitución de Canadá, la formalización constitucional del acto de secesión está sometida a un procedimiento ultra-rígido de reforma constitucional en el que se requiere el consentimiento de todas las provincias, pues la secesión implicaría el cese del teniente gobernador de la provincia que abandone Canadá, una alteración del uso de las lenguas inglesa y francesa en el territorio de Canadá, así como de la composición de la Corte Suprema de Canadá, materias todas ellas cuya modificación está sujeta a la unanimidad provincial por la Sec. 41 de la citada Ley constitucional.⁷⁵

IV. Cómo constitucionalizar el derecho a la secesión

1. *Inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional que protejan la unidad de la Nación Española*

La hipótesis que se ha avanzado hasta ahora es que la constitucionalización de un derecho a la secesión es una posible y novedosa fórmula de canalización jurídica de las tensiones que genera el problema de la identidad territorial en España. Esta constitucionalización habría de realizarse por vía de reforma constitucional, dado que en nuestro sistema constitucional de poderes constitucionales explícitamente tasados no cabe una tercera vía entre el inmovilismo y la constitucionalización de un derecho de secesión (o la secesión misma directamente decidida en una reforma constitucional), como se hizo en el Reino Unido con el referéndum de independencia escocés. La mera apelación al principio democrático, en los términos en los que lo hizo la Corte Suprema de Canadá, no es suficiente para construir interpretativamente esta tercera vía en nuestro país, dado que las consecuencias de este principio vienen determinadas por la Constitución española misma, y ni pueden consistir en la imputación a las entidades territoriales de competencias o potestades no previstas por nuestro sistema legal,⁷⁶ ni permiten saltarse el necesario procedimiento de reforma constitucional en caso de querer proceder directamente a romper con la indisoluble unidad de la nación española y permitir la secesión de parte del territorio nacional.⁷⁷

⁷⁴ Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁷⁵ En este sentido Monahan, 1995, págs. 5-15.

⁷⁶ Cfr. López Basaguren, 2013, pág. 95.

⁷⁷ Por todos, véanse, la STC 42/2014, de 25 de marzo, la STC 114/2017, de 17 de octubre, y la STC 124/2017, de 8 de noviembre.

El debate sobre la posibilidad de reformar la Constitución para introducir una cláusula de secesión está íntimamente ligado al propio concepto y función de la reforma, y a su vez al concepto y función de la Constitución. Desde una caracterización material de Constitución, que define su posición a partir de su valor y legitimidad políticas para la existencia del Estado, del pueblo o de determinados valores políticos o morales, la reforma constitucional se convierte en un instrumento de garantía en el tiempo de la Norma Fundamental y, sobre todo, en un mecanismo para articular la continuidad histórica de un Estado constituido por un pueblo soberano sobre un territorio. Partiendo de este concepto de Constitución, el poder constituyente constituido, o de reforma constitucional, no estaría habilitado para romper esa continuidad histórica del Estado, y por tanto, no estaría habilitado para modificar la Constitución introduciendo un derecho a la secesión⁷⁸ pues ello conllevaría un atentado contra la integridad territorial del Estado sobre la que se sustenta la legalidad constitucional. La indisoluble unidad de la nación española declarada en el art. 2 CE se erigiría, así, en un límite material implícito a la reforma constitucional⁷⁹ y la secesión de parte del territorio nacional solo sería posible por la vía extra-jurídica del ejercicio del poder constituyente originario del pueblo español que cambiase de Constitución.⁸⁰

Sin embargo, desde una caracterización formal-funcional de Constitución, que define su posición de supremacía a partir de la función normativa que esta cumple en el interior del sistema jurídico-positivo, y no a partir de su contenido político, la reforma constitucional aparece como una *consecuencia estructural* de este, que pretende desarrollar autorreferencialmente su *positividad*, permitiendo interiorizar a través de procedimientos jurídicamente reglados cualesquiera nuevas expectativas que surjan en el entorno social, incluidas las que afectan a los aspectos políticos esenciales del sistema constitucional, como el territorio sobre el que este tiene vigencia, para así preservar su diferenciación funcional respecto del resto de los sistemas sociales.⁸¹

En nuestra opinión, en un mundo altamente complejo en el que muchas esferas sociales se han globalizado, solo se puede entender la Constitución desde una perspectiva formal-funcional. La existencia diferenciada del ordenamiento jurídico y su propia validez dependen en buena medida de su grado de *positividad*, una de cuyas manifestaciones es la inserción eficaz del sistema en el medio, y esta requiere la institucionalización de la posibilidad de cambio,⁸² pues la misma pacifica el proceso de garantía de expectativas encauzándolo a través del derecho y domestica el poder constituyente originario,⁸³ juridificando su ejercicio como poder de reforma constitucional y sometándolo a reglas formales.⁸⁴ Por ello,

⁷⁸ En este sentido, *cfr.* Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 89 y ss. y Miguel Bárcena, 2018, págs. 138-139.

⁷⁹ *Cfr.* Tajadura Tejada, 2009, págs. 380-382.

⁸⁰ Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 131-133.

⁸¹ *Cfr.* Aláez Corral, 2000, págs. 133 y ss.

⁸² *Cfr.* Lutz, 1994, pág. 357.

⁸³ *Cfr.* Dellinger, 1983, pág. 431.

⁸⁴ Es lo que Hart, 1994, págs. 149 y ss. denomina «soberanía auto-comprensiva» (*self-embracing omnipotence*).

cualquier contenido constitucional, incluida la previsión de un procedimiento de secesión, debería poder ser constitucionalizado a través de una reforma constitucional,⁸⁵ consista esta en la adición, sustitución o supresión de una, varias o todas las normas constitucionales,⁸⁶ salvo que el propio sistema constitucional haya petrificado ciertos contenidos constitucionales, como la unidad de la nación o la integridad territorial, mediante una prohibición expresa o implícita⁸⁷ de reforma constitucional.⁸⁸ Lo que en ningún caso cabría es deducir dichos límites materiales de la existencia de últimas certidumbres morales o políticas metapositivas de las cuales traería su fundamento el sistema jurídico-positivo,⁸⁹ pues ello solo es posible desde un concepto material de Constitución que disuelve la normatividad diferenciada del Derecho en la Política o la Moral.⁹⁰

Si existen determinados contenidos que se desea sustraer a la *positividad* del sistema, ello normalmente es debido a la elevadísima inestabilidad de determinadas expectativas, algunas de las cuales pueden ser trascendentales para el sistema social como es el caso de los principios estructurales, incluido el relativo a la unidad territorial del Estado. Se trata por regla general de prohibiciones de cambio que se revelan inadecuadas y huérfanas de eficacia, pues se mantienen solo mientras exista una opinión pública que no dé ninguna oportunidad política de éxito a las violaciones de estos límites jurídicos a la *positividad*. Y los hechos de los últimos años revelan, en particular en Cataluña, pero también en el País Vasco, que la expectativa de la unidad nacional de España es muy inestable en dichos territorios. Por ello, contra los riesgos de la absoluta *positividad* del sistema jurídico solo se puede luchar desde dentro de aquel, no con la imposición de límites materiales a la reforma constitucional cuya utilidad marginal es mínima.⁹¹

En todo caso, más allá de estos argumentos teórico-constitucionales, tres razones de orden jurídico-positivo excluyen *prima facie* que la unidad de la Nación española represente un límite material absoluto a la reforma constitucional. En primer lugar, la afirmación de la supremacía del texto constitucional que se lleva a cabo en el art. 9.1 CE,⁹² elemento significativo de la plena positividad del sistema jurídico español. En segundo lugar, la expresa previsión en el Título X de dos procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales (art. 168 CE) permite la revisión total de la Constitución, así como la reforma de los contenidos nucleares del sistema constitucional, entre los que están, además de la ya mencionada cláusula de supremacía (art. 9.1 CE), la indisoluble unidad de la nación española

⁸⁵ Ya Otto y Pardo, 1987, pág. 22.

⁸⁶ Sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional, véase la exhaustiva clasificación de Löwenstein, 1968, págs. 110 y ss.

⁸⁷ En el ordenamiento español, véase ya Jiménez Campo, 1980, págs. 95 y ss. respecto del valor de la dignidad de la persona.

⁸⁸ Los límites implícitos no se deben confundir con los límites que se consideran inmanentes a unos valores o principios constitucionales meta-positivos, al margen del texto constitucional; al respecto de estos, véase Roznai, 2013, págs. 670 y ss.

⁸⁹ *Cfr.* Vile, 1995, pág. 201.

⁹⁰ Véase Aláez Corral, 2000, págs. 246 y ss.

⁹¹ Luhmann, 1981, págs. 144-145.

⁹² Tal y como ha afirmado claramente nuestro Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4.º.

y su integridad territorial (art. 2 CE), y la imputación de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2 CE), encuadrados todos dentro del Título Preliminar. Además, el Título X CE está huérfano de toda mención a cualesquiera límites materiales absolutos a la reforma constitucional, a diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos de nuestro entorno que sí han incluido expresa (art. 288 a) de la Constitución portuguesa)⁹³ o implícitamente (art. 5 en relación con el art. 139 de la Constitución italiana⁹⁴ o art. 79.3 en relación con el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn⁹⁵) la unidad territorial del Estado entre los límites materiales al poder de reforma constitucional. En tercer y último lugar, la deducción implícita de una prohibición de reforma constitucional de la proclamada indisolubilidad de la unidad de la nación española (art. 2 CE), se encontraría en una disfuncional «discordancia práctica» con la mencionada previsión expresa en el art. 168 CE de la posibilidad de una reforma constitucional total o una reforma que afecte a los principios estructurales del Título Preliminar, incluida la unidad de la nación española.

Ninguna interpretación del texto constitucional en clave histórica o teleológica debiera enfrentarse a la interpretación de este adecuada al cumplimiento por su parte de su función de canalización de expectativas desde el medio social hacia el interior del ordenamiento estatal. La unidad de la nación española puede operar, como lo ha hecho, como límite a la validez de una norma infraconstitucional como el Estatuto de Autonomía,⁹⁶ una Ley autonómica⁹⁷ o una decisión parlamentaria,⁹⁸ pero no frente al poder constituyente-constituido que se ejerce por el procedimiento del art. 168 CE, de modo que se trata de una unidad normativa que no se opone a la posible segregación (división) territorial siempre que discurra por los cauces constitucionalmente previstos.⁹⁹

Por tanto, el carácter fundamentador que la dicción literal del art. 2 CE atribuye a la indisoluble unidad de la Nación española no la convierte en una entidad pre y suprapositiva de la cual deriven jurídicamente su validez la Constitución misma y, con ella, su forma de organización territorial. Jurídico-constitucionalmente la unidad de la Nación española no es, pues, la unidad de una entidad metafísica

⁹³ No es el caso del art. 89.4 de la Const. Francesa, que establece únicamente un límite temporal, no uno material a la reforma constitucional, al modo y manera de lo que hace el art. 169 CE, pues prohíbe iniciar o tramitar cualquier procedimiento de reforma constitucional mientras sufra menoscabo la integridad territorial, no que ese pueda ser el objeto de la reforma.

⁹⁴ Tal y como los ha interpretado la Corte Costituzionale italiana en la Sentencia n.º 118 de 25 de junio de 2015, FJ 7.2, relativa a una ley de referéndum consultivo de autodeterminación de la Región del Véneto, con remisión a la Sentencia n.º 1146 de 15-29 de diciembre de 1988 FJ 2, considerando a la unidad de la república un elemento esencial del ordenamiento constitucional (implícitamente) sustraído al poder de reforma constitucional.

⁹⁵ Véase el Auto del Bundesverfassungsgericht de 16 de diciembre de 2016 (2BvR 349/16) relativo a la celebración de un referéndum sobre la secesión de Baviera. Aunque el Auto carece de una fundamentación extensa la doctrina ha vinculado la implícita prohibición de secesión con la cláusula de intangibilidad del art. 79.3 LFB y con el significado tanto histórico como actual del principio federal del art. 20.1 LFB protegido por esta; sobre ello véase Doerfert, 2016, págs. 711-713.

⁹⁶ STC 31/2010, de 28 de junio, FF.JJ. 3.º, 7.º y 12.º.

⁹⁷ STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5.º c), y STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5.º c).

⁹⁸ STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º.

⁹⁹ Respecto de Italia, en este mismo sentido, Modugno, 1999, pág. 1013.

prejurídica, sino una unidad normativa que halla su expresión en la CE de 1978. Aunque la nación española (y el pueblo español que a estos efectos es la formulación democrática de la misma) puedan considerarse realidades históricas preexistentes a la propia Constitución (como también el pueblo catalán o el pueblo vasco), se constituyen en el mundo jurídico como sujetos solo en virtud de su reconocimiento constitucional.¹⁰⁰ De ahí que su carácter fundamentador solo pueda referirse a que la unidad nacional preside la existencia del sistema jurídico en su conjunto e impide que, sin su reforma previa, se realicen determinadas formas de estructuración de la creación normativa incompatibles con dicha unidad nacional, como la secesión o la confederación. Pero lo anterior no impide que por el adecuado procedimiento de reforma constitucional también esta unidad pueda ser modificada.¹⁰¹

Por consiguiente, en qué consista la integridad territorial del Estado español es algo constitucionalmente modificable en vía de reforma constitucional,¹⁰² que podría prever la secesión de parte del territorio existente como español en el momento de entrada en vigor de la CE. Que en esta materia el debate jurídico está trufado de argumentos metajurídicos queda patente si en vez de Cataluña, se tratase de Ceuta y de Melilla. La cesión de estos territorios a Marruecos podría en determinadas circunstancias políticas concitar un consenso de los grupos parlamentarios y disponerla a través de una reforma constitucional. En tal caso seguramente no se esgrimiría la imposibilidad de llevarla a cabo por ser la unidad de la nación española límite implícito a la reforma constitucional ni se alentaría a las Fuerzas Armadas a intervenir para cumplir con su deber constitucional del art. 8 CE de proteger la integridad territorial.

2. Necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma para constitucionalizar un procedimiento de secesión

De lo expuesto hasta el momento se deduce que nada obsta de *constitutione ferenda* a la constitucionalización de un derecho a la secesión, siempre que se haga a través del procedimiento de reforma constitucional. Ahora bien, es preciso analizar someramente cuál, de entre los previstos en el Título X CE, ha de ser el procedimiento de reforma por el que debe discurrir su hipotética constitucionalización.

En primer lugar, es preciso aclarar que la transformación territorial que conlleva la secesión no puede llevarse a cabo *extra ordinem* por la vía de la actualización de un concepto histórico-material de Constitución, subyacente al texto constitucional, que la contemple como un pacto entre cuerpos políticos, los territorios forales (entre los que se encuentra el País Vasco) de un lado, y el Reino de España de otro, preexistentes a la misma CE de 1978,¹⁰³ esto es, sin seguir los

¹⁰⁰ Así lo refiere expresamente la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º.

¹⁰¹ En este sentido también Sáiz Arnáiz, 2006-2007, pág. 37 y López Basaguren, 2013, pág. 88.

¹⁰² *Cfr.* en la doctrina ya Rodríguez-Zapata Pérez, 1999, pág. 118; y en la jurisprudencia constitucional la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º.

¹⁰³ Sobre este entendimiento de la CE de 1978 véase Herrero de Miñón, 1998, págs. 88 y ss., 320 y ss.

procedimientos de reforma constitucional expresamente previstos. No cabe en nuestro sistema constitucional un *higher law making* al margen del Título X,¹⁰⁴ pues ello no solo sería inadecuado para el cumplimiento de la función de la Constitución respecto de la diferenciación del sistema jurídico, sino que, además, podría resultar profundamente antidemocrático, al basarse en presupuestos desde los que difícilmente puede definirse en términos de igual y plural participación quién ha de componer dichos cuerpos políticos y adoptar la decisión de segregarse o asociarse.

Ciertamente, los derechos históricos de los territorios forales vienen amparados por la D.A. 1.ª CE, pero según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional su actualización solo puede tener cabida en el marco de lo dispuesto por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía, y nunca de forma que resulte irreconocible su imagen histórica y tradicional.¹⁰⁵ Ni siquiera aunque se aceptase que los territorios forales en su caracterización actual como CC. AA. hubiesen sido en alguna ocasión Estados independientes y se hubiesen asociado libremente al Estado español, lo que no se corresponde con la configuración constitucional de sus derechos históricos,¹⁰⁶ cabría que estos variasen su estatus a través de un nuevo pacto político entre iguales (la llamada bilateralidad) celebrado al margen de los procedimientos de reforma constitucional previstos por el texto de 1978,¹⁰⁷ ni tampoco mediante una decisión unilateral de secesión, pues ello implicaría bien la falta de supremacía de la CE de 1978 sobre esos territorios durante sus cuarenta años de vigencia, o bien la vulneración de unos procedimientos de reforma que obligan también a los territorios asociados.

Por ello, en segundo lugar, la elección del procedimiento de reforma adecuado para la constitucionalización de un derecho a la secesión se reduce a los dos procedimientos previstos en el Título X CE, el simple del art. 167 y el agravado del art. 168, y está en función de los efectos que dicha transformación tendría sobre el ordenamiento constitucional. La secesión afecta al ámbito personal y territorial de vigencia del sistema jurídico, por lo que solo puede introducirse en el texto constitucional a través del procedimiento agravado de reforma constitucional del art. 168 CE. Como el ámbito personal y territorial de vigencia de la CE de 1978 está regulado en los arts. 1, 2, y 9 CE, es decir, en el Título Preliminar, la introducción de un procedimiento de secesión altera estos ámbitos y *afecta* al Título Preliminar, al punto de necesitar parte de su articulado una nueva redacción acorde con la reforma que se pretende. No cabe duda alguna de que la constitucionalización de un derecho a la secesión conllevaría permitir la parcial disolución de la soberanía del Estado español, como consecuencia de la pérdida de supremacía de la CE de 1978 en aquella parte del territorio que se ha secesionado. La aspiración secesionista presupone, constitucionalmente hablando, la disolución de la supremacía de la CE de 1978 sobre parte de los poderes públicos y los ciudadanos implícitamente incluidos en el art.

¹⁰⁴ Como propone para la Constitución de los EE. UU. Ackerman, 1989, págs. 486-515.

¹⁰⁵ *Cfr.* entre otras la STC 32/1981 de 2 de febrero, FJ 4.º; la STC 76/1988 de 26 de abril, FF. JJ. 4.º y 5.º; la STC 159/1993 de 6 de mayo, FJ 6.º; y la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 10.º.

¹⁰⁶ En un sentido semejante Rodríguez-Zapata Pérez, 1999, pág. 120.

¹⁰⁷ Sobre la necesidad de interpretar de forma constitucionalmente adecuada la bilateralidad de las relaciones entre Cataluña y el Estado véase la STC 31/2010, de 28 de junio, FF. JJ. 13.º y 110.º.

9.1 CE. Tal aspiración afecta también al principio estructural de Estado autonómico y a la unidad de la nación española del art. 2, así como a la atribución de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2).¹⁰⁸

Además, para evitar esta agravación procedimental no cabe utilizar el art. 167 en un doble grado o secuencia, de modo que en un primer grado se modificase el art. 168 para excluir de su ámbito de aplicación los artículos del Título Preliminar afectados, y en un segundo grado, igualmente por el art. 167 se introdujese el procedimiento de secesión.¹⁰⁹ El término «afectar» del art. 168 obliga a utilizar el procedimiento previsto en dicho artículo –y *sensu contrario* proscribire el uso del procedimiento del art. 167– para llevar a cabo toda modificación constitucional que altere, directa o indirectamente, el núcleo esencial identificativo de los preceptos constitucionales en aquel referidos,¹¹⁰ entre los que se encuentran la supremacía constitucional, la unidad del Estado o la soberanía del pueblo español pero también el propio art. 168 y su alcance procedimental y material, dado que la ultra-rigidez prevista en él es, sin duda, al menos en lo que se refiere a los principios estructurales del Estado, un elemento esencial de su configuración constitucional.

El art. 168 CE diseña un procedimiento agravado de reforma en el que se intenta conciliar de forma peculiar las exigencias democráticas de respeto a las minorías y de autodeterminación de los individuos y los grupos, con las exigencias normativo-funcionales de la soberanía del Estado. En efecto, de un lado, la iniciativa para introducir un derecho de secesión puede corresponder a las entidades territoriales, conforme los arts. 166 y 87.2 CE, a través de las Asambleas Legislativas de las CC.AA. afectadas.¹¹¹ Pero, de otro lado, la decisión última sobre la constitucionalización del procedimiento de secesión es una decisión que, al afectar a la soberanía del pueblo español, solo puede corresponder a los órganos del Estado en su conjunto, por mayorías altamente cualificadas, y no, por consiguiente, solo a los territorios que aspiran a la secesión.

Con todo, debe dejarse constancia de que el procedimiento de reforma constitucional actualmente arbitrado por el art. 168 CE presenta algunos graves déficits de representatividad territorial y falta de coherencia con un *demos* complejo como el que se propuso en el apartado II.2 de este trabajo. De un lado, la falta de representatividad de los intereses territoriales en adopción parlamentaria de la decisión de la reforma constitucional, dado que el Senado –cuya participación en el procedimiento agravado es paritaria con el Congreso–, por su deficitaria composición autonómica, no alcanza a expresar los intereses territoriales que el art. 69 CE le encomienda representar. De otro lado, el art. 149.1.32.^a CE deja en manos exclusivas del Estado que las instituciones autonómicas puedan consultar a los ciudadanos acerca de la conveniencia de impulsar la reforma constitucional que articule un procedimiento consensuado y reglado de secesión.¹¹² Por último,

¹⁰⁸ STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5.º y STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5.º.

¹⁰⁹ Como sugiere Payero López, 2014, pág. 24.

¹¹⁰ *Cfr.*: Aláez Corral, 2000, págs. 333 y ss.

¹¹¹ STC 42/2014, de 25 de marzo, FFJJ. 3.º-4.º.

¹¹² Es jurisprudencia constitucional constante desde la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º. Sobre ello en detalle, Castellá, 2014, págs. 45 y ss.

a la luz del silencio tanto del art. 168 CE como de la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, el cuerpo electoral español adoptaría la decisión final sobre la reforma constitucionalizadora de la secesión en circunscripción única por una mayoría de síes en toda España, cuando lo coherente con un *demos* federal complejo sería que se requiriese además un voto mayoritario afirmativo en la mayoría de los cuerpos electorales de las CC.AA.

V. Contenido de una hipotética cláusula constitucional de secesión

1. Objeto de la cláusula constitucional de secesión

Hasta el momento se ha estado fundamentando dogmático-constitucionalmente la posibilidad de constitucionalizar un derecho a la secesión como vía más radical de canalización jurídica de las tensiones de identidad territorial que experimentan Estados territorialmente complejos como España. Dado que esta hipotética cláusula constitucional de secesión se integraría en la Constitución de un Estado social y democrático de derecho, la misma debería tener por objeto articular un proceso democrático decisorio en el que -por cauces de participación directa y representativa- una parte de los ciudadanos de lo que constitucionalmente es hoy el pueblo español se autodeterminen jurídicamente expresando su voluntad de separarse de España.

No se trata, pues, de buscar fórmulas para constitucionalizar la celebración de referendos consultivos en las CC.AA., a través de los cuales las instituciones representativas del pueblo español en su conjunto puedan conocer la opinión de los ciudadanos de aquellas respecto de su identidad territorial, para que las instituciones representativas españolas decidan después en consecuencia.¹¹³ Ni tampoco se trata de que las instituciones representativas nacionales y el cuerpo electoral español en su conjunto mediante el referéndum de reforma constitucional previsto en el art. 168 CE accedan directamente a las pretensiones de autodeterminación externa de una parte del territorio y reformen la Constitución española para hacer efectiva la secesión de aquella,¹¹⁴ que no dejarían de ser formas de heterodeterminación respecto de los territorios que pretendan secesionarse.

El objeto de la cláusula que introduzca un derecho a la secesión en la CE de 1978 presupone dos condiciones normativo-constitucionales previas: en primer lugar, su objeto normativo debe adecuarse estructuralmente al resto del sistema constitucional, lo que, como ya se apuntó antes, requiere dotar expresamente de una estructura federal al Estado español, en la que las entidades territoriales que lo componen sean constitutivas del Estado y en la que la soberanía del pueblo español se pueda ejercer -también cuando se ejerce el poder constituyente-constituido- tanto por órganos de representación general como por órganos de repre-

¹¹³ Como propone Rubio Llorente 2012.

¹¹⁴ Opciones exploradas y propuestas también como mecanismos de desbloqueo; véase por todos, López Basaguren, 2013, págs. 100 y ss.

sentación especial territorial, o por las entidades territoriales mismas, es decir por el *demos* federal complejo al que se hizo referencia anteriormente. En segundo lugar, la introducción de una cláusula de secesión es incompatible con una declaración de indisolubilidad de la unidad nacional, como la que actualmente está presente en el art. 2 CE, que debería suprimirse para evitar problemas de coherencia en la redacción del texto constitucional.¹¹⁵

De lo anterior ya se desprende que el *objeto de la cláusula de secesión* ha de ser establecer un derecho de las entidades territoriales constitutivas del Estado español a expresar democráticamente, a través de un procedimiento constitucionalmente reglado, su voluntad de poner unilateralmente fin a la vigencia de la CE de 1978 en el territorio de dichas entidades. En este sentido, dado que España es un Estado que respeta los derechos humanos, incluido el derecho a la autodeterminación interna y externa del pueblo español en su conjunto, y dado que la base jurídica de ejercicio de ese derecho a la secesión ha de ser la decisión del pueblo español de constitucionalizarlo en ejercicio de su poder constituyente-constituido, es por lo que este derecho no se constitucionalizaría como un derecho-remedio, sino como un derecho-primario que se reconoce por la exclusiva voluntad normativa del pueblo español para ser ejercitado sin causalidad¹¹⁶ por las colectividades territoriales que lo componen, es decir, sin que estas tengan que acreditar ninguna causa para la secesión que vaya más allá de la existencia de una voluntad ciudadana, expresada por el procedimiento de secesión constitucionalmente reglado.¹¹⁷

En lo que respecta a la cuestión a decidir por la entidad que inste la secesión, esta ha de centrarse en determinar si pretende su independencia (soberanía) normativa respecto del Estado matriz,¹¹⁸ y no en otras cuestiones distintas, como un aumento de competencias, un nuevo modelo de financiación, etcétera, que deberían vehicularse por los procedimientos ordinarios de reforma constitucional existentes. Precisamente por estos potenciales efectos del proceso de secesión para la eficacia territorial y personal de la Constitución del Estado matriz, la cláusula de secesión tendría una virtualidad reformadora de la CE de 1978, que haría que su ubicación sistemática natural debiera ser el Título X, como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional.¹¹⁹

¹¹⁵ Aláez 2015, págs. 161-163.

¹¹⁶ Siguiendo el modelo procedimental y el modelo sin culpa de secesión y apartándose del modelo sustantivo y del modelo culposo de secesión. Sobre ellos Buchanan, 2013, págs. 212 y ss.

¹¹⁷ Esta opción por un modelo procedimental, no causal, es la tónica general en los pocos ejemplos históricos de cláusulas de secesión constitucionalizadas, como las de la URSS, la de Etiopía de 1994, la de San Cristóbal y Nieves de 1983, o finalmente la solución de la Corte Suprema de Canadá; sobre ello en detalle Tosi, 2007, págs. 304-307.

¹¹⁸ Tal y como han puesto de relieve los procesos de consulta en Quebec y en Escocia. En el primero, el art. 1.3 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c. 26), establece que la pregunta debe tener por objeto reflejar una clara expresión de la voluntad de la población de una provincia canadiense acerca de si esa provincia debe dejar de formar parte de Canadá y convertirse en un Estado independiente. Por su parte en el caso de Escocia, de conformidad con el *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland* de 15 de octubre de 2012, la pregunta del referéndum que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2014 fue la de si Escocia debía convertirse en un Estado independiente.

¹¹⁹ Aláez Corral, 2015, pág. 164.

La consideración de la cláusula de secesión como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional exige, por otra parte, dar respuesta a una objeción que se ha hecho a la constitucionalización de la secesión, la relativa a la no justiciabilidad de la secesión ante la jurisdicción constitucional por su naturaleza de cuestión eminentemente política.¹²⁰ Con independencia de que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y las normas sobre reforma constitucional en tanto núcleo de toda Constitución formal son las disposiciones que expresan la decisión política más fundamental (una parte de la competencia sobre las competencias junto con la justicia constitucional), el mayor o menor grado de apertura política de las disposiciones constitucionales no determina su justiciabilidad, e inversamente la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional no impide, como la práctica judicial de los últimos años ha puesto de relieve,¹²¹ que se judicialicen y por tanto sean justiciables los efectos normativos del silencio constitucional respecto de la secesión. Piénsese en el control de constitucionalidad de la convocatoria de una consulta de autodeterminación, de la competencia para dicha convocatoria, etcétera, que son cuestiones tan políticas como la de la secesión misma. Además, que el resultado de una reforma constitucional sea una norma del mismo rango y valor normativo que la Constitución enmendada, únicamente obsta, desde un punto de vista lógico-jurídico, a que sea enjuiciable jurisdiccionalmente la norma constitucional resultante,¹²² pero no a que puedan serlo, a través de un procedimiento de control de constitucionalidad preventivo, los actos de tramitación de esa reforma, que en el caso de la secesión serían las condiciones orgánico-procedimentales contenidas en la cláusula de secesión, pero nunca las causas políticas de la secesión, dado que el derecho no se constitucionalizaría como un derecho-remedio.

2. *Propuesta de procedimiento constitucional para el ejercicio del derecho de secesión*

Aunque en estas páginas no se pretende dar una fórmula textual concreta a una hipotética cláusula de secesión en la CE de 1978, sí se puede avanzar que la definición del procedimiento que conduzca a la secesión requeriría concretar, al menos, tres extremos,¹²³ a los que nos referiremos brevemente, teniendo en

¹²⁰ Sáiz Arnáiz, 2006-2007, págs. 50-51 y ss.

¹²¹ Son varias las jurisdicciones constitucionales europeas que de uno u otro modo se han pronunciado judicialmente sobre la cuestión política de las consultas o decisiones secesionistas: a las múltiples veces mencionadas SSTC 42/2014, 114/2017 y 124/2017, se pueden añadir en Alemania el Auto del Bundesverfassungsgericht de 16 de diciembre de 2016 (2BvR 349/16) relativo a la celebración de un referéndum sobre la secesión de Baviera, y en Italia la Sentencia n.º 118 de 25 de junio de 2015, FJ 7.2 sobre un referéndum consultivo de autodeterminación en el Véneto.

¹²² Aláez Corral, 2000, págs. 385 y ss. En un sentido diverso defendiendo el control de constitucionalidad de las (leyes) de reforma constitucional, Punset Blanco, 1995, págs. 209-210.

¹²³ Habría muchas más cuestiones que concretar como, por ejemplo, los requisitos para participar como elector en la decisión acerca de la secesión, los términos de una posible reversión de la secesión, el formato de las negociaciones sobre la secesión, o en fin los procedimientos jurisdiccionales adecuados para garantizar ante el Tribunal Constitucional el correcto desarrollo del procedimiento de secesión, pero su estudio excede con mucho los objetivos de este trabajo.

cuenta las experiencias de las pocas Constituciones comparadas en las que se ha regulado y aplicado, así como la doctrina al respecto.¹²⁴ En primer lugar, qué entidades territoriales deberían estar legitimadas para impulsar y decidir la secesión de una parte del territorio del Estado; en segundo lugar, cuáles deberían ser las mayorías requeridas y las fases en las que adoptar tan drástica decisión: y por último, si deben existir o no plazos y negociaciones previas como condiciones procedimentales para secesionarse. La respuesta a estas tres cuestiones debe estar presidida, a nuestro entender, por la idea de que la secesión debe garantizar a un tiempo tanto la articulación de un procedimiento autorreferente, y por tanto legal, para la garantía de la expectativa secesionista, como el respeto a las expectativas de las minorías (internas a la colectividad que decida secesionarse) y de las mayorías (el resto de los ciudadanos del pueblo español) en garantía del interés general, evitando que el derecho a la secesión se utilice como un chantaje para la negociación de las políticas ordinarias.¹²⁵

Por lo que se refiere a la *identificación del sujeto que puede impulsar y decidir la secesión* se trata, ciertamente, de una cuestión de difícil definición, sobre todo habida cuenta de la histórica y heterogénea pluriétnicidad de nuestro Estado. Dicha cuestión, a su vez, se puede subdividir en dos aspectos. El primero hace referencia a qué entidades deben estar legitimadas para instar la secesión. En nuestra opinión, tanto el impulso como la decisión final sobre la secesión, si se quiere que esta siga siendo la constitucionalización del derecho a la autodeterminación externa de los pueblos de España, deben corresponder a las *entidades territoriales integradas en el Estado español, y no al conjunto de las instituciones de este Estado*. Por ello, parece razonable, en congruencia con el sistema constitucional vigente,¹²⁶ seguir el modelo de identificación de las entidades territoriales adoptado por nuestro texto constitucional para el acceso a la autonomía política y atribuirle esa capacidad de iniciativa de secesión a *las existentes CC.AA.* (se denominen así o futuros Estados federados). Este criterio logra, a nuestro entender, un equilibrio adecuado en la autoafirmación de la propia identidad territorial entre un criterio objetivo o étnico, preferido seguramente por las CC.AA. históricas, y un criterio subjetivo o voluntarista, al que por equiparación democrática deberían ser acreedoras las demás CC.AA.¹²⁷ Por su parte, el segundo aspecto se refiere a cómo se expresa la voz auténtica de esa entidad acerca de impulsar y decidir la secesión, es decir, qué órganos de las entidades territoriales deberían adoptar las decisiones de impulsar y acordar la secesión.¹²⁸ Con carácter general, debería corresponder a sus *Parlamentos y a sus cuerpos electorales autonómicos*, aunque ello se pone

¹²⁴ Entre las pocas reflexiones doctrinales existentes acerca del procedimiento constitucional para la secesión, cabe mencionar las de Antic, 2007, págs. 153 y ss.

¹²⁵ *Cfr.* Weinstock, 2001, págs. 196 y ss.

¹²⁶ *Cfr.* Buchanan, 2013, pág. 225.

¹²⁷ Es mejor que exigir simplemente un número mínimo de ciudadanos que soliciten la secesión respecto del Estado al que pertenecen, como propone Antic, 2007, pág. 155, puesto que esta mera agregación de voluntades sin un mínimo recorrido histórico de voluntad democrática conjunta ni tampoco sin un mínimo de comunidad cultural, étnica o lingüística generaría más inestabilidad que estabilidad para el sistema constitucional.

¹²⁸ Buchanan, 2013, pág. 223

en relación con la cuestión de las mayorías requeridas y las fases del proceso de secesión, a las que se aludirá seguidamente.

En lo que se refiere a las mayorías requeridas, las *mayorías* deberían ser *cualificadas y reforzadas*, tanto en el Parlamento como en el cuerpo electoral autonómico decisorios, a fin de lograr una mayoría clara y suficiente de ciudadanos de la entidad territorial que no desea continuar integrada en el Estado español, y no banalizar con la presunción de su unidad política. Habida cuenta de que, como consecuencia del sistema electoral, la mayoría parlamentaria puede no coincidir con la mayoría política expresada en las urnas,¹²⁹ el requisito de una mayoría cualificada debería cumplir también el de que sea reforzada, en el sentido de que represente un cualificado porcentaje de los votos recibidos por las formaciones políticas de los grupos parlamentarios que votan a favor del impulso y decisión del proceso de secesión. Cuando intervenga el cuerpo electoral, su decisión también ha de ser adoptada por una mayoría cualificada, referida en este caso al porcentaje de votos afirmativos en relación con el censo electoral y no con los votos válidamente emitidos. Además, podría añadirse un reforzamiento en relación con el consenso deseable entre las distintas partes del territorio que sirven para conformar la representación parlamentaria.

Por lo que respecta al procedimiento de secesión, este debería discurrir en *dos fases, distanciadas entre sí por un periodo de negociación*, a fin de garantizar suficientemente la reflexión y el debate sobre la secesión y los derechos de los ciudadanos implicados.¹³⁰ En una *primera fase de impulso o iniciativa de la secesión* se requeriría la expresión de dicha voluntad secesionista por una mayoría parlamentaria cualificada de la entidad territorial, que refleje su voluntad clara y suficiente de impulsar la secesión, y siempre que la cuestión de emprender esta iniciativa haya estado expresamente incluida en el programa electoral de los grupos políticos con representación parlamentaria que la promueven en la elección inmediatamente anterior.¹³¹ Aceptando que la expectativa de la secesión no es fácil de alcanzar en sociedades democráticas bien consolidadas,¹³² una *mayoría de 2/3 del Parlamento autonómico, que represente políticamente una mayoría de los votos válidamente emitidos en las precedentes elecciones a ese Parlamento*, se podría considerar una mayoría adecuada en esta fase de impulso para evitar el uso de la secesión como mecanismo de chantaje político por parte de la entidad territorial con respecto al conjunto federal, y para garantizar que no se trata de propuestas insuficientemente consensuadas dentro de la entidad territorial. También serviría para que la minoría disidente con la secesión, que pudiera existir dentro de la entidad territorial proponente, tenga un cierto poder de bloqueo que proteja sus derechos dentro del Estado español. Es decir, una mayoría

¹²⁹ De acuerdo con el resultado de las últimas elecciones autonómicas catalanas, los grupos parlamentarios independentistas suman mayoría absoluta; sin embargo, solo representan el 47,5 por ciento de los votos válidamente emitidos.

¹³⁰ En un sentido similar Antic, 2007, págs. 153 y ss.

¹³¹ Así lo requiere también, por ejemplo, el art. 113.2 c) de la Constitución de San Cristóbal y Nieves, al exigir que se presente a los electores seis meses antes del referéndum un proyecto detallado y completo de futura Constitución como Estado independiente.

¹³² Cfr: Dion, 1996, págs. 269 y ss.

cualificada y reforzada funcionaría como mecanismo de protección del elemento democrático-deliberativo del sistema jurídico.¹³³ A pesar de que en el proceso de constitución de las CC.AA. la CE previó (art. 151) una doble consulta al cuerpo electoral de los territorios que aspiraban a su autonomía (primero en un plebiscito sobre la decisión de acceder a la autonomía y luego en un referéndum para aprobar su Estatuto de Autonomía), consideramos inadecuado el recurso en esta fase de impulso a la exigencia adicional de una consulta al cuerpo electoral del territorio secesionista. Al tratarse de una cuestión políticamente tan trascendente y sensible, así como destructiva del vínculo jurídico con el pueblo español, más que constructiva de una nueva forma de pertenencia a este con autonomía política, la consulta popular -binaria en su propia naturaleza y requerida de claridad por la trascendencia de su objeto- resultaría traumática y generadora de muchas tensiones en el interior del territorio que aspira a la secesión,¹³⁴ por lo cual el recurso a la voluntad popular directamente expresada debería operar solo para ratificar la decisión de secesionarse una vez agotadas las opciones negociadas de evitar la secesión.

Adoptada la decisión de impulsar la secesión y una vez trasladada a las instituciones del Estado central, sería razonable, antes de pasar a la segunda fase decisoria sobre la secesión, exigir al Gobierno del territorio que impulsa la secesión y al Gobierno central que desarrollen una *negociación bilateral y paritaria para tratar de buscar una solución alternativa*: por ejemplo, auspiciando una reforma constitucional del modelo de organización territorial que evite la secesión. *En caso de no encontrarla, la negociación se centraría en fijar los términos económicos, políticos y jurídicos en los que debe tener lugar la secesión.* Un plazo de dos años para desarrollar dicha negociación, al modo y manera de lo que dispone el art. 50 TUE respecto de la retirada voluntaria de la Unión Europea de algún Estado miembro, sería más que razonable. No obstante, a fin de que el posible estancamiento en la negociación no se convierta en un obstáculo que paralice la funcionalidad constitucional de la cláusula de secesión, la falta de acuerdo no debería impedir que se pasase a la segunda fase decisoria y que la entidad secesionista pudiese convocar a su cuerpo electoral para la adopción de la decisión definitiva. Aunque la obligación constitucional de negociar sería jurídicamente vinculante, parece difícil admitir un control de constitucionalidad del resultado de la negociación por el Tribunal Constitucional, pues, más allá de las dificultades para que dicho control sea reconocido como legítimo, solo parecería admisible que el Tribunal Constitucional pudiese controlar que no ha habido una negativa formal y expresa de una de las partes a negociar, o que se hayan roto las negociaciones antes del plazo constitucionalmente previsto.¹³⁵ Tampoco parecería razonable establecer una instancia arbitral ajena al Estado español para dirimir las controversias que impiden llegar a un acuerdo contra-secesión o pro-secesión en

¹³³ Cfr: Norman, 2003, págs. 217-218. En sentido diverso, Sunstein, 1991, págs. 666 y ss.

¹³⁴ Como pone de relieve, por ejemplo, la experiencia de Quebec, en palabras de uno de sus más cualificados observadores, Dion, 2013.

¹³⁵ En un sentido parecido la Corte Suprema de Canadá en Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S. C. R. 217, 271-272.

ese periodo de dos años y mucho menos que esa instancia arbitral fuera la UE dado que el art. 4.2 TUE le obliga a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional, así como las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial.¹³⁶

Si transcurrido el plazo de negociación de 2 años no se llegase a un acuerdo que evitase la secesión, o tan pronto como se hubiese alcanzado un acuerdo acerca de los términos en los que llevar a cabo el traspaso de poderes soberanos que conlleva la secesión, se pasaría a la *segunda fase decisoria del proceso de secesión*, en la que la entidad territorial que inició el proceso de secesión podrá decidir unilateralmente sobre la misma y por tanto sobre la pérdida de vigencia de la CE de 1978 en esa parte del territorio.¹³⁷ En esta fase tiene el máximo sentido atribuir la competencia decisoria última al cuerpo electoral de la entidad territorial mediante un referéndum que sea expresión directa de la voluntad ciudadana de operar la reforma constitucional y secesionarse, pues pocas cuestiones son tan profundamente constitucionales como esta.¹³⁸ El referéndum debería ser convocado por el Gobierno de la entidad territorial pero solo previa *autorización de su Parlamento* por igual mayoría cualificada y reforzada a la que permitió iniciar el proceso de secesión. Se reforzará así –con esta doble aprobación parlamentaria– la legitimidad democrática de la decisión secesionista y se tendrá en cuenta también el impacto en el proceso decisorio de un posible cambio político en la composición del Parlamento territorial acaecido durante el interin de los 2 años de negociación.

Dicho lo anterior, respecto de la mayoría a alcanzar en el referéndum de secesión, debe exigirse una mayoría cualificada y reforzada de 2/3 de los electores con derecho de voto, pues la misma logra que esa decisión se adopte por una mayoría clara y suficiente,¹³⁹ por las mismas razones que se indicaron respecto del ejercicio de la iniciativa del procedimiento de secesión, equilibrando democráticamente el respeto a la voluntad de la mayoría y los derechos de la

¹³⁶ Aláez Corral 2015, págs. 169-170.

¹³⁷ La eficacia personal de las normas constitucionales y del resto del ordenamiento español depende del estatuto personal que confiere la nacionalidad y, aunque la Comunidad Autónoma secesionada se convirtiese en un nuevo Estado y atribuyese nacionalidad a sus ciudadanos, ello no implicaría necesariamente, al menos desde la perspectiva del derecho constitucional español, que los mismos vayan a perder la nacionalidad española si son españoles de origen, dado que el art. 11.3 CE dispone que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad; *cf.*: Sagarra i Trias, 2014, págs. 13 y ss.

¹³⁸ López Basaguren, 2013, pág. 101.

¹³⁹ Idéntica mayoría requería el art. 6 de la Ley de la URSS, 3 de abril de 1990, relativa a cuestiones vinculadas con la secesión de una República de la Unión. En contraste el art. 113.2 b) Const. de San Cristóbal y Nieves rebaja la mayoría a 2/3 de los votos válidamente emitidos. Por su parte, el art. 2.2 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c.26) no prevé directamente ninguna mayoría, sino que deja en manos del Parlamento federal de Canadá la valoración de si el resultado del referéndum arroja esa mayoría clara y suficiente sobre la base del número de votos válidos emitidos, la mayoría de síes alcanzada y las demás circunstancias relevantes, a lo cual el art. 4 de la Ley de Quebec relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y el Estado de Quebec (2000, c. 46), regulando el jurídicamente inexistente derecho de autodeterminación de Quebec, ha contestado exigiendo solo una mayoría del 50%+1 voto de los válidamente emitidos.

minoría.¹⁴⁰ Una cuestión más controvertida es si para la decisión de separarse es suficiente la mayoría de 2/3 del cuerpo electoral o debe reforzarse con la confirmación por una mayoría simple (más síes que noes) de los votantes en cada uno de los territorios que componen las circunscripciones en las elecciones al Parlamento autonómico. La respuesta a esta cuestión depende del grado de cohesión territorial del pueblo que desea la secesión. Podría concluirse que una «mayoría clara y suficiente» exige ese reforzamiento territorializado de la decisión, para que no suceda un fenómeno como el de «Tabarnia», región ficticia formada por diversas comarcas catalanas de las provincias de Barcelona y Tarragona que son mayoritariamente contrarias a la independencia y que propugnaría un plebiscito para decidir seguir siendo parte de España. Así, si la circunscripción electoral es la provincia, la decisión del cuerpo electoral en un asunto como la secesión debería tener en cuenta, además de una mayoría cualificada de 2/3 de los electores con derecho a voto, una mayoría reforzada en cuanto a que el voto afirmativo haya sido mayoritario entre los votantes de cada circunscripción.¹⁴¹

De no alcanzarse las mayorías requeridas en esta segunda fase decisoria, sería razonable establecer un límite temporal a la posibilidad de volver a intentar la iniciativa de secesión, a fin de evitar las indeseables consecuencias de la tensión social que genera un proceso de estas características. Una posible propuesta sería que al menos transcurra el plazo de la incorporación de una nueva generación de electores, es decir, 16 o 18 años, según la edad a la que se fije el ejercicio del derecho de sufragio, dada la naturaleza constituyente de la decisión a tomar con el procedimiento de secesión.¹⁴²

Adoptada en esta segunda fase la decisión de la secesión por la mayoría cualificada y reforzada del electorado, ha de tenerse en cuenta, como ha puesto de relieve la Corte Suprema de Canadá en relación con la secesión de Quebec,¹⁴³ que la cuestión del éxito ulterior de la secesión (y por tanto la viabilidad del nuevo Estado fruto de la misma) es para el Estado matriz una cuestión eminentemente fáctica, no jurídica,¹⁴⁴ que depende de factores como el futuro control efectivo del territorio o el reconocimiento como Estado por la comunidad internacional.¹⁴⁵ Aunque la apli-

¹⁴⁰ Sobre la conexión entre la rigidez constitucional y el principio democrático, Otto y Pardo, 1987, págs. 58 y ss.

¹⁴¹ Nos apartamos así, como consecuencia del devenir de los acontecimientos en los últimos años, de la postura asumida en Aláez Corral, 2015, pág. 171.

¹⁴² El art. 10 de la Ley de la URSS, 3 de abril de 1990, relativa a cuestiones vinculadas con la secesión de una República de la Unión preveía un plazo de 10 años de demora entre referéndums de secesión cuando no se hubiese alcanzado la mayoría requerida.

¹⁴³ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 274

¹⁴⁴ Sobre la consideración del resto de los ordenamientos estatales que rodean al ordenamiento de un Estado como meros hechos desde una perspectiva monista (con primacía del ordenamiento estatal), *cfr.* Schilling, 1994, págs. 300 y ss.

¹⁴⁵ Téngase en cuenta la Opinión consultiva del Comité de arbitraje Badinter (en cumplimiento del mandato recibido por la Conferencia de paz para Yugoslavia el 20 de noviembre de 1991), conforme a la cual la cuestión de la existencia o desaparición de un Estado es una cuestión de hecho vinculada a la existencia de un poder político organizado sobre un territorio y una población determinados, y que el reconocimiento por otros Estados es meramente declarativo (Opinión n.º 1), en la línea de lo que establece también para el ámbito americano la Convención de Montevideo de 26 de diciembre de 1933, sobre derechos y deberes de los Estados (art. 1).

cación de la cláusula de secesión sea el producto del ejercicio del poder constituyente-constituido del Estado matriz que lo regula a través de una competencia decisoria atribuida a una parte de su ciudadanía, y en ese sentido el reconocimiento de la secesión de esa parte del territorio sería un acto jurídico del Estado español, sus efectos normativos terminan en la separación de ese territorio y en la consiguiente pérdida de vigencia de la CE sobre él, pero no alcanza a la creación de un nuevo Estado efectivamente soberano sobre el territorio secesionado. Ello sin perjuicio de que el acto de secesión constituya, al tiempo que una reforma de ámbito espacial y personal de validez de la Constitución del Estado matriz, también la *Grundnorm* que confiere validez jurídica al futuro ejercicio del poder constituyente originario por parte de la ciudadanía y de las instituciones de la entidad territorial secesionista.¹⁴⁶

3. ¿Condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión?

Para concluir, cabe preguntarse si la cláusula de secesión propuesta debiera prever algún tipo de condicionante material a la secesión, especialmente como mecanismo de salvaguarda hacia el futuro de los derechos democráticos de las minorías perdedoras en el proceso deliberativo que se haya desarrollado dentro de la entidad territorial. Ciertamente, dado que, como se ha dicho, la cláusula de secesión se configura como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional previsto por la Constitución del Estado español, y no como el ejercicio de un derecho prejurídico de las colectividades territoriales que quieren secesionarse, nada obstaría jurídicamente a que aquella, en su positividad, pudiera establecer condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión.¹⁴⁷ Ello, no obstante, este condicionamiento se debe descartar por varias razones teórico-constitucionales.

De un lado, se puede decir, que las garantías democráticas que caracterizan el procedimiento de secesión propuesto, especialmente las relativas a las mayorías cualificadas y reforzadas exigidas para las decisiones parlamentarias y referendaria, la necesidad de plazo de reflexión y de negociación, así como el recurso al mecanismo de democracia directa (referéndum decisorio) solo en la última fase del proceso de secesión, pueden servir para garantizar los derechos fundamentales de las minorías y el desarrollo democrático del proceso en el presente, pero no suponen ninguna garantía jurídica de que ello vaya a ser así en el futuro, si el ejercicio del derecho de secesión resulta exitoso. De otro lado, condicionar materialmente el ejercicio de este derecho de secesión desde la Constitución del Estado matriz no sería compatible con la naturaleza y función que se pretende atribuir a la cláusula constitucional de secesión¹⁴⁸ por dos razones fundamentales.

¹⁴⁶ En un sentido semejante, Tosi, 2007, págs. 313 y ss.

¹⁴⁷ Así lo hace, por ejemplo, el art. 3.2 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c. 26) en relación con la protección de los derechos territoriales de la población aborigen de Canadá o los derechos de las minorías.

¹⁴⁸ Otra cosa es que se quiera considerar al poder constituyente originario del naciente Estado tras la secesión como sometido a límites implícitos derivados del derecho natural o del derecho inter-

La primera razón se refiere a que, como se ha visto, el *leit motiv* de constitucionalizar un derecho a la secesión es que el derecho y el consiguiente procedimiento de secesión sirvan para canalizar constitucionalmente la expectativa democrática de autodeterminación externa de las colectividades territoriales que constituyen el Estado español, y por eso debe ser constitucionalizada como una decisión unilateral de las entidades legitimadas para impulsar la secesión. Ello se vería desfuncionalizado si el ejercicio del derecho de secesión se subordinase al compromiso por parte de dicha entidad de, una vez secesionada, adecuar a determinados valores o principios el ejercicio de su poder constituyente originario para darse su futura Constitución como Estado soberano.

La segunda razón hace referencia a la dificultad para hacer efectiva la obligatoriedad jurídica de semejantes condiciones materiales, puesto que, aún en el hipotético supuesto de que se estableciese la necesidad de comprometerse a elaborar una Constitución sobre la base de ciertos principios y valores democráticos (piénsese en aquellos a los que se refiere el art. 2 TUE, y el respeto a los derechos humanos tal y como los garantiza el CEDH), y que incluso el proyecto de dicha Constitución debiera ser presentado previamente a los ciudadanos llamados a participar en el referéndum de secesión,¹⁴⁹ no hay forma jurídica de que el Estado español pudiera controlar *a posteriori* que dicho compromiso se cumple, sin al mismo tiempo negar tautológicamente la eficacia de la cláusula constitucional que regula la secesión. Y un control *a priori*, antes de que se apruebe referendariamente la decisión de la secesión, no tendría mucho sentido, dado que el momento en el que se necesita poner a prueba el cumplimiento de las condiciones materiales de la secesión sería en el momento del ejercicio del poder constituyente por la entidad territorial ya secesionada.

En la medida en que la secesión de parte de un Estado miembro de la Unión Europea dejaría a este territorio fuera de la Unión y como un tercer Estado respecto de esta,¹⁵⁰ a lo más que se podría aspirar es a condicionar la decisión referendaria última de la secesión a que simultáneamente se apruebe en el mismo referéndum la automática solicitud de ingreso en la Unión Europea del territorio secesionado, con el consiguiente reconocimiento de los principios y valores democrático-constitucionales que ello conlleva (art. 2 en relación con el art. 49 TUE).¹⁵¹ Pero ello no tendría más que un efecto simbólico, porque, de un lado, una vez aprobada la secesión, el ordenamiento del Estado español dejaría de tener vigencia en el territorio secesionado; y, de otro lado, el naciente Estado secesionado, podría inmediata y lícitamente retirar dicha solicitud de incorporación

nacional de los derechos humanos, pero más allá de las objeciones de dogmática jurídica que se han expresado en otro lugar (Aláez Corral, 2000, págs. 246 y ss.), no parece que sea posible su coerción eficaz sin la colaboración de las instituciones de dicho Estado en formación: *cf.* Roznai, 2013, págs. 557, 571 y ss., 583 y ss.

¹⁴⁹ Como, por ejemplo, hace el art. 113.2 c) de la Const. de San Cristóbal y Nieves

¹⁵⁰ *Cfr.* Connolly, 2013, págs. 84 y ss., sobre la base de la praxis internacional y Piris, 2017, págs. 81-82, sobre la base de las declaraciones oficiales de los presidentes de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y de la Unión Europea.

¹⁵¹ Sobre los términos en los que la Unión Europea podría exigir el respeto a estos valores democráticos, *cf.* Medina Ortega, 2014, págs. 97 y ss.

a la Unión, y la Unión podría rechazar la solicitud de integración, con la consiguiente ineficacia de aquel compromiso de asunción de ciertos principios y valores democráticos.¹⁵²

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B. (1989): «Constitutional Politics/Constitutional Law», *Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 3, págs. 453-547.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2000): *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2012): «La reforma constitucional como cauce de las transformaciones actuales del Estado español» en Varios Autores, *La constitución democrática ayer y hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. I, Editorial Universitas, Madrid, págs. 413-441.
- (2015): «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 22, págs. 136-183.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2016): «La coerción estatal del art. 155 CE en la estructura del estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, págs. 277-304.
- ANTIC, M., (2007): «Procedure for secession», *Politická misao*, vol. XLIV, n.º 3, págs. 145-159.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y OTROS. (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Atelier, Barcelona.
- ARAGÓN REYES, M. (2014): «Problemas del Estado autonómico», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 31, págs. 13-34.
- BARBER, N., HICKMAN, T., KING, J. (2016): 'Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role', *U. K. Constitutional Law Blog*, 27 de junio de 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/> (consultado el 30 de junio de 2018).
- BASTIDA FREJEDO, F.J. (1998): «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. 1, págs. 381-460.
- (2017): «El enredo independentista», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 71-72, págs. 36-41.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1949): «Sui limiti della revisione costituzionale», *Annali del Seminario Giuridico della Università di Catania*, vol. III, págs. 122-172.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. (1993): «Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel», en Badura/Scholz (Hrsg.): *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C. H. Beck, München, págs. 3-40.
- BUCHANAN, A. (1997): «Theories of Secession», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, n.º 1, págs. 31-61.
- (2013): *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Ariel, Barcelona.
- CAGIAO Y CONDE, J. (2015): «¿Es posible un referéndum de independencia en el actual ordenamiento jurídico español? El derecho explicado en la prensa», en *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*. Coords. Caglia y J.Y. Ferraiuolo, G. Ed. Catarata.
- CASESSE, A., (1995): *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge.

¹⁵² Sobre los efectos de la secesión de territorios en el derecho de la Unión Europea, véase Mangas Martín, 2013, págs. 47 y ss.

- CASTELLÁ, J. M. (2014): «Derecho a decidir, secesión y formas de democracia. Un diálogo constitucional entre Italia y España», en L. Cappuccio/M. Corretja Torrents (edit.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, págs. 33-52.
- CONNOLLY, C. K. (2013): «Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 24, págs. 51-105.
- CRAWFORD, J. (1999): «State Practice and International Law in Relation to Secession», *British Yearbook of International Law*, vol. 69, n.º 1, págs. 85-117.
- DELLINGER, W. (1983): «The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process», *Harvard Law Review*, vol. 97, págs. 386-432.
- DION, S. (1996): «Why is secession difficult in well-established democracies? Lessons from Quebec», *British Journal of Political Science*, vol. 26, n.º 2, págs. 269-283.
- (2013): «Un referéndum independentista es un trauma para la sociedad», *El País*, 11 de abril de 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365705035_291906.html (consultado el 3 de febrero de 2018).
- DOERFERT, C. (2016): «Sezession im Bundesstaat – Neun Fragen an das Grundgesetz», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º 6, págs. 711-713.
- FERRAIUOLO, G. (2018): «Non far niente È democratico?», *Federalismi.it*, n.º 17, págs. 1-39.
- FRIEDRICH, F. (2007): «Das Sezessionsrecht im demokratischen Verfassungsstaat», *Leviathan*, vol. 35, n.º 1, págs. 62-84.
- GRAU, M. (2011): «Self-government reforms and public support for Spain's territorial model», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 13, págs. 186-214.
- HART, H. L. A. (1994): *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998): *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, Madrid.
- HOLIGOVA, B. (2017): «Drawing Lessons from Dissolution of Czechoslovakia in Addressing Possible Brexit Implications», *European Scientific Journal*, págs. 312-321
- HOROWITZ, D. L. (2003): «The cracked foundations of the right to secede», *Journal of Democracy*, vol. 14, n.º 2, págs. 5-17.
- IGLAR, R. F. (1992): «The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination: Slovenia's and Croatia's Right to Secede», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 15, n.º 1, págs. 213-239.
- ISENSEE, J. (1989): «Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung», en Schwabe (edit), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlín, págs. 705-740.
- JELLINEK, G. (1882): *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Verlag von O. Haering, Berlín.
- JENNING, I. (1956): *The Approach to Self-Government*, Cambridge University Press.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1980): «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, n.º 7, págs. 81-103.
- KELSEN, H., (1920): *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr (Siebeck), Tübingen.
- (1925): *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer Verlag, Berlín.
- (1987): «Die Bundesexekution: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundesverfassung», en *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Mohr, Tübingen, págs. 127-187.
- LÖWENSTEIN, K. (1968): *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Scientia Verlag, Aalen
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2013): «La secesión de territorios en la Constitución española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 25, págs. 87-106.

- LUHMANN, N., (1978): *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt und Neuwied.
- (1981): *Die Ausdifferenzierung des Rechts, Subrkamp, Frankfurt a. M.*
- (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, a. M.
- LUTZ, D. S. (1994): «Toward a theory of constitutional amendment», *American Political Science Review*, vol. 88, n.º 2, págs. 355-370.
- MANCINI, S. (2012): «Secession and Self-Determination», en Rosenfeld/Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, págs. 482-600.
- MANGAS MARTÍN, A. (2013): «La secesión de territorios en un estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 25, págs. 47-68.
- MCCORQUODALE, R., (1994): «Self-determination: A Human Rights Approach», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n.º 4, págs. 857-885.
- MEDINA ORTEGA, M. (2014): *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid.
- MIGUEL BÀRCENA, J. de (2018): «El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 113, págs. 133-166.
- MODUGNO, F. (1999): «Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (Riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)», en Alessandro Pace (edit.), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Giuffrè, Milán, págs. 1011-1043.
- MONAHAN, P.J. (1995): «The Law and Politics of Quebec Secession» *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, n.º 1, págs. 1-33.
- MUSGRAVE, T. (1997): *Self-determination and national minorities*, Clarendon Press, Oxford.
- NORMAN, W. (2003): «Domesticating Secession» en Macedo/Buchanan, *Secession and Self-Determination*, New York University Press, New York/London, págs. 193-237.
- OFFE, C. (1998): «"Homogeneity" and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n.º 2, págs. 113-141.
- OTTO Y PARDO, I. de (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- PAYERO LÓPEZ, L. (2014): «El enfrentamiento entre dos ideas nacionales: la España unitaria vs. la España plural», en Calvo García/Arlettaz/Gracia Ibáñez (edits.), *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, págs. 10-27.
- PEOPLES, J. y BAILEY, G. (2011): *Humanity: An Introduction to Cultural Anthropology*, Wadsworth Cengage Learning, Belmont.
- PIRIS, J. C. (2017): «Political and Legal Aspects of Recent Regional Secession Trends in some EU Member States (Part I)», en Carlos Closa (edit.) *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union. Troubled Membership*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 69-87.
- PUNSET BLANCO, R. (1995): «Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 43, págs. 209-221.
- RAIC, D. (2002): *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (1997): *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo.

- RIDAO I MARTÍ, J. (2014): «La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 91, págs. 91-136.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (1999): «Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, págs. 103-124.
- ROZNAI, Y. (2013): «Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea», *The American Journal Of Comparative Law*, vol. 61, págs. 657-719.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012): «Un referéndum para Cataluña», *Diario El País*, 8 de octubre de 2012. https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html (consultado el 20 de agosto de 2018).
- 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*, n.º 31, págs. 89-136.
- SAGARRA I TRIAS, E. (2014): «Nacionalidad catalana, nacionalidad española y ciudadanía de la Unión ¿serían compatibles?», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 36, págs. 13-37.
- SÁIZ ARNÁIZ, A. (2006-2007): «Constitución y secesión», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 10, págs. 33-56.
- SCHILLING, T. (1994): *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín.
- SHORTEN, A. (2014): «Constitutional Secession Rights, Exit Threats and Multinational Democracy», *Political Studies*, vol. 62, págs. 99-115.
- Sunstein, C. (1991): «Constitutionalism and secession», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, págs. 633-670.
- TAJADURA TEJADA, J. (2009): «Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, págs. 636-385.
- TOSI, D. E. (2007): *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*, Jovene Editore, Nápoles
- ÚRRUTIA LIBARONA, I. (2012): «Territorial Integrity and Self-determination: the approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 16, págs. 107-140.
- VILE, J. R. (1995): «The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process», en Sanford Levinson (edit.), *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, Princeton, págs. 191-214.
- WALKER, N. (2014): «Our Constitutional Unsettlement», *Public Law*, n.º 7, págs. 529-548.

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Seguramente no haya mejor lugar que un libro homenaje, como que el aquí se publica en honor al profesor Francisco Bastida Freijedo, para reabrir ese baúl de los recuerdos que el inexorable y silencioso paso del tiempo, aderezado por la frenética visión de futuro que impone la vida universitaria, acaba cerrando inconsciente e injustamente. Reabrirlo es siempre un acto de justicia que nos permite apreciar con perspectiva que lo que muchos somos hoy como profesionales es gracias a juristas como Bastida.

Este trabajo publicado en 2003 en el número 10-11 de la *Revista Teoría y Realidad Constitucional* bajo el título «Lealtad constitucional y partidos políticos» ha sido seguramente el que mejor refleje la impronta que dejaron en mi formación las enseñanzas de Bastida. En noviembre 2002 se celebraría en Toledo el I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Con el Título «La defensa del Estado», se centraba en analizar, entre otros aspectos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

Bastida era uno de sus ponentes principales y decidí intervenir como comunicante en la mesa que él integraba. El primer borrador de mi trabajo que le presenté unos meses antes planteaba un análisis de la Ley de Partidos a partir de una categorización clásica, la distinción entre la defensa del Estado y la defensa de la Constitución. La primera, vinculando la democracia a la defensa de los procedimientos y la segunda a la de valores, con la consecuente ilegalización de sus enemigos. Esa categorización me servía, primero, para adscribir a nuestra la Constitución al primer modelo, como consecuencia de la posibilidad total de su reforma, y después, para, a partir de ello, deducir un principio hermenéutico desde el que proceder al análisis del art. 9.2 de la Ley de Partidos.

Y lo cierto es que ese planteamiento que le presenté inicialmente pensé que era coherente, ya que el legislador, al menos en apariencia, había decidido ilegalizar en el enunciado del art. 9.2 las conductas y no los fines perseguidos de los

partidos. Entendía que el art. 9.2 de la Ley era la directa plasmación de aquel principio deducido de la posibilidad de reforma total de la Constitución. Pero Bastida, con la lectura del texto de mi comunicación, enseguida me hizo ver que mi propuesta caía en la trampa de lo evidente, a lo que invitaba, desde luego, el legislador de partidos. Por entonces Bastida ya había publicado en 1998 uno de los trabajos que quizás mejor hayan reflejado su pensamiento académico: «La soberanía borrosa: la democracia».

El arte de Bastida fue siempre distorsionar y replantear aquello a lo que en apariencia nos llevaban a ver las construcciones categoriales clásicas. Como él entendía, para poder ver con nitidez el problema, en vez de enfocar la lente, en ocasiones era necesario desenfocarla. Cuando la imagen se convertía en borrosa, como su teoría de la democracia, saltaban a la luz los verdaderos problemas. Hay que reconocer que no le faltaba razón. La visión que le había presentado en el texto inicial de mi comunicación era seguramente una imagen fija y quizás deliberadamente enfocada de un problema. Pero él intuyó con razón, que no me permitía ver los auténticos problemas en los que incurría el legislador de la Ley de Partidos.

Me hizo darme cuenta de la parcial inutilidad de las categorías clásicas de la defensa del Estado y defensa de la Constitución -ligadas respectivamente a los modelos de democracia procedimental y militante- para llevar el análisis que me proponía. Para él toda democracia era militante en un determinado grado, por la simple razón de que no hay democracia que no aspire a defenderse a sí misma. Y aplicando su teoría de la borrosidad, me enseñó que las categorías clásicas de la democracia procedimental y la militante eran «dos líneas negras bien definidas» ubicadas en los extremos, pero que entre ellas había una importante distancia unida, según sus palabras, por una «gran escala de grises». En efecto, el problema, según Bastida, era ver hasta qué punto una democracia, por naturaleza militante, podía seguir manteniendo su militancia sin trasvasar aquel límite no tolerado por nuestra Constitución: la imposibilidad de ilegalizar ideologías contrarias a la democracia.

Así pude comprobar que el verdadero problema de la Ley de partidos no era tanto el art. 9.2, sino, en realidad, el art. 9.3. Era en esa disposición donde el legislador se introducía en el bosque de la borrosidad de Bastida, en la escala de grises entre la democracia puramente procedimental que la ley pretendía mostrar, en apariencia, asépticamente en el art. 9.2 y la ilegalización de los enemigos de la democracia. Conforme a esas ideas planteé justamente el texto definitivo de mi comunicación, que posteriormente, y de manera más extensa, publiqué en la *Revista Teoría y Realidad Constitucional*.

Caminando por los senderos de Bastida llegué a la conclusión de que la militancia introducida por la Ley trasvasaba todas las escalas de grises posibles de la militancia, y llegaba a una totalmente incompatible con nuestra Constitución. Y lo hacía, según mi parecer, a través de la técnica de las presunciones, entre otras cosas, imputando *iuris et de iure* a determinadas ideologías su necesaria persecución a través de medios violentos. A través del carácter naturalmente ilícito de éstos, se acaba irradiando de manera indirecta la ilicitud a determinadas ideologías, prohibiéndoles cualquier ámbito en el que poder manifestarse pacíficamente.

La STC 48/2003, que enjuició la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002 y otras posteriores que resolvieron distintos recursos de amparo interpuestos contra las resoluciones judiciales que aplicaron la citada ley disolviendo diferentes partidos, no le dieron razón a mi trabajo. Seguramente no por azar, se la dieron a Bastida. Ratificaron su tesis de que la Ley había conseguido mantenerse en esa amplia escala de grises que distanciaba los extremos de la democracia procedimental y la militante.

Todas esas enseñanzas me ayudaron considerablemente a dar un gran impulso a mi tesis doctoral sobre el concepto de lealtad constitucional, que hundía originariamente sus raíces teóricas precisamente en la defensa de la Constitución y en la democracia militante. En ese trabajo, que defendería finalmente en 2005, traté de demostrar precisamente cómo sí podía existir lealtad constitucional en una Constitución totalmente reformable. Lo que nunca podré saber es si mis planteamientos llegaron finalmente tan lejos y me alejé nuevamente de la borrosidad, del mundo de lo relativo, que siempre me enseñó Bastida. Sobre ello habré de seguir reflexionando en el futuro gracias a sus enseñanzas.

Lealtad constitucional y partidos políticos*

Leonardo Álvarez Álvarez

1. Introducción

La LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos –en adelante LPP– constituye un tema de una gran trascendencia política y jurídica. La LPP –en lo que a su finalidad se refiere– encarna la exigencia de un orden jurídico de defenderse frente a comportamientos que constituyan una infracción de sus normas. Sin embargo, la técnica de la ilegalización de partidos ofrecida por la LPP como defensa frente a aquella infracción normativa puede conducir a capitales problemas de estabilidad del Estado democrático. La disolución de los partidos políticos en Alemania en 1952 y 1956 ha supuesto suprimir la forma que permitió identificar a los individuos que pretendían atentar contra el Estado. Ello solo condujo a que tal actividad se desplegara desde ese momento mediante organizaciones clandestinas de difícil o imposible control para el Estado. En ello se explica la opción de no volver a utilizar la técnica de la ilegalización frente a partidos cuya radicalidad superó la de los prohibidos durante la década de los cincuenta. La ilegalización de los partidos políticos representa una exigencia de la defensa del Estado democrático, pero al mismo tiempo, un capital obstáculo para la eficacia de la misma. Al margen de la solución más efectiva para la defensa del ordenamiento democrático –en realidad de difícil respuesta– lo que pretende analizar el presente trabajo es

* Trabajo publicado en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 10-11, 2002-2003, págs. 445-468.

cuál es la naturaleza de la defensa del orden democrático dispuesta en la Constitución de 1978, esto es, frente a qué naturaleza de comportamientos pretende protegerse. Una vez determinado ello se examinará si la defensa dispuesta por la LPP resulta compatible con la establecida en el texto constitucional de 1978.

2. El concepto de lealtad constitucional

a) *El principio de eficacia del ordenamiento jurídico*

El ordenamiento jurídico se concibe, ante todo, como un orden social, esto es, como un complejo de normas que tienen por objeto regular las relaciones entre individuos.¹ En ese sentido, el ordenamiento jurídico desempeña una función equiparable al orden político o al moral que, de igual manera, regulan relaciones interindividuales.² Sin embargo, el carácter distintivo de las normas que conforman el ordenamiento jurídico –y que permite diferenciarlas de las que integran otros órdenes sociales– reside en que la regulación de las relaciones entre individuos tiene lugar mediante la determinación de las condiciones de ejercicio de la fuerza física –órgano, procedimiento y supuesto de hecho–.³ No obstante, esta regulación de las relaciones entre individuos solo puede considerarse válida, y por tanto diferenciada de la realizada por los demás órdenes sociales, si posee un fundamento autónomo de validez.⁴ Ello es lo que se expresa precisamente con el concepto de soberanía, cualidad que, predicada del ordenamiento jurídico, alude a que la validez de sus normas no deriva de ningún otro orden normativo superior a él.⁵ Sin embargo, la soberanía no se presenta exclusivamente como una cuestión de validez –deber ser–. Para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico diferenciado de otros órdenes sociales, esto es, de un ordenamiento soberano, además de poseer su propio fundamento de validez, aquel debe ser, a grandes rasgos, eficaz –ser–. De tal modo, la eficacia de sus normas se presenta como condición de validez del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁶

El problema fundamental reside en determinar el necesario grado de eficacia para poder afirmar la validez del ordenamiento jurídico. Con independencia de cuál sea este grado –en realidad, difícilmente cuantificable por su definición

¹ Véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ed. Franz Deuticke, Viena, 1976, pág. 25.

² Véase H. Kelsen, *ibid.*, pág. 60.

³ *Cfr.* H. Kelsen, *ibid.*, pág. 34 y ss.

⁴ *Cfr.* H. Kelsen, *ibid.*, pág. 200 y ss. En los denominados «ordenamientos jurídicos preestatales» – con los que se alude a los sistemas jurídicos que se dieron hasta el siglo XVI– existieron normas reguladoras del ejercicio de la fuerza física, aunque estas no conformaron por sí mismas un ordenamiento jurídico ya que se integraron en órdenes religiosos y morales, véase J. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ed. Julius Springer, 3.^a edición, 5.^a reimpresión, Berlín, 1929, págs. 321-323. Ello se explica a partir del hecho de que la validez de las normas reguladoras de la fuerza física se condicionó a un criterio de justicia, fundamento de validez del ordenamiento moral, véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pág. 61 y ss., 65.

⁵ Véase H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ed. Max Gehlen, Bad Homburg, Berlín, Zurich, 1966, pág. 103 y 104.

⁶ *Cfr.* H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pág. 219; *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pág. 18 y 19.

en términos de ser- parece claro que el principio teórico de eficacia no puede ponerse en duda, de igual manera, por la ineficacia de las normas que ocupan un rango inferior en el ordenamiento que la que afecte a su fundamento mismo de validez, esto es, a la Constitución. En realidad, un ordenamiento difícilmente puede ser eficaz si su fundamento de validez no resulta también eficaz.⁷ Sin embargo, la eficacia de la norma fundamentante no puede medirse con arreglo a la totalidad de disposiciones que la conforman sino tan solo a partir de sus normas fundamentales, de aquellas que determinan su identidad.⁸ La concepción de la Constitución como fundamento de validez de las normas del ordenamiento jurídico exige en la determinación de su eficacia deba tenerse en cuenta precisamente la eficacia de aquellas normas que regulan la creación de normas, en particular, las que inciden en la forma de Estado y en la forma de gobierno. En ese sentido, la eficacia de los principios estructurales se presenta como una cuestión fundamental para poder construir el principio teórico de eficacia del ordenamiento.

b) *La lealtad constitucional como plasmación normativa del principio de eficacia del ordenamiento jurídico*

Cuando el principio de eficacia del ordenamiento jurídico deja de presentarse como un principio de carácter teórico -ser- y pasa a concebirse como una pretensión normativa de la norma constitucional -deber ser- se convierte en principio de lealtad constitucional. En ese sentido, el principio de lealtad constitucional expresa la pretensión dogmática de la Constitución de dotar de eficacia a sus principios fundamentales.⁹ De tal modo, el principio de lealtad constitucional no se concibe como una norma jurídica sino como un principio interpretativo que debe ser tenido en cuenta para determinar el contenido normativo de las normas positivas que conforman el ordenamiento jurídico.¹⁰ El principio de lealtad niega amparo normativo a actividades que menoscaben o puedan menoscabar -según tal principio adquiera un contenido represivo o preventivo- la eficacia de las

⁷ Cfr. H. Kelsen, «Vom Geltungsgrund des Rechts» en H. Klekatsky, R. Marcic, H. Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, ed. Europa, Viena, Francfort, Zúrich, 1968, pág. 1422.

⁸ Es claro que la eficacia de la Constitución española de 1978 no puede enjuiciarse a partir de los arts. 4 y 5 en los que se establecen los colores de la bandera o la capitalidad del Estado, respectivamente.

⁹ Por ello se ha calificado a la lealtad constitucional como un instituto de carácter *reflexivo*, esto es, dispuesto, por la Constitución para su propia defensa, cfr. E. Denninger, «Der Schutz der Verfassung» en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, ed. De Gruyter, Berlín, Nueva York, 1983, pág. 1294; N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, ed. Westdeutscher, Opladen, 1990, pág. 15 y 16.

¹⁰ El principio de lealtad constitucional es el que se encuentra implícito en la construcción doctrinal del principio de efectividad de los derechos fundamentales que se presenta como un principio interpretativo que tiene por objeto dotar de eficacia a tales normas. En concreto, este principio de efectividad es la causa de la denominada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cfr. R. Thoma, «Allgemeine Bedeutung der Grundrechte» en H.-C. Nipperdey (edit.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I, ed. Keip, Francfort, 1975, pág. 9; C. G. Pestalozza, «Kritische Bemerkungen zur Grundrechtsauslegung», *Der Staat*, n.º 4, 1963, pág. 444.

normas que determinan los principios estructurales.¹¹ Es por ello que no cualquier infracción normativa –al margen de que esta sea considerada como ilícita– constituya una vulneración del principio de lealtad constitucional sino tan solo aquella que lesione la eficacia misma de los principios estructurales.

3. El principio de lealtad constitucional como instituto de defensa de la Constitución y de defensa del Estado

El principio de lealtad constitucional puede concebirse como instituto de defensa de la Constitución o de defensa del Estado. En realidad, a tal distinción subyace la atribución al objeto del principio de lealtad constitucional una diferente naturaleza jurídica.¹² Con el concepto *defensa de la Constitución* se alude a un principio interpretativo que sirve a la inmutabilidad frente al cambio de las materias sobre las que descansa el documento constitucional positivo.¹³ De tal modo, el principio de defensa de la Constitución niega amparo normativo a actividades que, aun en observancia de las normas positivas, tengan como finalidad suprimir las materias subyacentes al texto constitucional.¹⁴ La defensa de la Constitución implica, por tanto, declarar ilícitos fines aun cuando los medios utilizados sean en sí correctos. Es por ello que la defensa de la Constitución se dirige frente a los enemigos y no simplemente infractores.¹⁵ Como se puede percibir, la defensa de la Constitución solo adquiere sentido con arreglo a un concepto material de Constitución, esto es, allí donde se distingue entre normas positivas y determinadas materias que no resultan coincidentes en su naturaleza jurídica con aquellas.¹⁶ En puridad, defensa de la Constitución y lealtad constitucional no constituyen sino dos caras de una misma moneda. La defensa de la Constitución expresa, en realidad, una pretensión de eficacia permanente de las materias que subyacen al texto constitucional. El principio de defensa de la Constitución constituye, por tanto, un principio de lealtad constitucional que tiene por objeto materias que no tienen carácter jurídico-positivo y sobre las que, además –a consecuencia de

¹¹ Ello puede apreciarse gráficamente en el principio de lealtad federal –*Bundestreue*–. Merced al mismo, se declaran antijurídicos los comportamientos de los miembros del Estado federal que, aun ejerciendo competencias propias, menoscaben el funcionamiento del principio estructural del federal, véase BVerfGE. 1, 299 (315), de 11 de mayo de 1952; 12, 205 (254), de 28 de febrero de 1961; 34, 9 (44), de 26 de julio de 1972; 39, 96 (108 y ss.), de 4 de marzo de 1975; 40, 96 (125), de 10 de junio de 1975; 41, 291 (308 y 310), de 10 de febrero de 1976; 61, 149 (205), de 19 de octubre de 1982; 81, 310 (337), de 22 de mayo de 1990). En la doctrina véase J. Isensee, «Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz» en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, ed. CF Müller, Heidelberg, 1990, pág. 596.

¹² Un aspecto que conducirá a conferir «fundamentalidad» –erigiéndose en objeto del principio de lealtad constitucional– a diferentes normas.

¹³ Véase C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pág. 15.

¹⁴ Cfr. E. Denninger, «Verfassungstreue und Verfassungsschutz», VVDStRL, n.º 37, 1978, pág. 18.

¹⁵ Véase I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 15.

¹⁶ Cfr. G. Röllecke, «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung» en *idem*, *Augeklärter Positivismus Ausgewählte Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates*, ed. CF Müller, Heidelberg, 1995, pág. 167.

su naturaleza suprapositiva-, pesa una garantía de intangibilidad.¹⁷ El objeto del principio de lealtad constitucional cambia radicalmente donde éste se conciba como un instituto de defensa del Estado. El concepto *defensa del Estado* engloba un conjunto de normas y principios que tienen como finalidad la protección frente a la infracción de normas positivas¹⁸ -al margen de si éstas se presentan inmodificables o no-. Donde el principio de lealtad constitucional se conciba como un instituto de defensa del Estado su objeto se encuentra conformado por normas jurídicas positivas. De tal manera, la lealtad constitucional como defensa del Estado sirve a la eficacia de normas positivas.¹⁹ En ese sentido, la lealtad constitucional no responde frente a enemigos sino exclusivamente frente a infractores.

4. El principio de lealtad constitucional en la Constitución española de 1978

a) *Fundamento del principio de lealtad constitucional*

El principio de lealtad constitucional en la Constitución española de 1978 aparece como una exigencia dogmática de su concepción como norma jerárquicamente suprema. Tal supremacía se presenta como consecuencia de las notas de

¹⁷ El problema que presenta esta concepción del principio de lealtad constitucional como instituto de defensa de la Constitución deriva del concepto material de Constitución sobre el que aquel se construye, en particular, del particular modo de atribuir la «fundamentalidad» a determinadas normas. Para la doctrina material, se atribuye el carácter de «fundamental» -por determinar la identidad de la Constitución- a cualquier norma -evidentemente de carácter no positivo- que subyazca al texto constitucional, al margen de si tiene o no el carácter de principio estructural. Así, por ejemplo, en la teoría integracionista de Constitución, los símbolos -además de los principios estructurales- forman parte de aquellas normas sobre las que el texto constitucional descansa, presentándose como objeto del principio de lealtad constitucional, *cf*: R. Smend, «Verfassung und Verfassungsrecht» en *idem*, *Staatsrechtlichen Abhandlungen*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1968, pág. 217 y 218. Así, en el contexto de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se ha llegado a afirmar que la capitalidad del Estado alemán en Berlín constituye una decisión que pertenece a la subjetividad del pueblo y que ha permanecido subyacente incluso frente a la división de las dos Alemanias, *cf*: R. Scholz, «Der Status Berlins» en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1, ed. CF Müller, Heidelberg, 1987, pág. 356. Sin embargo, esta precisión material del objeto de la lealtad constitucional conduce a resultados incompatibles con este concepto mismo, en particular, erigir a la bandera o a la capitalidad del Estado en objeto de eficacia. La pretensión de eficacia que expresa la lealtad constitucional solo cobra sentido lógicamente respecto a una determinada organización, *cf*: P. Haberle, «Effizienz und Verfassung», *AöR*, n.º 98, 1973; J. Isensee, «Dienst nach Vorschrift als vorschriftswidriger Dienst», *JZ*, n.º 5, 1971, pág. 75; W. Leisner, *Effizienz als Rechtsprinzip*, ed. JCB. Mohr, Tübinga, 1971, pág. 8.

¹⁸ *Cfr*: D. Rauschnig, *Die Sicherung der Beachtung der Verfassungsrecht*, ed. Gehlen, Berlín, 1969, pág. 14.

¹⁹ En este caso, se permite construir el objeto del principio de lealtad constitucional de un modo conciliable con la pretensión de eficacia que encarna aquel principio. Si la Constitución se concibe como una norma de derecho positivo, las normas que conforman la identidad de la Constitución, no pueden ser sino los principios estructurales. De este modo se excluye que puedan adquirir el carácter de fundamentales normas que no pueden presentarse en realidad como objeto de la lealtad constitucional, tal y como ocurre en la teoría material. La atribución del carácter de fundamental a los principios estructurales resulta coherente con la eficacia de una organización inherente a la lealtad constitucional. Esa es precisamente la función de los principios estructurales: organizar y estructurar la creación normativa.

fuerza activa y fuerza pasiva que la norma constitucional de 1978 ha pretendido autoatribuirse frente a las demás normas del ordenamiento jurídico. Con el concepto de fuerza activa se expresa la cualidad de la norma constitucional de –en caso de contradicción– producir la derogación de la norma que la contraviene. Por el contrario, la noción fuerza pasiva alude al efecto de persistencia en la validez de la Constitución frente a las normas que la contravengan.²⁰ La construcción del principio de lealtad constitucional a partir de las categorías fuerza activa y fuerza pasiva –contenido de la supremacía constitucional– se explica a partir de la consecuencia de la *indisponibilidad* que aquellas notas confieren a las normas incluidas en el documento constitucional.²¹ La pretensión de la Constitución de sustraer las normas incluidas en la forma constitucional a la facultad normativa del poder público manifiesta su intención de conferirles eficacia. Allí donde falte la nota de la indisponibilidad del texto constitucional no cabe hablar de lealtad constitucional, toda vez que la eficacia de sus normas se halla condicionada a la voluntad del poder público.²² Eso es lo que permite explicar que el principio de lealtad constitucional– como instituto jurídico-positivo– solo haya podido construirse con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando las Constituciones comienzan a erigirse en normas jerárquicamente supremas. De tal manera, el principio de lealtad en la Constitución española de 1978 se construye fundamentalmente a partir de las normas en las que se expresan las notas de fuerza activa y fuerza pasiva, en particular en los arts. 9.1 –en este caso consagrada de manera general–, y 161.1, entre otras.

b) Objeto del principio de lealtad constitucional: la posibilidad de reforma total de la Constitución y la concepción del principio de lealtad como instituto de defensa del Estado

En la precisión del objeto del principio de lealtad constitucional desempeña un papel capital el art. 168 de la Constitución en el que se admite que la misma

²⁰ Cfr. I. de Otto Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 14 y 15

²¹ Cfr. R.Thoma, «Allgemeine Bedeutung der Grundrechte», *op. cit.*, pág. 8 y 9.

²² Eso es lo que aconteció en el contexto de la Constitución de Weimar de 1919 que permitió que fuese reformada por vía legislativa –art. 76–. En ese sentido, no puede hablarse de una norma jerárquicamente suprema, esto es, indisponible frente al poder público, en concreto frente al legislador, *cf.*: P.Badura, «Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht» en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, ed. CF Müller, Heidelberg, 1992, pág. 59 y 60. Esta distinción entre el poder constituyente constituido y poder legislativo impidió que pudiese ser construido un principio de lealtad constitucional. Sin embargo, no han faltado teorías proclives a articular tal principio a partir del texto de 1919. No obstante, la indisponibilidad sobre la cual indispensablemente tiene que construirse el principio de lealtad constitucional se articuló no sobre la base de una jerarquía positiva sino con arreglo a la rigidez del procedimiento de reforma de la Constitución –art. 76– que sometió la reforma constitucional a una mayoría de 2/3, *cf.*: R.Thoma, «Allgemeine Bedeutung der Grundrechte», *op. cit.*, pág. 8. El problema que se deriva de ello es que la rigidez de una norma nada dispone acerca de su posición en el ordenamiento, *cf.*: I. de Otto Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, *op. cit.*, pág. 63. Por ello del concepto de rigidez constitucional no puede deducirse la nota de la indisponibilidad de las normas de la Constitución, a partir de la que se construye el principio de lealtad.

pueda ser reformada en su totalidad. Ello se presenta como un argumento capital para negar que el principio de lealtad constitucional en la Constitución española pueda concebirse como un instituto de defensa de la Constitución. La distinción entre normas positivas y determinadas materias que no resultan coincidentes en su naturaleza jurídica con ellas solo puede resultar admisible si se parte del carácter inmodificable de las materias que subyacen al documento constitucional.²³ De tal modo, la posibilidad de reforma total de la Constitución se presenta como el argumento fundamental para afirmar que la Constitución española ha pretendido concebirse a sí misma como norma de derecho positivo.²⁴ En ese sentido, el objeto del principio de lealtad no puede sino determinarse en las normas positivas que conforman el texto constitucional, en particular, en aquellas que precisan los principios estructurales. Es por ello que el objeto del principio de lealtad constitucional lo conforman los principios de Estado de derecho, Estado democrático, Estado social, el principio autonómico -art. 1.1- y la forma parlamentaria de gobierno -art. 1.3-. Todo ello conduce a que el principio de lealtad constitucional en la Constitución española se presente como un instituto de defensa del Estado y no de defensa de la Constitución.²⁵ De tal modo, en el ordenamiento español solo cabe la defensa frente a los infractores de sus normas y no contra sus enemigos. Pero, además, precisamente porque tal normatividad positiva reconoce la posibilidad de reforma total de la Constitución, las normas del ordenamiento solo pueden presentarse como límites a la acción y no como límites a los fines mediante ella perseguidos.²⁶ Con ello se niega también la posibilidad de que, en base a normas positivas, puede llegarse a la consecuencia a la que conduce la defensa de la Constitución: la ilicitud de sus enemigos.²⁷ Precisamente porque cualquier opción política puede llegar a formar parte de la Constitución, en un orde-

²³ Acerca de esta exigencia inherente a las teorías materiales de Constitución véase B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 61 y ss.

²⁴ Otros datos que permiten avalar tal conclusión pueden ser las notas formales de la unidad documental y la rigidez y la pretensión de la Constitución de identificarse con las normas positivas que conforman su texto constitucional -arts. 161, 168-, *cf.* B. Aláez Corral, *ibid.*, pág. 268.

²⁵ *Cfr.* I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, págs. 35 y 36.

²⁶ Esta conclusión se percibe implícitamente en el razonamiento del profesor Punset Blanco, quien reconoce la necesidad de compatibilizar la tutela decidida del funcionamiento del principio democrático con la posibilidad de reforma total de la Constitución y, consecuentemente, con la persecución de cualesquiera fines políticos. En el razonamiento del profesor Punset se avanza ya claramente la distinción aquí planteada entre la lealtad constitucional como defensa del Estado y como defensa de la Constitución *cf.* «Los veinte primeros años de la ciencia española del Derecho Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 108, 2002, pág. 235. Sobre ello puede consultarse más en profundidad el estudio del mismo autor.

²⁷ La intangibilidad de determinadas materias, presupuesto de la construcción material de la defensa de la Constitución, resulta también compatible con su carácter jurídico-positivo (un análisis de esta cuestión dogmática puede apreciarse en E. Wegge, «Zur normative Bedeutung des Demokratieprinzips nach art. 79. 3 Abs. 3 GG». *Ein verfassungsdogmatischer Beitrag zur Rationalität des Rechts*, ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, pág. 27 y ss.). Sin embargo, la ilicitud de los enemigos de tales materias no puede considerarse, en puridad, como expresión de un principio de defensa de la Constitución ya que el carácter distintivo de este es la naturaleza jurídico-positiva de su objeto. El principio de lealtad respecto de normas jurídico-positivas debe considerarse como un instituto de defensa del Estado.

namiento democrático, los sometidos al mismo deben estar en condiciones de poder perseguirlos.²⁸

5. La plasmación normativa del principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos en el art. 6 CE

a) *El art. 6 CE como fundamento de la distinción entre el principio de lealtad constitucional y el mandato de respeto a la Constitución y a la ley*

El art. 6 CE dispone respecto de los partidos políticos que su *estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*. En lo que se refiere al necesario funcionamiento democrático, si lo que se pretendió fue que los partidos – de conformidad con el mandato de sujeción al derecho positivo establecido en el art. 9.1 – no pudiesen infringir aquellas normas positivas en las que se consagra el principio democrático, aquella exigencia carece de todo sentido. Para ello hubiese bastado el mandato de *respeto a la Constitución y a la ley* prescrito en el mismo art. 6 CE. El único modo coherente de dotar de sentido a la exigencia de funcionamiento democrático de los partidos es concebirla como la plasmación normativa del principio de lealtad constitucional. En ese sentido, la cláusula «funcionamiento democrático» de los partidos políticos constituiría el presupuesto legitimador para negar amparo normativo a actividades de los mismos que –cumpliendo o aun incumpliendo las normas– menoscaban la eficacia del principio democrático. De tal manera no cualquier infracción de las normas reguladoras del principio democrático supone una vulneración de la cláusula funcionamiento democrático de los partidos –lo es por contra del mandato de respeto a la Constitución y a la ley– sino tan solo aquella que pueda lesionar el funcionamiento mismo del principio democrático. Pero es que, además, solo en base a esta interpretación del mandato de funcionamiento democrático puede justificarse la plasmación en el art. 6 de una cláusula, como la del respeto a la Constitución y a la ley, que no constituye sino la reiteración del mandato de sujeción al derecho positivo dispuesto en el art. 9.1. La expresa alusión al instituto de la sujeción en el art. 6 CE solo puede justificarse como legitimación de una ilicitud disímil a la generada por el principio de lealtad constitucional. En definitiva, el art. 6 CE articula dos diferentes supuestos de ilicitud de los partidos políticos, el primero, basado en la *infracción* de la Constitución y la ley –sujeción al derecho positivo– y, el segundo, en el *menoscabo* del principio democrático –lealtad constitucional–.

Una vez precisado esto, resulta necesario resaltar que el art. 6 CE, como plasmación normativa del principio de lealtad, ha erigido en objeto de los partidos de forma exclusiva el principio democrático y no el resto de principios estructurales de la Constitución. En lo que aquí interesa, la configuración constitucional del principio democrático, como consecuencia de la posibilidad de reforma total

²⁸ Cfr. I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, op. cit., pág. 27; M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 49 y 50; F.J. Díaz-Revorio, *La Constitución como orden abierto*, ed. Mc-Graw-Hill, Madrid, 1997, pág. 22.

de la Constitución, se concibe desde un punto de vista procedimental. Como ha puesto de relieve el TC en la STC 122/1983, de 16 de diciembre,

La fidelidad a la Constitución... puede(n) entenderse como el compromiso de aceptar las reglas de juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución..., siempre que se respeten aquellas reglas de juego. (FJ 7.º).

Es por ello que, en base al principio de lealtad constitucional, solo puede declararse la ilicitud de los partidos políticos por la adopción de medios antidemocráticos y no los fines por ellos perseguidos, consustancial esto último a una democracia militante.²⁹

b) La ilicitud penal de los partidos como respuesta a la infracción del mandato de respeto a la Constitución y a la ley

La concreción normativa del mandato de respeto a la Constitución y a la ley de los partidos políticos se halla en la legislación penal a la que remite el art. 22.2 CE en el que se consagra uno de los límites al ejercicio del derecho de asociación, del que los partidos son consecuencia.³⁰ El art. 22.2 dispone que las asociaciones que persigan fines o adopten medios tipificados como delito son ilegales. El legislador penal ha reputado, en primer lugar, asociaciones penalmente ilícitas de las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión –art. 515.1.º–. Si bien perseguir fines delictivos –art. 22.2 CE– y tener por objeto cometer algún delito –art. 515.1.º CP– no son expresiones formalmente equivalentes, materialmente ambas dicciones parecen resultar coincidentes. Fin delictivo y objetivo delictivo no pueden sino referirse a un mismo supuesto.³¹ En ese sentido, en base al art. 515.1.º, se desplaza la concreción normativa de la cláusula tener por objeto cometer algún delito –o si se quiere, perseguir fines delictivos (art. 22.2.º CE)– al resto de disposiciones del CP a las que el art. 515.1.º remite de

²⁹ Véase J. Becker, «Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes» en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, *op. cit.*, pág. 312.

³⁰ Véase F.J. Bastida Freijedo, «La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos» en J. J. González Encinar (coord.), *Derecho de partidos*, ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág. 82 y ss.; M. A. Presno Linera, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 42 y 43.

³¹ Una postura crítica respecto a esta posibilidad resulta adoptada por De Otto para el que, sobre el análisis de la regulación penal realizada en el antiguo Código Penal de 1973 en el que el tipo penal ahora analizado era objeto de idéntica redacción, niega que tener por objeto cometer algún delito y perseguir fines delictivos puedan referirse a una misma cuestión, *cf.* *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, pág. 66). La tesis favorable a la equiparación entre la ilicitud constitucional del art. 22.2 e ilicitud penal del art. 515.1.º encuentra un amplio apoyo en la doctrina penalista, *cf.* F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 788 y 789; M. Cobo del Rosal y J. Boix Reig, *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1982, pág. 138).

un modo tácito. De acuerdo con ello, deben considerarse asociaciones penalmente ilícitas, por ejemplo, las que tengan por objeto la comisión de homicidios³² o la apología de la violencia, contempladas como actividades delictivas en los arts. 138 y 510.1 CP, respectivamente. En lo que aquí interesa, la ilicitud penal prescrita en el art. 515.1.º -en desarrollo del art. 22.2.º- concibe como ilícitos los partidos políticos que adopten actividades contrarias a las normas constitucionales, en el caso de los tipos penales analizados, al art. 15 CE -derecho a la vida e integridad física-. Esta misma infracción de normas constitucionales se sanciona penalmente en los arts. 515.2.º, 3.º y 4.º en los que se conciben como ilícitas las asociaciones que adopten medios violentos -art. 515.3.º- o las que puedan llegar a emplearlos -las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas (art. 515.2.º) y las asociaciones de carácter paramilitar (art. 515.4.º)-. Por el contrario, el derecho al honor del art. 18 de la Constitución es el que parece protegerse en el art. 515.5.º en el que se conciben como asociaciones ilícitas las que promuevan el odio o la violencia -en este último caso se tutela de igual modo el art. 15- contra personas, grupos o asociaciones por su ideología, religión o creencias entre otros casos. En virtud de todo ello, los supuestos de ilicitud establecidos en la legislación penal, a los que remite el art. 22.2.º CE, son la respuesta a la infracción de las normas constitucionales en las que se regula el principio democrático, en definitiva, del instituto de la sujeción. Sin embargo, el condicionamiento de la ilegalidad de las asociaciones por la CE a los supuestos de ilicitud penal no pudiera significar la delegación en el legislador la posibilidad de articular un principio de lealtad respecto de las asociaciones. La ausencia de una cláusula en el art. 22 CE, como la relativa al funcionamiento democrático de los partidos del art. 6 CE,³³ excluye la posibilidad de articular legislativamente un principio de lealtad frente a las asociaciones.³⁴ Ello solo resulta posible -además de los partidos- frente a los sindicatos de trabajadores, asociaciones empre-

³² Si bien en este caso la asociación entraría posiblemente en el supuesto de asociación terrorista contemplado en el art. 515.2.º.

³³ Pero es que además en el art. 22 ni siquiera se establece frente a las asociaciones el mandato de respeto a la Constitución y a la ley impuesto en el art. 6 respecto de los partidos. Como ha quedado dicho anteriormente, esta cláusula utilizada en el art. 6, reiteración del mandato de sujeción del art. 9.1, solo puede explicarse en su pretensión de distinguir entre lealtad y sujeción. Su ausencia en el art. 22 no implica lógicamente que las asociaciones no se encuentren sujetas al derecho positivo, consecuencia inherente al carácter normativo de la CE, sino a la ausencia respecto de ellas de un principio de lealtad constitucional.

³⁴ De tal modo se excluye en España una regulación civil como la contenida en la Ley de Asociaciones alemana de 1964, en cuyo art. 3.1 se dispone la ilicitud de las asociaciones cuyos fines y actividades sean contrarias a la legislación penal o sean contrarias al orden constitucional (BGBl. I, S. 593, BGBl III S. 2180-1). Esto resulta posible a consecuencia de la construcción de un principio de lealtad constitucional frente las asociaciones en el art. 9.2 de la Ley Fundamental de Bonn con una dicción idéntica a la expresada en la Ley. La ausencia en la CE de un presupuesto legitimador en el art. 22 como el art. 9.2, permite explicar la ausencia en la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, de un supuesto parecido al consagrado en la regulación legal alemana. En el art. 2.4 de la LO 1/2002 se establece exclusivamente un mandato de respeto al ordenamiento jurídico al afirmar que *la constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico*.

sariales y los colegios profesionales a los cuales la CE exige en los arts. 7 y 36 respectivamente, un funcionamiento democrático.

c) *Los supuestos de ilicitud civil de los partidos como respuesta frente al menoscabo del principio democrático*

Si el Código Penal –por remisión del art. 22.2.º CE–, en concreto el art. 515, representa la sanción frente a la infracción del mandato de respeto a la Constitución y a la ley dispuesto frente a los partidos en el art. 6 de la Constitución, la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos –en adelante LPP– constituye la repuesta respecto de la vulneración del principio de lealtad constitucional. En su art. 9.2 se dispone que *un partido será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave*. En ese sentido, la ilicitud dispuesta por la LPP no tiene lugar cuando se adopten las conductas, sin más, previstas en los apartados a, b y c del art. 9.2 –muchas de ellas reconducibles a los supuestos de ilicitud penal del art. 515– sino cuando las mismas sean realizadas, como dispone la LPP, de *forma reiterada y grave*. De tal modo, no cualquier infracción de normas constitucionales –como es el caso del art. 15 tutelado mediante la tipificación como ilícitos en el art. 9.2 a, b y c los atentados contra la vida o integridad de las personas–³⁵ se ubica dentro del supuesto de ilicitud de la LPP sino tan solo aquella que pueda menoscabar el funcionamiento mismo del principio democrático. Por ello, la LPP no supone la respuesta frente a la inobservancia del mandato de respeto a la Constitución y a la ley del art. 6 CE sino a la vulneración del principio de lealtad constitucional.

Sin embargo, la ilicitud penal y civil de los partidos políticos no difiere en exclusiva por la diferente naturaleza de las actividades consideradas antijurídicas –infractoras de la Constitución y la ley o las que menoscaben el principio democrático–. Mientras en la legislación penal la ilicitud pesa sobre actividades independientemente de los fines que se persigan –al margen del art. 515.5.º como se verá posteriormente–, la LPP exige del aplicador de la ley tener en cuenta, también, los fines a los que se dirige la actividad partidista. Como se

³⁵ Las concretas actividades declaradas ilícitas por el art. 9.2 son, en concreto, las siguientes:

- a. Vulnere sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.
- b. Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.
- c. Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

dispone en el art. 9.2 LPP, la ilicitud civil de los partidos no tiene lugar exclusivamente cuando se adopten las *actividades* reguladas en el art. 9.2 a, b y c sino cuando las mismas sirvan a la supresión del principio democrático. En ese sentido, hay que admitir la posibilidad de que existan partidos políticos ilícitos penalmente –por emplear medios delictivos– pero no desde un punto de vista civil al no tener como finalidad suprimir el principio democrático. De este modo, frente a los partidos que no tengan como pretensión subvertir los presupuestos democráticos del Estado solo cabe la ilicitud penal.

6. La concreción del principio de lealtad constitucional en la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. La construcción tácita de un principio de defensa de la Constitución

Una vez determinada la concepción constitucionalmente adecuada del principio de lealtad constitucional en la Constitución española de 1978, el análisis debe centrarse en este punto en analizar si la precisión de los supuestos de hecho de vulneración del principio de lealtad realizada por el legislador es conciliable con la configuración constitucional de tal principio. La LPP surge inicialmente con la finalidad de erigir al principio democrático –conforme a la concepción procedimental que adquiere el mismo en la Constitución– en límite a las actividades de los partidos políticos y no a las finalidades políticas perseguidas. Ello se deja claro en su Preámbulo en el que se establece que

resulta necesario identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que estas sean, incluso aquellas que pretendan revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades.

En ese sentido, se pretende compatibilizar, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional,³⁶ la posibilidad de supresión de la democracia con la necesidad de que tal cosa deba realizarse de conformidad con los principios democráticos. A pesar de ello, los supuestos de ilicitud de los partidos se articulan a partir de la nada afortunada dicción del art. 9.1 LPP de que sus actividades *deberán respetar... los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos, y en los derechos humanos*. El art. 9.1 presenta una gran similitud con los enunciados propios de una democracia militante vinculada a valores que –como expresión de un principio de lealtad como defensa de la Constitución– declara ilícitas las actividades que, aun en observancia de la legalidad positiva, pretendan subvertir los valores subyacentes al documento constitucional.³⁷ El art. 9.1 suscita

³⁶ Véase el epígrafe 4 a).

³⁷ Este mandato de respeto a los principios democráticos es la norma que se deduce del enunciado normativo del art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn en el que se dispone que los *partidos políticos*

una problemática similar a la que ha conducido en la doctrina el art. 4 de la Constitución francesa de 1958 en el que se impone a los partidos un mandato de respeto a los principios de la soberanía nacional y la democracia.³⁸ Sin embargo, la concreción normativa del mandato de respeto a valores constitucionales en el art. 9.2 permite soslayar, al menos en un principio, este resultado favorable a una democracia militante y a un principio de lealtad constitucional como de defensa de la Constitución en el art. 9.1. En dicha disposición se establece que

un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático mediante alguna de las siguientes conductas realizadas de forma reiterada y grave...

En ese sentido, la ilegalidad de los partidos políticos no tiene lugar cuando se persiga deteriorar o destruir el principio democrático -aspecto este que conduciría a un principio de lealtad como defensa de la Constitución- sino su deterioro o destrucción a través de determinadas *conductas* que son las que se declaran ilícitas. En ese sentido, la ilicitud, de conformidad con la concepción del principio de lealtad consagrado en la norma constitucional, no pesa sobre los fines partidistas sino sobre el particular modo en que ellos resultan perseguidos. Para que el art. 9.2 pudiese ser considerado como un instituto de defensa de la Constitución -y como consecuencia también el art. 9.1-, el deterioro o destrucción del principio democrático debiera reputarse ilícito en cualquier caso con independencia de las conductas adoptadas para tal fin,³⁹ cosa que no realiza el art. 9.2 LPP.

Las conductas consideradas ilícitas por la LPP al objeto de deteriorar o destruir el principio democrático se establecen en los apartados a, b y c del art. 9.2, cuyo estudio particularizado se realiza a continuación.

que por sus fines o por la actividad de sus militantes tengan como finalidad menoscabar o suprimir el orden democrático liberal..., son inconstitucionales. Ello lo ha puesto de manifiesto, un modo más evidente, el Tribunal Constitucional Federal alemán al afirmar que *como la pluralidad de ideologías y de intereses puede hacer prácticamente imposible la construcción de una voluntad estatal unitaria, debe entonces exigirse respecto de aquellos llamados a la construcción de la voluntad del Estado al menos un consenso en la afirmación de los valores fundamentales de la Constitución* (BVerfGE. 5, 85 (134), de 17 de agosto de 1956). En la doctrina pueden consultarse los trabajos de J. Lameyer, *Streitbare Demokratie. Eine Verfassungsbermeneutische Untersuchung*, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1978, pág. 28 y ss.; y de E. Denninger, «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung», *op. cit.*, pág. 17.

³⁸ Sobre la base del ambiguo enunciado del art. 4, la doctrina ha debatido acerca de la posibilidad de construir un principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos como instituto de defensa de la Constitución o como defensa del Estado, sobre ello véase con carácter general P. Espulgas, «L interdiction des partis politiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 36, 1999, pág. 684 y ss. Sin embargo, la mayoritaria negación de un principio de defensa de la Constitución se ha construido sobre la base de la concepción liberal de los derechos reconocidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 a la que se remite la Constitución francesa, véase G. Burdeau, F. Hamon y M. Troper, *Droit Constitutionnel*, 25.ª edición, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1997, pág. 295; J. Giquel, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, 15.ª edición, Montchrestien, París, 1997, pág. 81 y ss.

³⁹ *Cfr.* I. de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, pág. 15.

- a) *Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual* (art. 9. 2 a)

El presente supuesto de ilicitud realiza una ponderación –de manera solo similar al tipo penal de apología de la violencia–⁴⁰ entre el derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1.º) CE y los derechos a la vida e integridad física consagrados en el art. 15 –*atentados contra la vida o la integridad de las personas* así como la *persecución de personas*–. En lo que aquí interesa, el art. 9.2 a) –al margen de si las conductas excluidas por este del art. 20.1 a) deben considerarse, en realidad, legítimo ejercicio de la libertad de expresión– presenta al derecho del art. 15 CE como un límite a la acción y no a los fines perseguidos mediante ella. Lo que el art. 9.2 a) impide es que los fines partidistas sean difundidos lesionando el derecho a la vida e integridad física, resultando por tanto conciliable con el principio de lealtad constitucional como instituto de defensa del Estado. Mayores problemas suscita, no obstante, la concepción como una actividad ilícita en el art. 9. 2 a) la *exclusión* de las personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza sexo y orientación sexual. Ello constituye un supuesto de ilicitud similar al consagrado en el tipo penal del art. 515.5.º en el que declaran penalmente ilícitas las asociaciones –y, por tanto, los partidos– *que promuevan la discriminación o el odio... contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía*. Parece claro que en el supuesto de ilicitud «exclusión de personas» del art. 9.2 a) –tal y como acontece con la cláusula «odio contra las personas» del art. 515.5.º– hallan cabida expresiones contrarias al derecho al honor del art. 18.1 CE. En ese sentido, el art. 9.2 a) –como también el art. 515.5.º– excluye que los fines de los partidos puedan ser perseguidos a través de actividades que supongan un desmerecimiento de la consideración ajena –honor en sentido objetivo– o la propia estimación personal –honor en sentido subjetivo–. De tal modo, los arts. 9.2 a) y 515.5.º CP erigen al art. 18.1 en límite al modo en que el discurso político se realiza y no a este mismo.⁴¹ Sin embargo, en el supuesto de ilicitud del art. 9.2 a) pueden llegar

⁴⁰ El Código Penal entiende por *apología* la *exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito* (art. 18). Sin embargo, el art. 9.2 a) amplía las conductas consideradas apología en el CP. Parece claro que la promoción, justificación o exculpación de atentados contra la vida o la integridad de las personas del art. 9.2 a) LPP no suponen una incitación directa a la comisión de un delito. Solo si los supuestos de ilicitud de la LPP abarcan un mayor número de conductas que las englobadas en el delito de apología cobra sentido un supuesto de ilicitud como el art. 9.2. De otro modo, la LPP remitiría al CP, como lo hace, por ejemplo, en el art. 10.2 a) al determinar la disolución de los partidos que incurran en los supuestos de asociación penalmente ilícita.

⁴¹ Esta concepción del derecho al honor del art. 18.1 como límite al derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.º) se percibe en la STC 176/1995, de 11 de diciembre. En la misma se enjuicia la

a incluirse otro tipo de actividades cuya adecuación con la concepción procedimental del principio democrático resulta más dudosa. La concepción de la cláusula «exclusión de personas» en la LPP –como la relativa a la «discriminación y odio» en la legislación penal– no solo permite englobar en ella actividades lesivas del derecho al honor. La «exclusión de personas» se entiende en la LPP en el sentido de *aislamiento social, confrontación civil o cultura de enfrentamiento*, expresiones empleadas en el art. 9.3 b). Esta amplitud del concepto exclusión puede llegar a permitir que, en el supuesto de ilicitud del art. 9.2 a), hallen cabida no solo actividades, en sentido estricto, contrarias al derecho al honor sino doctrinas políticas construidas a partir de la desigualdad del ser humano y la consiguiente pretensión de exclusión y aislamiento de determinados grupos sociales, como el nazismo que, paradójicamente puede llegar a formar parte de la Constitución. De tal manera, aquella disposición viene a erigir el derecho a la igualdad del art. 14 CE en límite al contenido del discurso. En ese sentido, la ponderación realizada por el art. 9.2 a) entre los derechos fundamentales de los arts. 20.1 a) y 14 acaba convirtiendo a la lealtad constitucional en instituto de defensa de la Constitución, contraviniendo la concepción constitucional de aquella.

Esta ponderación incompatible con la configuración constitucional del principio de lealtad constitucional ha resultado compartida por el TC en el caso Violeta Friedmann (STC 214/1991, de 11 de noviembre) en el que se enjuician expresiones de un exdirigente nacionalsocialista en las cuales, además de negar el holocausto, realiza juicios ofensivos en contra del pueblo judío. El TC plantea inicialmente el caso como una colisión entre el derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1 –como proyección de la libertad ideológica del art. 16– y el derecho al honor del art. 18.1 (FJ. 1.º). Sin embargo, la negación de la tutela de las expresiones en el art. 20.1 no se articula sobre la base de la concepción del derecho al honor como límite a la forma en que el discurso, proclive al nacionalsocialismo, se realiza. La ilicitud de las expresiones se acaba realizando más bien sobre la base de la desigualdad de la raza humana de la que parte el nacionalsocialismo, doctrina política que pretenden ensalzar las expresiones. Como ha afirmado el TC,

exaltación del nacionalsocialismo realizada mediante un cómic en el que se ridiculiza al pueblo judío. Como aprecia el TC, *en el cómic se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de «conductas... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales». «El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos», con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras). Sobre la base de esta apreciación, el TC afirma que el cómic convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca... por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena... Para negar el amparo de tales conductas en el derecho del art. 20.1, el TC afirma que la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución (FJ.º 5).*

así pues de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.(FJ 8.º).

Del razonamiento del TC se desprende la fijación del pluralismo político como límite al contenido del discurso.⁴²

En definitiva, el art. 9.2 a), si bien renuncia –como lo hace la LPP– con carácter general a declarar la ilicitud de fines políticos emplea uno de los métodos para construir de forma subrepticia la defensa de la Constitución: la deliberada amplitud del supuesto de ilicitud que permite que, junto a actividades ilícitas, puedan llegar a incluirse otras que manifiestan ideologías contrarias a la Constitución. Por ello, el mejor remedio para evitar esta implícita construcción de un principio de defensa de la Constitución –exigido por otra parte por la concepción procedimental del principio democrático y por la consagración del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento– es tipificar como ilícitas solo actividades que supongan una lesión evidente y directa de otros derechos fundamentales.

b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y las libertades políticas

En el art. 9.2 b) se realiza una ponderación análoga a la practicada en el art. 9.2 a). En este caso, entre determinados derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho de asociación de los arts. 20.1 a) y 22 CE,⁴³ entre otros,

⁴² La articulación del pluralismo político como límite a las finalidades perseguidas se percibe también en la STC 136/1999 sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna. En este caso, la argumentación realizada por el TC toma como punto de partida el instituto de la opinión pública libre que, en la jurisprudencia constitucional, tiene como finalidad favorecer la proyección de pensamientos, ideas y opiniones en el proceso de formación de la voluntad estatal al margen del contenido de aquellas (STC 12/1982, de 31 de marzo). Sin embargo, en el caso, el instituto opinión pública libre se acaba convirtiendo precisamente en un límite al contenido del discurso, véase B. Aláez Corral, «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC. 136/1999, de 20 de julio)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 15, 1999, pág. 15 y ss. Como sostiene el presente autor, la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad al legislador limitador de los derechos fundamentales realizada en la Sentencia acaba por convertir a los derechos fundamentales en un instrumento al servicio de la opinión pública libre como un valor ubicado por encima del texto constitucional de 1978 (*cf.* págs. 39 y 40).

⁴³ Contrariamente a lo que acontece en el art. 9.2 a) en el que *promover, justificar o exculpar* parece aludir a conductas expresivas, objeto del derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), *fomentar, propiciar o legitimar* no solo engloba conductas expresivas sino a comportamientos que

y el derecho a la integridad física del art. 15 CE. El art. 9.2 b) lo que excluye de aquellos derechos no son objetivos políticos, sino la utilización de métodos violentos en la persecución de aquellos. De tal manera el art. 9.2 b) se presenta compatible con el principio de lealtad constitucional como instituto de defensa del Estado. Sin embargo, el problema se presenta en el caso de las actividades que la LPP establece (art. 9.3) para verificar la existencia del supuesto de ilicitud contemplado en el art. 9.2 b). Para el art. 9.3 d) debe considerarse *fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos*

Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

Como se puede apreciar, para el art. 9.3 d) lo capital es que los símbolos, mensajes o elementos representen o se identifiquen con determinadas actividades consideradas ilícitas: el terrorismo y la violencia, al margen de su contenido político o ideológico. De este modo, el art. 9.3 d) parece haberse alejado de presupuestos de la defensa de la Constitución. No obstante, la técnica legislativa empleada acaba conduciendo a una ilicitud soterrada de los fines partidistas. El art. 9.3 d) exige, a simple vista, del aplicador de la ley examinar si los símbolos, mensajes y elementos empleados por los partidos se asocian a las actividades ilícitas expresadas en el art. 9.3 d): el terrorismo o la violencia. Sin embargo, el problema que presenta esta disposición, y que acaba conduciendo a la defensa de la Constitución, reside en el juicio previo exigido del aplicador de la LPP para que *identifique* el contenido ideológico del símbolo, mensaje o elemento con las actividades empleadas, de ordinario, en su persecución. El problema es que, realizada tal identificación, ya no resulta posible la distinción entre los fines partidistas y los medios utilizados en su persecución. Lo uno y lo otro no son sino la misma cosa. Es por ello que si los medios utilizados por los partidos se encuadran en los supuestos de ilicitud del art. 9.2 b) –terrorismo, violencia o las conductas asociadas a los mismos– la antijuridicidad no se predica exclusivamente de ellos sino –a consecuencia de la identificación realizada– tácitamente de los fines mismos. Esta proyección de la ilicitud de los medios a los fines, a consecuencia del juicio previo de identificación, acaba impidiendo –contraviniendo la concepción procedimental de democracia– a las ideologías asociadas con el terrorismo y la violencia cualquier ámbito en el cual puedan desplegarse lícitamente.⁴⁴ Es decir,

son objeto de otros derechos fundamentales como el derecho de asociación. Ese puede ser el caso de militantes del partido que colaboren con asociaciones que fomenten o promuevan el uso de la violencia. Ello se percibe en la propia LPP en el art. 9.3 c) en él se dispone que para verificar la concurrencia de los supuestos de ilicitud del art. 9.2 a, b y c, deben tenerse en cuenta, entre otras conductas, la doble militancia de los afiliados del partido *en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento*.

⁴⁴ Una diferente consideración merece el cierre del Estadio Vicente Calderón por la exhibición de símbolos nazis acordado en base al art. 27.2 de la Ley 17/1997, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas que dispone que *podrá*

aquellas ideologías ni siquiera pudieran ser perseguidas al margen de actividades terroristas o violentas –exigencia del principio de lealtad como defensa del Estado–, y no porque fácticamente no pueda ser posible, sino porque el art. 9.2 b) articula una identificación o presunción que no admite prueba en contrario. Esta técnica de la identificación es por la que también ha optado el legislador penal en el art. 607.2. En el mismo se establece la ilicitud penal de *la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que... pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos* –supuestos de ilicitud del art. 607.1–.⁴⁵ De una forma todavía más evidente que el art. 9.2 b), este tipo penal reconoce la ilicitud de los fines políticos cuando se identifiquen, de ordinario, con los medios reputados como delictivos por el art. 607.1. La exigencia derivada de la concepción constitucional del principio democrático de conferir un ámbito de licitud para la expresión de fines políticos solo puede ser conseguido si se renuncia a la técnica de la identificación –como la realizada en el art. 9.3d– y se opta por el examen de la ilicitud de las concretas manifestaciones realizadas.

acordarse el cierre de los locales o establecimientos que cuenten con licencia cuando exista grave riesgo para la seguridad de las personas y bienes o para la salubridad pública. El mismo sentido adoptado por la medida administrativa de la Comunidad de Madrid se percibe en el art. 66.1 de la Ley 10/1990, del Deporte, de 15 de octubre, en el que se dispone *queda prohibida la introducción y exhibición en espectáculos deportivos de pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que impliquen una incitación a la violencia.* Como se puede percibir en ellas se asume la técnica de la identificación de los arts. 9.2b) LPP y 607.2 CP; sin embargo, contrariamente a lo que acontece con estas dos últimas disposiciones, la Ley del Deporte, por su propio ámbito de incidencia –los espectáculos deportivos– no niega para las ideologías expresadas en pancartas, símbolos, emblemas o leyendas cualquier ámbito en el cual aquellas puedan desplegarse lícitamente ya que fuera de los acontecimientos deportivos aquellas puede resultar expresadas. En ese sentido, no se trata de una identificación permanente, sino tan solo momentánea motivada por el contexto en el que las ideologías se expresan. Justamente lo contrario es lo que resulta de la LPP, que articula una identificación que no admite prueba en contrario, cercenando cualquier manifestación ideológica que se asocie con la violencia o terrorismo.

⁴⁵ *Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

1. *Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.*
2. *Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*
3. *Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.*
4. *Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.*
5. *Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.*

- c) *Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma*

El tercero y último supuesto de ilicitud de los partidos se refiere en el art. 9.2 c) al apoyo o complementación de la acción de las organizaciones terroristas. El problema reside en precisar el significado que la LPP atribuye al apoyo y a la complementación de la acción terrorista. De conformidad con lo ya expuesto, tales conceptos no pueden identificarse con promover, justificar o exculpar atentados contra la vida o integridad de las personas (art. 9.2 a) ni con fomentar, propiciar, legitimar la violencia como método de consecución de objetivos políticos (art. 9.2 b). De otro modo, la expresa consagración de un nuevo supuesto como el del art. 9.3 c) carecería de todo sentido. Lo que declara ilícito esta disposición no es una acción directa favorecedora de la actividad terrorista o violencia –ya que ello entraría dentro de los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 a y b)– sino el mero hecho de ofrecer un soporte político e ideológico a la acción de organizaciones terroristas para subvertir el orden constitucional. Tal cosa parece quedar clara en el art. 9.3 a) en el que se pone de manifiesto uno de los requisitos para verificar la existencia del supuesto de ilicitud del art. 9.2 c). En el mismo se alude a *dar apoyo expreso o tácito al terrorismo*. La alusión al *apoyo tácito* –además del expreso que pudiera caer dentro de los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 a y b)– permite afirmar que la ilicitud del art. 9.2 c) se predica del mero soporte político o ideológico a una organización terrorista. Ello se percibe claramente en el art. 9.3 b) en el que se pone de manifiesto uno de los elementos que debe ser tenido en cuenta para verificar la existencia del supuesto de ilicitud del art. 9.2 c). En aquel se declara ilícito

Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

Como se puede percibir, la ilicitud se vincula al mero *acompañamiento* de la acción de la violencia con programas que fomenten una cultura de enfrentamiento y confrontación civil. En realidad, la LPP convierte en ilícitos aquellos partidos por su mera coincidencia con los fines de subvertir el orden constitucional propios de una organización terrorista, llegándose así a un resultado favorable a la defensa de la Constitución. Sin embargo, si ello es así parece difícil poder justificar la expresa alusión en el art. 9.3 c) a la *acción de organizaciones terroristas*. Ello se explica por la expresa renuncia de la LPP a ilegalizar directamente ideologías

políticas optando por realizarlo de manera tácita. La alusión a la acción de las organizaciones terroristas se explica por el empleo, al igual que en el art. 9. 2 b), de la técnica de la identificación entre fines y medios. De cualquier modo, el dato más convincente que permite afirmar la pretensión del art. 9. 2 c) de articular un principio de lealtad como instituto de defensa de la Constitución es el art. 9. 3 c) que dispone que debe tenerse en cuenta para afirmar el supuesto de ilicitud del art. 9. 2 c)

Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra estos conducentes a su expulsión.

Esta disposición constituye otro argumento capital para intentar demostrar que el art. 9. 2 c) declara ilícita la mera coincidencia de fines con una organización terrorista y que irradia al partido la ilicitud de los medios utilizados por esta. La obligación que pesa sobre los militantes del partido de rechazar los fines de la organización terrorista y, en caso de negativa, el deber del partido de expulsarles solo puede comprenderse si, tal como acontece, el art. 9. 2 c) declara ilícitos aquellos partidos políticos que, solo por sus fines, coincidan con los propios de una organización terrorista. De tal modo, en el supuesto aquí analizado se articula un principio de lealtad como instituto de defensa de la Constitución.

7. Contenido del principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos

a) El principio de lealtad constitucional hacia abajo

El primero de los modos posibles de determinar el contenido del principio de lealtad constitucional frente a los partidos políticos del art. 6 CE puede realizarse con arreglo a la distinción entre la lealtad constitucional hacia arriba y hacia abajo. Este dualismo expresa respectivamente la proyección de la eficacia de los principios estructurales frente al poder público y particulares.⁴⁶ En lo que se refiere al contenido del principio de lealtad del art. 6 CE, la concepción de los partidos políticos como entidades de naturaleza privada -aun con funciones jurídico-públicas- conduce a atribuir a aquel principio un contenido hacia abajo.

b) El contenido represivo y preventivo del principio de lealtad constitucional

Otra de las clasificaciones que aluden al contenido del principio de lealtad es la que distingue entre un carácter represivo y preventivo. El contenido represivo

⁴⁶ Cfr. U. Scheuner, «Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz» en VV.AA. *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann*, ed. Kohlhamer, Stuttgart, y Colonia, 1950, pág. 321 y ss.

del principio de lealtad constitucional implica que éste niega amparo normativo a actividades que supongan un menoscabo de la eficacia de los principios fundamentales de la Constitución. Lo capital aquí es que las consecuencias jurídicas del principio de lealtad constitucional se activan una vez que la lesión ha tenido lugar. En ese sentido la función de la lealtad constitucional consiste precisamente en reprimir. Por el contrario, el principio de lealtad constitucional adquiere un carácter preventivo si el mismo priva de cobertura normativa a actividades que puedan llegar a constituir un menoscabo de la eficacia de los principios estructurales. De tal manera, se pretende que su lesión ni siquiera pueda llegar a producirse.⁴⁷ En ese sentido, porque precisamente no hay lesión no existe tampoco infracción normativa. El contenido represivo o preventivo del principio de lealtad constitucional no cabe deducirlo del art. 6 CE donde mediante la cláusula funcionamiento democrático se limita simplemente a negar amparo normativo a actividades contrarias a la eficacia del principio democrático. Si esta eficacia se pone en peligro por la existencia de una lesión o por la mera posibilidad de que tal cosa pueda llegar a producirse es algo que no puede deducirse del art. 6 CE. De tal manera parece que la determinación del carácter preventivo o represivo del principio de lealtad constitucional ha pretendido delegarse en el legislador. De este modo, el análisis contenido del principio del art. 6 CE debe realizarse sobre la base de la regulación contenida en la LPP, en particular, en los particulares supuestos de ilicitud contemplados en el art. 9.2 a, b y c).

El primero de ellos, el art. 9.2 a), establece como presupuesto de ilicitud

vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas

El examen del art. 9.2 a) no debe practicarse de forma exclusiva con arreglo a la fórmula promover, justificar o exculpar a atentados contra la vida o la integridad de las personas. Lo capital para determinar el contenido del principio de lealtad constitucional es la vulneración sistemática de libertades y derechos fundamentales erigida en presupuesto. Precisamente porque se trata de una *vulneración*, para el art. 9.2 a) lo capital es que se produzca una lesión de normas constitucionales, que es la que se declara ilícita. En ese sentido el art. 9.2 a) confiere al principio de lealtad un contenido represivo. No obstante, la vulneración sistemática de derechos fundamentales del art. 9.2 a) se encuentra ausente en los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 b y c). En art. 9.2 b) se postula la ilicitud de actividades que tiendan a *fomentar, propiciar o legitimar la violencia*. En este caso, no se trata, como los delitos de apología de CP, de una actividad que *constituye una incitación directa a cometer un delito*. Parece claro que fomentar, propiciar o legitimar la violencia no presupone una lesión directa de los derechos fundamentales frente a cuya infracción tutela la legislación penal en los delitos de apología. Ello es lo que permite explicar la existencia de unos supuestos de ilicitud como los contemplados en el art. 9 que, si coincidiesen con la regulación penal, carecerían de todo

⁴⁷ Cfr. U. Scheuner, *ibid.*, pág. 325 y 326; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. CF. Müller, Heidelberg, 1990, pág. 273.

sentido. En realidad, la finalidad del supuesto del art. 9.2 b) es permitir declarar ilegal un partido cuyas actividades puedan llegar a legitimar la violencia. La innecesidad de vinculación directa entre la actividad del partido y la violencia se pone de manifiesto en el art. 9.3 d. en el que para verificar la existencia del supuesto del art. 9.2 b) ha de tenerse en cuenta

Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo

La ausencia de una vinculación directa entre la actividad partidista y los derechos fundamentales tutelados en el art. 9.2 b) acaban atribuyendo al principio de lealtad constitucional un contenido preventivo.

Contrariamente a lo que acontece en el art. 9.2 a), la vulneración sistemática de libertades tampoco se encuentra en el supuesto de ilicitud contemplado en el art. 9.2 c). Sin embargo, ello no significa que esta disposición no identifique eficacia y lesión. Como ha quedado dicho anteriormente, el art. 9.2 c) viene a sancionar –conforme a presupuestos de defensa de la Constitución– la coincidencia de fines con una organización terrorista. Sin embargo, ello se realiza, como se ha analizado, sobre la base de la imputación a los fines del partido, los medios ilícitos adoptados por una organización terrorista. Al margen de que ello resulta incompatible con la concepción constitucionalmente adecuada del principio de lealtad constitucional, lo capital aquí es que se imputan a los partidos actividades terroristas que constituyen una lesión efectiva de derechos fundamentales. Es por ello que el art. 9.2 c) confiere al principio de lealtad constitucional un contenido represivo, al igual que el art. 9.2 a).

c) *Contenido pasivo del principio de lealtad constitucional*

Otra de las clasificaciones con las que se alude al contenido del principio de lealtad constitucional es la que distingue entre un contenido activo y pasivo. El contenido activo del principio de lealtad constitucional supone erigir a los principios estructurales en objeto de la actividad de los sometidos a la Constitución. En ese sentido, el principio de lealtad exige un comportamiento favorable a la eficacia de su objeto. Por el contrario, el contenido pasivo del principio de lealtad constitucional implica presentar a los principios estructurales en límite al comportamiento de los destinatarios de la Constitución. Con arreglo a estas premisas, la eficacia de su objeto exige una abstención.⁴⁸ El contenido activo o pasivo del principio de lealtad constitucional en la CE debe determinarse con arreglo a la diferente vinculación que poderes públicos y particulares poseen al ordenamiento jurídico. Como ha puesto de manifiesto el TC

⁴⁸ Cfr. J. Lameyer, *Streitbare Demokratie*, *op. cit.*, pág. 41; J. Becker, «Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes», *op. cit.*, pág. 335.

La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución (FJ. 3º).

Es por ello que los particulares, y también los partidos políticos como asociaciones de naturaleza privada, tienen un deber general de abstenerse de actuaciones vulneradoras de la Constitución. En ese sentido, se desprende que para ellos las normas de la Constitución y consecuentemente la particular vinculación realizada por la lealtad constitucional a las que consagran los principios estructurales, se presentan como un *límite* a la actividad de los partidos. Esto se percibe en la regulación realizada por la LPP Promover, justificar o excusar atentados contra la vida o la integridad de las personas -art. 9. 2 a-, fomentar, propiciar o legitimar la violencia -art. 9.2 b- y complementar y apoyar la acción de las organizaciones terroristas -art. 9.2 c- constituyen normas que gozan de una estructura de prohibición y no de mandato como hubiese requerido el contenido activo del principio de lealtad constitucional. La omisión se presenta para la LPP como una actividad lícita. No ocurre esto, motivo por el cual se plantean problemas de constitucionalidad, en el art. 9. 3 c) en el que se establece que para determinar la existencia de los supuestos de ilicitud de los arts. 9.2 a, b y c) debe tenerse en cuenta el hecho de

Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra estos conducentes a su expulsión.

Al margen de que tal disposición consagra, como se ha visto, un principio de lealtad como instituto de defensa de la Constitución, la misma acaba atribuyendo un contenido activo al principio de lealtad. La exigencia respecto de los militantes de rechazar los fines y los medios terroristas y, en caso de negativa, la obligación del partido de adoptar medidas conducentes a su expresión erige al principio democrático en objeto de su actividad. Como se puede percibir, no solo la acción, sino fundamentalmente la omisión se presenta como presupuesto de la ilicitud articulándose una sumisión de los particulares y partidos políticos contraria a la establecida en la CE.

ALBERTO ARCE JANÁRIZ

Agradezco en lo mucho que vale para mí la invitación de los miembros del Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo para participar en esta edición como antiguo profesor asociado de la asignatura, condición a la que accedí a propuesta de Francisco Bastida y en la que, quiero pensar que con su tácita confianza académica, permanecí cerca de tres lustros, entre 1992 y 2006.

Debiendo consistir las contribuciones para este homenaje jubilar en trabajos ya publicados en los que sea perceptible la influencia doctrinal de Francisco Bastida, habría querido que la mía hubiese consistido en el trabajo «La forma de gobierno del Principado de Asturias», entregado meses atrás para una edición de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia conmemorativa del XL Aniversario del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias que, cuando esto escribo, no ha visto aún la luz. Lo seleccioné porque la huella de Francisco Bastida es en él más visible que en ninguno otro. Y es que, entre las múltiples cuestiones que han merecido la atención de Bastida, esa de la forma de gobierno de la Comunidad Autónoma, aunque no pertenezca, si se quiere decir así, al núcleo duro de su obra escrita, en el que personalmente me atrevería a situar la democracia, la soberanía, los derechos fundamentales y los partidos políticos, no ha dejado de ser por él frecuentada, y no de manera superficial o anecdótica, sino minuciosa y perspicazmente, al punto tal que, si bien la forma de gobierno del Principado de Asturias puede ser tenida por periférica en la nutrida producción bibliográfica del profesor Bastida, los trabajos que este le ha dedicado son, sin embargo, fundamentales para conocer y comprender cabalmente la forma de gobierno del Principado de Asturias. Tanto el escrutinio a que ha sometido el procedimiento de elección del presidente del Principado, piedra de toque de la forma de gobierno, desvelando las inconsistencias estructurales que lo aquejan, como sus certeros análisis de los mecanismos de exigencia de su responsabilidad política, parte igualmente im-

portante de la fábrica institucional de la Comunidad Autónoma, son referencia obligada de cualquier aproximación a esos asuntos, y, desde luego, lo han sido para quien esto escribe, en no menor medida que sus agudas crónicas sobre el Principado de Asturias para diversos Informes anuales del Instituto de Derecho Público sobre las Comunidades Autónomas y para el volumen que, con motivo de los veinticinco años de autogobierno autonómico en España, publicó en su día el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Por motivos que no hacen al caso, finalmente no he podido disponer, como habría sido mi deseo, del trabajo sobre la forma de gobierno del Principado de Asturias para este tributo a quien tanto y tan bien ha escrito al respecto, y, en su lugar, he seleccionado «El régimen electoral del Principado de Asturias», incluido en un número monográfico que la ya desaparecida revista *Cuadernos de Derecho Público* del Instituto Nacional de Administración Pública dedicó en 2004 a los regímenes electorales autonómicos, otra materia, la electoral, en la que las aportaciones de Francisco Bastida son descollantes. Su robusto corpus doctrinal sobre Derecho electoral, que, en mi formación personal, se remonta a las cinco lecciones que le dedicó en la edición del entonces Departamento de Derecho Político *Derecho Constitucional. Segundo Curso*, a comienzos de los ochenta del pasado siglo, ha sido siempre una guía segura para desenvolverme en la densa espesura de conceptos y aplicaciones que hace difícil el tránsito por esas veredas. En particular, y viniendo al caso, en concreto, del régimen electoral del Principado de Asturias, me resultaron particularmente sugerentes, y así lo refleja el trabajo, los reparos que Bastida ha sabido hacer a la regulación del derecho de sufragio en sus estudios sobre la condición política autonómica desde la perspectiva de la formación de un *demos* asturiano auténticamente político y democrático.

Por otro lado, no quisiera dejar de destacar que, como letrado de la Junta General del Principado de Asturias, he podido contar en no pocas ocasiones con las valiosas y estimulantes reflexiones que Francisco Bastida ha proporcionado a la Cámara en sus comparecencias como experto ante las Comisiones parlamentarias que han recabado su cualificado parecer. Es quizás una faceta menos conocida, pero puedo decir que la *expertise* del profesor Bastida ha sido siempre escuchada con atención. De todas las comparecencias, resaltaría la que tuvo lugar en el marco de los trabajos de la Comisión de estudio que se creó en la IX Legislatura para abordar una posible reforma del sistema electoral de la Comunidad Autónoma, y, también en la IX Legislatura, la que versó sobre una proposición de ley, que no llegaría aprobarse, de modificación del procedimiento de elección del presidente del Consejo de Gobierno para reemplazar el vigente por otro de investidura, así como, ya en la XI, sus audiencias sobre la reforma de la regulación del uso del bable/asturiano en la Junta General, y sobre la gestión de la pandemia Covid-19, en la que llamó la atención acerca de la conveniencia de incorporar la figura del decreto-ley al sistema de fuentes del ordenamiento autonómico. No son, como he dicho, las únicas, pero sí, desde mi punto de vista, las más significativas. Y, junto a ellas, tampoco puedo olvidarme de otras dos valiosas colaboraciones suyas con la Junta General, una en el grupo de trabajo que elaboró el vigente Reglamento de la Cámara, y la otra con uno de

los estudios doctrinales que sirvieron de base para cimentar la creación en el Parlamento asturiano de la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE).

Guardo vivo recuerdo de la primera vez que trabé contacto con Francisco Bastida, cuando, en el edificio del fondo del que conocíamos como «callejón» de la Facultad de Derecho en el antiguo caserón de la calle San Francisco, nos examinó, oral, y benevolente, de la entonces recién aprobada Constitución de 1978 a los alumnos de la promoción 78-82. Como suele decirse, ¡qué tiempos! Más de cuarenta años después, sirva este breve texto de reconocimiento profesional, y también, y en no menor medida, como testimonio de mi estima y aprecio.

El régimen electoral del Principado de Asturias¹

Alberto Arce Janáriz

1. La Ley electoral del Principado de Asturias fue aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma, la Junta General, en el último tramo de la I Legislatura (1983-1987) y promulgada como Ley 14/1986, de 26 de diciembre, sobre régimen de elecciones a la Junta General del Principado de Asturias. Desarrollo del art. 25.2 del Estatuto de Autonomía, con arreglo al cual «por ley del Principado, cuya aprobación y reforma requiere el voto de la mayoría absoluta de la Junta General, se fijará el número de miembros, entre treinta y cinco y cuarenta y cinco, sus causas de inelegibilidad e incompatibilidad y las demás circunstancias del procedimiento electoral», ha regido, junto a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, las cinco convocatorias electorales autonómicas celebradas desde entonces: 10 de junio de 1987, 26 de mayo de 1991, 28 de mayo de 1995, 13 de junio de 1999 y 25 de mayo de 2003.

Solo a las primeras elecciones a la Junta General, que tuvieron lugar el 8 de mayo de 1983, se aplicó otro Derecho electoral: el establecido, exclusivamente para ellas, por la disposición transitoria primera del Estatuto de Autonomía, con el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, y el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, como normas supletorias. Aunque de naturaleza y rango distintos, materialmente el régimen impuesto por el Estatuto para las primeras elecciones no era, sin embargo, muy distinto del fijado con carácter definitivo por la Ley autonómica para las convocatorias posteriores. En todo caso, el

¹ Publicado en *Cuadernos de Derecho Público*, n.ºs 22-23, 2004, págs. 359-371.

comentario se centrará en el régimen actualmente vigente, sin perjuicio de que, tributario como este lo es de aquel, también el primer Derecho electoral estatutario, aunque hoy agotado, deba ser tenido en cuenta para entender algunas previsiones de la Ley autonómica en vigor.

2. Aún a riesgo de incurrir en ciertas simplificaciones, cabría intentar, antes de examinar aspectos concretos del contenido de la Ley electoral asturiana, una caracterización de conjunto, que podría cifrarse en los siguientes rasgos:

2.1. Un notable grado de consenso. El art. 25.2 del Estatuto de Autonomía exige mayoría absoluta para la aprobación de la Ley electoral, pero no requiere la unanimidad. Durante la elaboración del Estatuto se barajó, pero finalmente se descartó, la posibilidad de exigir mayoría de dos tercios. UCD mantuvo sin éxito esa tesis, primero como voto particular al borrador de anteproyecto de Estatuto elaborado por la «Comisión de los 8»² y al propio anteproyecto de la «Comisión de los 24»,³ y luego como enmienda en el seno de la Asamblea Redactora.⁴ Pero lo cierto es que, aun así, y si bien fue el Consejo de Gobierno, entonces de mayoría absoluta socialista, quien presentó en la Junta General el correspondiente Proyecto de Ley, el texto se negoció en la «fase de elaboración» del mismo, según se lee en el Informe de la Ponencia,⁵ y las escasísimas enmiendas que se le presentaron a su paso por la Cámara autonómica (solo cinco)⁶ fueron suscritas por los cuatro Grupos Parlamentarios que entonces había en la Junta General, Socialista, Popular, Comunista y Mixto (escisión del Grupo Popular) y, por eso, todas ellas prosperaron. Y aunque, en la votación por artículos, se registraron algunas abstenciones,⁷ en la votación final sobre el conjunto del Proyecto de Ley, necesaria de acuerdo con el Reglamento de la Junta General entonces vigente (como en el actual), se contaron 39 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención.⁸

Sin ánimo contrafactual alguno, sino para resaltar distintamente el valor del consenso que se logró alcanzar, es obligado subrayar que habría sido perfectamente posible otro resultado. El Proyecto de Ley autonómica reproducía contenidos del

² *El proceso autonómico asturiano* (en lo sucesivo, *El proceso autonómico*), I, Recopilación documental editada por el Consejo Regional de Asturias y la Diputación Provincial de Oviedo, a cargo de L. A. ÁLVAREZ GARCÍA, 1981, pág. 107.

³ *El proceso autonómico*, I, pág. 118.

⁴ *El proceso autonómico*, I, pág. 208.

⁵ *Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias* (en lo sucesivo, *BOJG*), I, n.º 191, de 15 de diciembre de 1986, pág. 1296.

⁶ *BOJG*, I, n.º 187, de 4 de diciembre de 1986, págs. 7636-7639.

⁷ El Grupo Comunista se abstuvo en los artículos 10 a 13 (sistema electoral); el Grupo Popular, en los artículos 12 (por no incluir un número mínimo de diputados por circunscripción) y 13 (al defender la barrera electoral del 5% en lugar de la del 3% del proyecto), y el señor GOROSTIZA EZQUERRA, del Grupo Mixto, en los artículos 11 (discrepando de la ubicación en la circunscripción occidental del concejo de Grado, que, a su juicio, debería figurar en la circunscripción central) y 37 (reclamando una subvención a las candidaturas que no hubiesen obtenido escaño): *Diario de Sesiones de la Junta General del Principado de Asturias* (en lo sucesivo, *DS*), I, Serie P, n.º 86, de 22 de diciembre de 1986, págs. 1343 a 1346.

⁸ *DS*, I, Serie P, n.º 86, de 22 de diciembre de 1986, pág. 1347.

régimen electoral transitorio establecido por el Estatuto de Autonomía para las primeras elecciones a la Junta General que habían sido consensuados en las Cortes Generales por la UCD, CD y PSOE, pero que resultaban inaceptables para los comunistas de entonces (señaladamente, y como habrá ocasión de ver con más detalle, la división de Asturias en tres circunscripciones electorales). Es verdad que en las Cortes el PCA, como UCD, CD y PSOE, votaron a favor del Estatuto de Autonomía en su conjunto cuando fue sometido a votación final de totalidad, muy probablemente porque el Estatuto no se agotaba en sus disposiciones electorales. Pero el Proyecto de Ley autonómica, de contenido exclusivamente electoral, carecía de la heterogeneidad material del Estatuto que pudo justificar el voto favorable de los comunistas a pesar de su entonces radical oposición a las disposiciones electorales. Por ello, objetivamente parece incuestionable que, en 1986, cuando el ya Grupo de IU en la Junta General dio su voto favorable al Proyecto de Ley electoral del Principado hizo un considerable esfuerzo en pro de un consenso que habría podido ser bastante menor si esa fuerza política se hubiese dejado llevar por su acreditada oposición a aspectos nucleares del régimen que se iba a implantar. Es significativo en este sentido que haya sido IU la única formación que, bien que en vano, ha tratado de modificar en estos últimos años la Ley electoral asturiana, a través de tres proposiciones de ley, presentadas dos en la IV Legislatura y otra en la V.⁹

2.2. Una poco frecuente estabilidad. Casi ya anticipada en lo que se acaba de indicar, esta de la estabilidad podría ser, en efecto, una segunda nota de la Ley electoral del Principado de Asturias. En los casi veinte años transcurridos desde su aprobación en 1986, solo ha sido modificada en una ocasión: a través de la Ley del Principado de Asturias 3/1991, de 25 de marzo, para acomodarla (en sus artículos 15 y 16) a la regla según la cual la celebración de elecciones debe tener lugar el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años, calendario implantado en una previa modificación que en tal sentido se practicó en el apartado 3 del art. 25 del Estatuto de Autonomía (mediante Ley Orgánica 3/1991, de 13 de marzo) y en el art. 42 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (mediante Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo). Esa Ley del Principado de Asturias 3/1991 tuvo su origen en una Proposición de Ley parlamentaria y fue votada favorablemente por todas las fuerzas políticas, a excepción de IU, que se abstuvo, aunque no por motivos de fondo, sino por la forma, a su juicio incorrecta, en que se había llevado a cabo la modificación de la Ley electoral.¹⁰ Las fuerzas políticas mayoritarias no han propuesto ni acometido en todo este tiempo ninguna otra reforma. Solo IU, como hace un momento se indicó, ha intentado otras modificaciones de la Ley autonómica, pero, hasta la fecha, su propósito no ha logrado salir adelante.

⁹ *BOJG*, IV, Serie A, n.ºs 6.1 y 6.2, de 3 de octubre de 1995 y de 10 de marzo de 1999; *BOJG*, IV, Serie A, n.º 60.1, de 2 de diciembre de 1997; *DS*, IV, Serie P, n.º 200, de 17 de diciembre de 1998; *BOJG*, V, Serie A, n.º 60.1, de 25 de marzo de 2002; *DS*, V, Serie P, n.º 156, de 6 de junio de 2002.

¹⁰ *BOJG*, II, Serie B, n.º 23.1, de 6 de marzo de 1991, págs. 2 y 3; *DS*, II, Serie P, n.º 148, de 14 de marzo de 1991, págs. 8406-8407; *DS*, II, Serie P, n.º 149, de 21 de marzo de 1991, págs. 8513-8514.

Indudablemente, la estabilidad legislativa es un valor; aunque a la baja, es verdad, en la actual legislación del Principado de Asturias, del resto de Comunidades Autónomas y también del Estado. Pero, como cualquier otro valor, tampoco el de la estabilidad legislativa debe sacralizarse hasta sacrificar en su nombre cambios necesarios o convenientes por razones ya de fondo, ya de forma. Si la reforma del apartado 3 del art. 25 del Estatuto de Autonomía en 1991 fue seguida de la inmediata modificación de la Ley electoral autonómica, en cambio la reforma del resto del ese precepto estatutario en 1999 no tuvo idéntica secuencia en la legislación del Principado. Ciertamente que la reforma en 1991 del apartado 3 del art. 25 del Estatuto de Autonomía obligaba a modificar la Ley electoral autonómica, en tanto que la reforma en 1999 del resto del precepto estatutario no hacía imprescindible tal modificación. De hecho, tampoco la Ley Orgánica del Régimen Electoral General fue, a diferencia de lo que ocurrió en 1991, modificada. Pero, como luego se mostrará, no es menos cierto que en 1999 la modificación era, en términos de seguridad jurídica, del todo conveniente en aras de una mayor coherencia del ordenamiento en su conjunto.

2.3. Una cierta densidad. En tercer lugar, la Ley electoral asturiana, aunque breve (cuarenta y dos artículos, dos disposiciones adicionales, dos transitorias y una final), posee un significativo nivel de densidad reguladora, consecuencia del, por el contrario, más bien magro espesor de la cláusula estatutaria de llamada a la Ley electoral, que apenas si predetermina la duración del mandato electoral (cuatro años), el carácter del sufragio (universal, libre, igual, directo y secreto), la naturaleza del sistema de representación (proporcional), la horquilla de posibles miembros de la Junta General (entre treinta y cinco y cuarenta y cinco) y la fecha de las convocatorias electorales (cuarto domingo de mayo de cada cuatro años).

En el seno de la Asamblea Redactora del proyecto de Estatuto de Autonomía, CD propuso dotar de más contenido a la cláusula estatutaria, de manera que incluyera, además, el marco territorial (circunscripciones) y la fórmula electoral (D'Hondt),¹¹ pero, frente a su propuesta, prosperó la idea de que de lo que se trataba era, en palabras del Portavoz de UCD, «única y exclusivamente de hacer una alusión que, a nuestro juicio, muy bien podría haber sido suprimida (...) puesto que sí se hace una remisión a una ley de la Junta General, que debe regular todo el sistema del proceso electoral (...) que para el futuro la Junta General se dará a sí misma en un proceso de autorregulación».¹² Se manifestaba, pues, en este punto, la táctica, muy propia de aquellos años, prácticamente todavía de transición, de aplazar decisiones que pudieran dificultar el logro de acuerdos y que, bautizada respecto de la Constitución con el nombre de «desconstitucionalización» en el célebre hallazgo de P. Cruz Villalón, cabría aquí denominar como «desestatutarización».

2.4. No mucha, aunque sí alguna originalidad. Una relativa originalidad podría ser la cuarta y última característica general que cupiera atribuir a la Ley electoral asturiana. Relativa desde luego porque, cuando se elaboró y aprobó, los márgenes que

¹¹ *El proceso autonómico*, I, pág. 223.

¹² *El proceso autonómico*, I, pág. 381.

dejaba la Ley Orgánica del Régimen Electoral General no eran demasiado amplios. No obstante, dos extremos al menos sí confieren alguna singularidad a la Ley asturiana; de una parte, la organización de tres circunscripciones a pesar del carácter uniprovincial del Principado (solo Murcia entre las Comunidades uniprovinciales comparte este tipo de marco territorial múltiple*); de otra parte, ciertas peculiaridades en lo relativo a la utilización de los medios de comunicación de titularidad pública, respecto de la cual la Ley autonómica innova el régimen electoral general, según se lee en su Preámbulo, «determinando factores que en todo caso deberá ponderar la Administración electoral al distribuir los tiempos de emisión entre las candidaturas», cuya enumeración, que posteriormente se referirá, «pretende prever diversas circunstancias en la evolución de las formaciones políticas y singularmente las vicisitudes de los procesos de coalición de las mismas». De cada una se dará cuenta en el epígrafe que viene a continuación.

3. Siguiendo la sistemática de la propia Ley, organizada en siete Títulos (incluido el Preliminar), cabe anotar ahora, sin repetir todo lo que la Ley dice, aspectos concretos de su contenido que mayor interés han despertado o pueden despertar:

3.1. Derecho de sufragio. La Ley asturiana exige, además de los requisitos establecidos con carácter general en la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General, la condición política de asturianos tanto para electores como para elegibles (art. 2.1). Esta condición es la suma de la nacionalidad española y la vecindad administrativa en alguno de los concejos del Principado. El art. 7 del Estatuto de Autonomía reconoce, en efecto, la condición política de asturianos a los «ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los Concejos de Asturias», a los que asimila, a efectos de sufragio, a «los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Asturias, y acrediten esta condición en el consiguiente consulado de España», así como, aunque solo si lo solicitan, a «sus descendientes inscritos como españoles».

Esta regulación no ha dejado de suscitar algunos reparos. F.J. Bastida Freijedo, en especial, ha subrayado sus deficiencias e incoherencias desde la perspectiva de la formación de un *demos* asturiano con contenido auténticamente político y democrático. Su crítica podría resumirse en los siguientes puntos: a) la correspondencia entre gobernantes y gobernados, que a nivel local es mayor en la medida en que los vecinos de nacionalidad extranjera pueden votar y ser elegidos en el concejo de residencia si hay convenio de reciprocidad (art. 13.2 de la Constitución), se distancia en la Comunidad Autónoma al no ser suficiente la vecindad administrativa y ser indispensable además la nacionalidad española; b) el automatismo con que se adquiere la condición de vecino desde el momento mismo de la inscripción en el padrón municipal sin exigir prácticamente arraigo alguno «desprecia el valor que ha de dársele a una cuando menos mínima identidad colectiva», que obligaría a requerir una «residencia continuada»; c) es incongruente

* Téngase en cuenta la fecha de este trabajo. Actualmente Murcia es circunscripción única.

reconocer el sufragio a los residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Asturias, pero no a los residentes en el resto de España que hayan tenido la última vecindad administrativa en Asturias (aun cuando con la Ley de Bases de Régimen Local vigente en España solo se puede tener una vecindad administrativa); d) en términos democráticos la falta de arraigo físico en la región, evidente en el caso de los descendientes nacidos en el extranjero de españoles que hayan tenido su última residencia en Asturias, debería conllevar la pérdida de la «ciudadanía política» asturiana, sin perjuicio de que se pueda conservar la «asturianía cultural».¹³

Por otro lado, es obligado notar, a propósito del sufragio pasivo en particular, que la Ley electoral asturiana parece demandar alguna actualización, concretamente en lo que se refiere al régimen de incompatibilidades, concebido en un escenario estatutario que, a diferencia del vigente, prohibía a los diputados de la Junta General percibir retribuciones fijas (art. 26.4 del Estatuto de Autonomía en su redacción originaria), lo que podía justificar un nivel menos exigente de incompatibilidades, y, en todo caso, desacomodado a la organización administrativa actual y ajeno a la aparición de nuevas figuras de altos cargos entonces no conocidas o no contempladas: viceconsejeros, personal nombrado por decreto, presidentes de entes públicos autonómicos, representantes del Principado en Cajas de Ahorro*, por ejemplo, todos ellos altos cargos de acuerdo con el propio ordenamiento autonómico a partir de la Ley del Principado de Asturias 4/1995, de 6 de abril (art. 2), vocales del Consejo Consultivo, miembros de la Sindicatura de Cuentas, etcétera.

3.2. Administración electoral. Una de las escasas modificaciones que experimentó el Proyecto de Ley a su paso por la Junta General consistió en suprimir la Junta Electoral de Asturias (prevista en los arts. 8 a 13 de aquel) y ordenar la actuación en su lugar de la Junta Electoral Provincial. La modificación trajo causa de una enmienda suscrita conjuntamente por todos los Grupos Parlamentarios con la siguiente motivación: «Simplificar la Administración Electoral con criterio de economía y funcionalidad acumulando a la Junta Electoral Provincial de Asturias las funciones correspondientes a la Junta Electoral del Principado de Asturias».¹⁴ La situación se ha mantenido hasta la actualidad y si, aun situándose por un momento en aquellos años tempranos, ya resultaba difícil de entender o al menos revelaba una cierta «miopía» desde la perspectiva de la configuración institucional del autogobierno, hoy resulta incomprensible. La gran mayoría de las Comunidades Autónomas la tiene. Solo otras dos carecen de ella: Cataluña (cuyo régimen electoral, en vías de modificación, data de 1979, muy anterior, pues, a la entrada en vigor de la vigente Ley Orgánica del Régimen Electoral General) entre las pluriprovinciales y Madrid (cuya Ley electoral es, como la asturiana, de 1986) entre las uniprovinciales. No parece dudoso que la misma voluntad de mayor autogobierno

¹³ F.J. BASTIDA FREJEDO, «Condición política de asturianos», en A. ARCE JANÁRIZ (COORD.), *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio Sistemático*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2003, págs. 76-79.

¹⁴ *BOJG*, I, n.º 187, de 4 de diciembre de 1986, págs. 7636-7637.

* *Téngase en cuenta la fecha de este trabajo.*

que ha impulsado la sustitución del Consejo de Estado por el Consejo Consultivo o del Tribunal de Cuentas por la Sindicatura de Cuentas debería terminar por reemplazar la Junta Electoral Provincial por una Junta Electoral autonómica propia. IU incluyó su creación en las proposiciones de ley con las que, según se dejó indicado anteriormente, ha intentado sin conseguirlo modificar la Ley autonómica.

Una dificultad técnica puede, no obstante, suscitarse a la hora de configurar una Junta Electoral propia. De las Juntas Electorales Provinciales formaban y forman parte miembros del Poder Judicial. Todas las Comunidades que han creado sus propias Juntas Electorales prevén que también en ellas haya miembros del Poder Judicial. Pero es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que prohíbe a la legislación autonómica, cualquiera que sea la materia, atribuir a los miembros del Poder Judicial funciones gubernativas, por estar esa atribución reservada al Estado ex arts. 122.1 y 149.1.5.^a de la Constitución (SSTC 150/1998, FJ 2, 127/1999, FJ 2). Aunque la precisa naturaleza de la Administración electoral sea cuestión compleja, el mismo Tribunal Constitucional la ha situado fuera de la órbita jurisdiccional. La STC 168/1991, FJ 2, se ha referido a que «la función que cumplen las Juntas Electorales a la hora de revisar los resultados habidos en los distintos comicios no se corresponde de manera absoluta con la que desarrollan los órganos judiciales» y también ha tenido en cuenta «la peculiar naturaleza jurídica de la Administración electoral, integrada por Juntas compuestas en su mayoría por magistrados y jueces, designados por insaculación (arts. 9 y siguientes de la LOREG), composición y técnicas de designación que tienden a asegurar su independencia en el ejercicio de esta función de control administrativo interno previo al jurisdiccional».

3.3. Sistema electoral. Sin duda, esta es la cuestión que más discusiones ha suscitado y suscita.¹⁵ La Ley autonómica contaba con un notable margen de configuración para diseñar el sistema electoral. No tenía en realidad más directriz estatutaria vinculante que la de implantar un sistema de representación «proporcional» (art. 25.1 del Estatuto de Autonomía). Durante la elaboración del Estatuto de Autonomía se discutió si este debía decir algo más. El Borrador de Anteproyecto de Estatuto redactado por la Comisión de los 8 refleja que solo el PCA proponía que el Estatuto dijera únicamente del sistema de representación que debía ser proporcional, mientras que, por un lado, UCD y CD pretendían que el Estatuto dijera además que ese sistema de representación proporcional «asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio», y el PSOE, por otro, defendía que el Estatuto dejase predeterminado un sistema de representación «proporcional personalizada» (tipo Bundestag).¹⁶ El Anteproyecto de la Comisión de los 24 no

¹⁵ Para un detallado examen de todos los asuntos que se plantean a continuación, B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «Disposición transitoria primera» en R. BOCANEGRA SIERRA (Dirig.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*, Madrid, IEAL, 1987, págs. 595-617, así como, del mismo autor, su «Nota al artículo 25.2 del Estatuto de Autonomía», *ibid.*, págs. 257-258, y sus trabajos «El sistema electoral en las Comunidades Autónomas», *Sistema*, n.º 45, 1981, págs. 79 y ss., y «Marco territorial y umbrales electorales en las primeras elecciones a la Junta General del Principado» en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de Estatuto de Autonomía para Asturias*, Oviedo, Caja de Ahorros de Asturias, 1982, págs. 49-57.

¹⁶ *El proceso autonómico*, I, pág. 107.

cerró esa disparidad de criterios.¹⁷ Ya en el marco de la Asamblea Redactora, el PCA mantiene su planteamiento inicial sobre la base de que una «mayor especificación sobre su contenido confiere al texto del Estatuto una rigidez innecesaria».¹⁸ También el PSOE mantiene su sistema de representación proporcional personalizado.¹⁹ Pero UCD y CD separan sus posiciones: UCD sigue fiel al criterio que hasta ese momento compartía con ella CD,²⁰ pero CD se descuelga con una propuesta distinta que pretende que el Estatuto deje organizado el territorio asturiano en tres grandes circunscripciones, centro (cuya composición explícita), oriente y occidente con derecho a un mínimo de cuatro escaños cada una y otro más por cada veinticinco mil habitantes o fracción, aplicando el método D'HONDT.²¹ Sale adelante, con el apoyo del PCA, la fórmula del PSOE, de manera que el Proyecto de Estatuto de Autonomía remitido a las Cortes Generales especificaba que la representación proporcional debía ser «personalizada».²² Pero ya en el Congreso, con los Acuerdos Autonómicos de 1981 por el medio, UCD y PSOE convienen, a través de una transacción, en que el Estatuto de Autonomía diga finalmente solo que el sistema electoral debe ser proporcional. Se volvía con ello a la fórmula inicial del PCA. Pero, llamativamente, este partido, sorprendido por la transacción entre PSOE y UCD, no votó a su favor y se aferró a la fórmula de la representación proporcional personalizada que, antes de unirse inesperadamente a UCD, había patrocinado el PSOE y a la que el PCA había dado su apoyo en la Asamblea redactora aun a costa de retirar la suya.²³ Laberintos de la política. Sea como fuere, lo cierto es que la Ley autonómica disponía, ante el laconismo estatutario, de bastante campo de decisión sobre el sistema electoral. Y por el que finalmente se decantó fue, con retoques, el que la disposición transitoria primera del Estatuto de Autonomía había establecido para las primeras elecciones a la Junta General. Sus puntos más destacables serían posiblemente los tres siguientes:

- a) Fijación del número de diputados de la Junta General en cuarenta y cinco, el mismo que el establecido en la disposición transitoria primera del Estatuto de Autonomía y el máximo que hacía y hace posible el art. 25.2 del Estatuto, cuya horquilla quiso ampliar por arriba IU hasta llegar a sesenta durante la reforma estatutaria de 1999, cifra que ya habían propuesto PCA y UCD en la elaboración del Estatuto.²⁴
- b) La organización de tres circunscripciones central, oriental y occidental (art. 11), con un mínimo inicial para cada una de dos diputados y distribuyendo los restantes treinta y nueve en proporción a su población de derecho conforme al siguiente procedimiento: se divide por treinta y nueve la cifra total de la población de derecho de Asturias y el cociente

¹⁷ *El proceso autonómico*, I, pág. 118.

¹⁸ Enmienda n.º 17 PCA, *El proceso autonómico*, I, pág. 219.

¹⁹ Enmienda n.º 32 PSOE, *El proceso autonómico*, I, pág. 213.

²⁰ Enmienda n.º 43 CD, *El proceso autonómico*, I, pág. 207.

²¹ Enmienda n.º 14 CD, *El proceso autonómico*, I, pág. 223.

²² *El proceso autonómico*, II, pág. 57.

²³ *El proceso autonómico*, II, págs. 221-223.

²⁴ *El proceso autonómico*, I, pág. 112.

que se obtiene opera como cuota de reparto para adjudicar a cada circunscripción tantos diputados como resulten en números enteros de dividir otra vez la respectiva población de derecho por esa cuota de reparto, asignando, en lo que hace a los diputados restantes, uno a cada una de las circunscripciones cuyo cociente resultante tenga una fracción decimal mayor.

La división de Asturias en tres circunscripciones, que la disposición transitoria del Estatuto de Autonomía había impuesto para las primeras elecciones a la Junta General, consumió gran parte de la presentación en la Cámara autonómica del Proyecto de ley por el Consejo de Gobierno socialista de entonces. Y es que la cuestión era delicada. De hecho, se había discutido profusamente desde el comienzo mismo de los trabajos de redacción del Estatuto de Autonomía, durante los cuales fue CD la primera fuerza política en proponerla, frente a las alternativas de PSOE, que inicialmente abogaba por una circunscripción única combinada con doce distritos uninominales coincidentes con los partidos judiciales vigentes, de UCD, que proponía asignar a cada partido judicial tres diputados distribuyendo los sobrantes con arreglo a los mayores restos, y del PCA, que abogaba por la circunscripción única. La fórmula unitaria del PCA se sostenía, según tuvo ocasión de explicar esa formación en el seno de la Asamblea Redactora, en el propósito de asegurar la igualdad de voto que, a su juicio, quebraba cualquier división territorial.²⁵ Las fórmulas de la UCD, PSOE y CD pretendían cohonestar la proporcionalidad con la representación de las diversas zonas del territorio por entender que así cumplían la directriz que el art. 152 de la Constitución establecía (para las Asambleas de las Comunidades Autónomas del art. 151 y con la jurisprudencia constitucional entonces vigente solo para ellas) al decir que las Asambleas autonómicas habían de ser elegidas «con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio».²⁶ Acabó prosperando la organización en circunscripciones originaria de la CD, pero en la versión que le dieron UCD y PSOE, tras los Acuerdos autonómicos de 1981 que llevaron al PSOE a abandonar sus posiciones iniciales contrarias, como las del PCA, a un marco territorial de tres circunscripciones, al que tachaban de incompatible con el principio de igualdad de voto y al servicio de los intereses electorales de la derecha.²⁷ De nuevo, los laberintos de la política. El debate durante la discusión en la Junta General de la Ley autonómica fue menos intenso. En este concreto punto de las circunscripciones PSOE y PP votaron a favor. El PCA se abstuvo.²⁸

- c) Para la atribución de los escaños en función de los resultados del escrutinio se establece una barrera electoral del tres por ciento de los votos válidos

²⁵ Enmienda n.º 19 PCA, *El proceso autonómico*, I, pág. 219.

²⁶ Enmiendas n.º 43 UCD, 32 PSOE, 14 CD, *El proceso autonómico*, I, págs. 207, 213 y 223.

²⁷ *El proceso autonómico*, I, págs. 383 y 427-428.

²⁸ *DS*, I, Serie P, n.º 86, de 22 de diciembre de 1986, pág. 4938.

emitidos en la circunscripción de que se trate y se aplica la fórmula D'Hondt (art. 13). En las primeras elecciones, la disposición transitoria del Estatuto de Autonomía fijó la barrera en el cinco por ciento de los sufragios válidamente emitidos, pero no en cada circunscripción, aunque inicialmente iba a ser así, sino por referencia al conjunto de la región. La idea de la barrera vino a través de una enmienda de la UCD²⁹ en el Congreso y la referencia al conjunto de la región en lugar de a cada circunscripción llegó de la mano de cuatro enmiendas en ese punto coincidentes en el Senado.³⁰ En el debate de la Ley autonómica, el Grupo Popular reivindicó la barrera del cinco por ciento, absteniéndose en la del tres por ciento.³¹

La suma de los distintos elementos del sistema electoral, la división en tres circunscripciones, la cuota de reparto, la barrera electoral y la fórmula D'Hondt, principalmente, arrojan un precipitado que PSOE y PP parecen metabolizar sin mayores problemas, pero que la tercera fuerza política, IU, no asimila con la misma naturalidad. No es de extrañar. Por referencia a las últimas elecciones del 2003 un escaño cuesta en la circunscripción central 14681 votos, mientras que en la occidental y en la oriental cuesta 11975 y 10083, lo que supone que el mínimo para lograr un diputado en cada circunscripción es del 2,61 por ciento en la central, del 11,38 por ciento en la occidental y del 14,57 en la oriental, de manera que si al PSOE un escaño le cuesta 11385 votos y al PP 12757 a IU se le encarece hasta 17090.³² No obstante, tampoco el sistema actual está exento de racionalidad. Aparte de la directriz del art. 152.1 de la Constitución que obliga a los sistemas electorales autonómicos a asegurar la representación de las diversas zonas del territorio y que, con arreglo a la jurisprudencia constitucional ahora vigente (STC 225/1998) cabría entender vinculante no solo para las Comunidades del art. 151, sino también para las del grupo del art. 143 al que pertenece el Principado de Asturias, los números siempre se prestan a diferentes lecturas. En este sentido, bastaría confrontar los que en la presentación del Proyecto de Ley en la Junta General ofrecía el entonces consejero de la Presidencia.³³ Por otra parte, socioeconómicamente había, cuando el sistema se perfiló, una diferencia real entre el centro y las alas, «grandes comarcas que como señalaba el Consejero de la Presidencia están siempre presentes en el discurso lógico, en el discurso político de los asturianos»,³⁴ aunque, como contrapartida, cabría señalar que, sin entrar a va-

²⁹ Enmienda n.º 35, suscrita por don Rafael CALVO ORTEGA y tres diputados más del Grupo Centrista-UCD, *El proceso autonómico*, II, pág. 78.

³⁰ Enmienda n.º 1, de don Carlos Pinilla Turiño (Grupo Mixto); Enmienda n.º 10, de don Francisco CACHARRO PARDO (Grupo Mixto) y Enmienda n.º 23, del Grupo Socialista; y Enmienda n.º 32, del Grupo de UCD: *El proceso autonómico*, II, págs. 251, 253, 257 y 260.

³¹ DS, I, Serie P, n.º 86, de 22 de diciembre de 1986, pág. 4940.

³² Según datos facilitados por el actual titular de la Consejería de Justicia, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores del Principado de Asturias a quien agradezco su colaboración y Portavoz en la pasada Legislatura del Grupo de Izquierda Unida en la Junta General.

³³ DS, I, Serie P, n.º 86, de 22 de diciembre de 1986, págs. 4933-4934.

³⁴ DS, I, Serie P, n.º 86, de 22 de diciembre de 1986, pág. 4932.

lorar si los desequilibrios territoriales siguen siendo los mismos, las comarcas son una de las formas de organización territorial previstas en el Estatuto de Autonomía (art. 6) de las que hasta la fecha no se ha hecho uso alguno.

3.4. Convocatoria electoral. La Ley asturiana contiene dos reglas sobre la convocatoria de elecciones a la Junta General: una de carácter general y ordinario, que obliga a que las elecciones se convoquen de manera que se celebren el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años, debiendo publicarse el Decreto de convocatoria el día siguiente al de su expedición (art. 15), y otra de carácter especial, para el supuesto de que la Junta General no logre elegir presidente del Principado dentro de los dos meses siguientes a la constitución de la Junta electa, con arreglo a la cual el presidente en funciones debe convocar dentro del plazo de quince días a partir del vencimiento de los dos meses, señalando el Decreto de convocatoria la fecha de las elecciones, que habrán de celebrarse entre el quincuagésimo cuarto y el sexagésimo día posterior a la convocatoria (art. 16). Podía haber tenido la Ley una regla más si no se hubiera eliminado, a propuesta de UCD, la previsión del borrador del Estatuto de Autonomía, que el Anteproyecto y el Proyecto mantuvieron, de prohibir que las elecciones a la Junta General pudieran coincidir con elecciones generales, en una decidida voluntad autonomista que quedó, sin embargo, finalmente desleída, como le ocurrió a una buena parte del Estatuto en su conjunto.³⁵

El Decreto del presidente 6/1999, de 19 de abril, que convocó las elecciones ese año, no para el cuarto domingo de mayo, sino para el 13 de junio, obligado por la reforma que a tal efecto se había practicado previamente en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General con el fin de hacer coincidir las autonómicas con las elecciones al Parlamento Europeo, incluyó una cláusula, que hasta entonces no había aparecido en sus predecesores y que tampoco volvió a aparecer en sus sucesores, mediante la cual se dispuso la disolución de la Cámara. Esa cláusula dio lugar a un cierto debate regional acerca de su constitucionalidad por prohibir el Estatuto de Autonomía, que en la reforma de ese mismo año acababa de atribuir al presidente del Principado la facultad de disolución anticipada, el ejercicio de la misma cuando reste menos de un año para la terminación de su mandato (art. 25.3). La interpretación en la que se apoyó el Decreto fue la de que, consistiendo la facultad de disolución anticipada esencialmente en la facultad para alterar el calendario electoral, es esa capacidad para alterar el calendario electoral en que se cifra la facultad de disolución «política» la que el presidente del Principado no puede ejercer cuando reste menos de un año para la terminación del mandato, de modo que cuando, como era el caso, la convocatoria de elecciones debe producirse en una fecha legalmente predeterminada, la facultad de disolución «técnica» puede, por el contrario, considerarse implícita en la facultad de convocatoria, con la que guarda una relación de mera instrumentalidad para garantizar la adecuada y ordenada sucesión de mandatos representativos.³⁶

³⁵ Enmienda n.º 26, suscrita por don Rafael CALVO ORTEGA y tres diputados más del Grupo Centrista-UCD: *El proceso autonómico*, II, pág. 76.

³⁶ Con más detalle, A. ARCE JANÁRIZ, «Disolución parlamentaria y convocatoria de elecciones autonómicas», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999/8, págs. 33-45.

Menos incertidumbres habría habido entonces si la Ley electoral asturiana hubiese sido oportunamente adecuada a la reforma estatutaria de 1999 que había venido a atribuir al presidente la facultad de disolución anticipada y de la que todavía sigue sin haber reflejo en la Ley autonómica cuando han transcurrido ya más de seis años. Aunque tal vez ahora sea mejor esperar un poco más hasta que, como es previsible, la reforma estatutaria en ciernes* supere los límites con que dicha potestad presidencial fue admitida en 1999 poniendo fin a uno de los agravios que con más fundamento objetivo denuncian reiteradamente las Comunidades que como Asturias se constituyeron por la denominada vía lenta.

3.5. Procedimiento electoral. Con un sistema de listas cerradas y bloqueadas (art. 20.1), cabe destacar de la regulación en la Ley asturiana del procedimiento electoral tres extremos: la peculiaridad, vinculada a la organización en circunscripciones, de que para presentar candidaturas las agrupaciones de electores necesitarán la firma al menos del uno por ciento de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción (art. 20.2); la exigencia de que, antes de su aprobación por el Consejo de Gobierno, la campaña electoral sea «informada por la Diputación Permanente de la Junta General» (art. 24.2), lo que, en la práctica, se ha traducido, no en que la Diputación Permanente informe la campaña, sino en que el Consejo de Gobierno informe a la Diputación Permanente, mediante comparecencia, de la campaña antes, eso sí, de su aprobación; y, en tercer lugar, el detalle con el que se barema la distribución de tiempos gratuitos de propaganda electoral, distinguiendo a tal fin una ajustada casuística que, de menos a más, tipifica tres supuestos: formaciones que no hayan concurrido en las anteriores elecciones, no hayan obtenido representación o no hayan alcanzado la barrera electoral del tres por ciento, pero aquí no referida a cada circunscripción, que es como la enuncia la propia Ley autonómica cuando la establece (art. 13 a), sino, menos exigente, al conjunto de la región; formaciones que hayan obtenido entre el tres y el veinte por ciento del total de votos también por referencia al conjunto de la Comunidad Autónoma; y formaciones que hubiesen obtenido más del veinte por ciento, obligando además a la Junta Electoral a ponderar otras tres situaciones en particular: formaciones que habiendo concurrido a las elecciones anteriores en coalición, se presenten a las convocadas independientemente; formaciones que habiendo concurrido a las elecciones anteriores de forma independiente se presenten a las convocadas en coalición; y formaciones que cambien de coalición (art. 28).

De la gestión del procedimiento electoral a lo largo de estos años de vigencia de la Ley asturiana cabría destacar, por un lado, que las candidaturas pueden estar redactadas en bable, a pesar de que la Ley nada dice y de que el bable no goza de oficialidad, según ha tenido ocasión de señalar la STC 48/2000, que, sobre la base de que la candidatura en bable se entiende (se trataba de un recurso de amparo por vulneración del art. 23 de la Constitución), superó el criterio inicial de la STC 27/1996, que, aunque con voto particular, había excluido la posibilidad de admitir candidaturas en bable.

* A pesar de los años transcurridos desde la publicación originaria de este trabajo, la reforma sigue «en ciernes», por lo que, aunque se refiriese a otra reforma que no se produjo, el texto vale.

3.6. Gastos electorales. Por último, en el título de la financiación, únicamente destacar: por un lado, que el régimen de la fiscalización no refleja aún la intervención de la Sindicatura de Cuentas autonómica, a la que su Ley reguladora sí le atribuye tal función (art. 6 f de la Ley del Principado de Asturias 3/2003, de 24 de marzo); por otro lado, que, aunque la Ley prevea que el resultado de la fiscalización se remita a la Comisión de Reglamento de la Junta General (art. 41.1), en la práctica no llega finalmente a esta, ya que, en un uso inveterado pero que habría que corregir de la Cámara, se da únicamente traslado a los Grupos Parlamentarios*, y, en fin, que, aunque la Ley establezca que, dentro del mes siguiente a la remisión del informe del órgano fiscalizador, el Consejo de Gobierno «presentará a la Junta General un proyecto de ley de crédito extraordinario por las subvenciones a adjudicar» (art. 41.2), hasta ahora no se ha presentado ni tramitado ningún proyecto de esas características.

* Actualmente, sí se tramitan en la Junta General los informes de la Sindicatura de Cuentas sobre la contabilidad electoral.

ABEL ARIAS CASTAÑO

El presente trabajo fue publicado originariamente en el año 2009, dentro del número 10 de la revista electrónica *Historia Constitucional* que con el esfuerzo y dedicación del recordado profesor Joaquín Varela y de Ignacio Fernández Sarasola se ha convertido, en una referencia indispensable en España, y fuera de ella, en la disciplina. En el mismo se realiza un estudio de la controversia que enfrentó, a republicanos y federalistas sobre la constitucionalidad de la *Sedition Act* de 1798 y el contenido -mera prohibición de censura previa o verdadero derecho de crítica al poder- que cabía conferir a la Primera Enmienda, pero también -y como no podía ser de otra forma tratándose de un trabajo construido con el apoyo y la influencia intelectual del profesor Bastida- de las diferentes concepciones democráticas -la democracia, siempre la democracia como una de sus preocupaciones intelectuales favoritas- que dicha discusión encubría y que en último término la explicaban.

He elegido este estudio para formar parte de este volumen colectivo que discípulos y amigos -desde la mayor admiración y el cariño- dedicamos a Paco Bastida, como la tradición universitaria impone, con ocasión de celebrar su 70 cumpleaños, por dos razones fundamentales. Una, porque me permite evocar un periodo mágico, absolutamente decisivo en mi historia personal y profesional como es el periodo de la formación doctoral y explicar, a través de mis vivencias el compromiso inquebrantable con el que Paco Bastida ha asumido siempre una de las tareas más desprendidas y generosas del oficio de profesor universitario; la de construir Universidad a través de formar a los que empiezan. La segunda porque me permite compartir, con un ejemplo práctico, una de las lecciones aprendidas del maestro; la de que si queremos comprender en su esencia un problema debemos contemplarlo con profundidad y más allá de sus apariencias.

Lo cierto es que el trabajo *La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: La criminalización de la libertad de expresión* no puede entenderse ni temática,

ni temporalmente al margen de mi tesis doctoral sobre el *Clear and Present Danger test*. Y de hecho, con algunas adaptaciones y cambios acabó, finalmente, configurándose como su capítulo de contextualización histórica. Aunque ahora el lector contemple su versión definitiva (o si se prefiere su versión menos provisional), puedo asegurar y certificar que en este trabajo, como en todos los que Paco Bastida nos ha ayudado a escribir a sus discípulos, hubo muchas (y ese adverbio debe interpretarse en su literalidad y no como una mera licencia retórica o poética) muchas versiones y borradores previos. Versiones que le entregábamos a Paco y que él nos devolvía con prontitud no meramente leídas o repasadas por encima, sino analizadas y estudiadas al más mínimo detalle y anotadas, párrafo a párrafo, para discutir las con él -1 hora, 3 o 5; las que fuesen necesarias- en la mesa redonda del despacho del fondo, en el *potro*, como cariñosamente llamamos desde hace muchos años en nuestro Área a esa mesa y, sobre todo, a ese acto de discusión académica pura. Dirigir académicamente para Paco nunca ha sido una pérdida de tiempo -aunque realmente, generosamente, estuviese renunciando a avanzar en sus propias investigaciones- sino una inversión. Lo contrario a una mera formalidad administrativa; una especie de acto ritual para inculcar los códigos más sagrados y nobles del oficio de investigador; el inconformismo, la profundidad en el análisis, la no radicalidad en las conclusiones; la borrosidad como premisa metodológica para abordar cualquier problema, y, en definitiva, la aspiración a ser honestos artesanos de la investigación jurídica y no meros glosadores que rellenan páginas para cubrir el expediente.

Este trabajo me permite también ejemplificar cómo Paco siempre nos ha enseñado a mirar las cosas con una profundidad diferente a la de la mera apariencia. Ya se sabe, pero se olvida, que lo esencial es invisible a los ojos. Cuando empecé a leer e investigar sobre la *Sedition Act* yo estaba convencido (y seguramente obcecado) en que la discusión entre federalistas y republicanos sobre la constitucionalidad de esta ley era un mero problema sobre cómo interpretar el contenido de la garantía constitucional de la Primera Enmienda. Seguidores o detractores de *Blackstone*. Pero Paco me animó a volver a repensar el asunto e indagar en el trasfondo de las diferentes concepciones democráticas que detrás de esta discusión podía haber. ¡Y ahí estaba, desde luego, la clave del asunto! Es algo que me ha sucedido en más ocasiones y que al final, me ha hecho ser escéptico con las apariencias y con los prejuicios de las primeras lecturas. Creo que Charles Fried lo explicó bastante bien en su ensayo *Modern Liberty and the Limits of Government* cuando decía que a veces afrontamos los problemas jurídicos generales como obras de mera fontanería y no como retos de arquitectura. Y Paco, sin renunciar a ningún detalle y a que todas las piezas del puzzle encajen, es desde luego un gran arquitecto, al que además le gusta volar drones, y por ello contemplar las cosas desde la perspectiva y distancia objetiva que proporciona la altura. Como Paco nos ha enseñado y le gusta tanto repetir: *¿Por qué damos por concluida una investigación describiendo únicamente un problema, si es, en dicho momento, cuando debe iniciarse?*

Estos recuerdos -muy nítidos y en absoluto borrosos- me sirven, desde el plano más personal y emotivo, para dejar constancia pública de mi infinito afecto y perpetua deuda intelectual con Paco Bastida: la persona que me abrió las puertas de la Universidad y me enseñó sus valores más hermosos. En un plano más colec-

tivo creo que contribuyen a mostrar, desde las vivencias de una persona afortunada por disfrutar de su magisterio, la permanente búsqueda de la perfección y la excelencia, la grandeza humana y la indiscutible ejemplaridad universitaria de quién siempre será, por derecho propio, un gran maestro de la Universidad española, que junto a Ignacio de Otto, Ramón Punset y Joaquín Varela refundaron el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo y la situaron en la vanguardia de la enseñanza e investigación jurídica. Un investigador y profesor, con mayúsculas, genuino y pionero, en el titánico esfuerzo colectivo de su generación, por armar dogmáticamente un Derecho Constitucional español -al nivel del italiano, alemán o francés- desde las ruinas del viejo Derecho Político.

La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión

Abel Arias Castaño

1. Breve nota introductoria

En este artículo se aborda la incorporación del libelo sedicioso al ordenamiento jurídico norteamericano a través de la *Sedition Act* de 1798, así como el intenso debate político que se generó en torno a su constitucionalidad. La importancia de esta norma reside en que, lejos de ser una ley más, representa un hito en la historia de las libertades de expresión y de prensa en los EE. UU.

De hecho, el debate entre los dos grandes partidos políticos del momento –el republicano y el federalista– acerca de su constitucionalidad, además de ocuparse del problema de la titularidad competencial para aprobar normas sobre libelos sediciosos, inauguró –como, casi dos siglos después, afirmaría el juez Brennan en la causa de *New York Times v Sullivan* (1964)-¹ la discusión acerca del «sentido central de la Primera Enmienda». Una discusión, aún no terminada y seguramente interminable, sobre el sentido y alcance de la libertad de expresión en un Estado democrático, y, en última instancia, sobre el concepto mismo de democracia.

En uno de sus epígrafes finales, este trabajo trata de asomarse a la esencia conceptual de ese debate, ahondando en los diferentes argumentos, visiones, y concepciones que, sobre estos vidriosos problemas constitucionales, opusieron los federalistas y los republicanos en su controversia. Antes, y a los efectos de

¹ 376 U.S. 254, 273 (1964)

ofrecer una visión global y coherente del problema, el artículo estudia las vicisitudes históricas que rodearon la aprobación de la *Sedition Act*, contextualiza histórica y conceptualmente la figura delictiva introducida a través de la norma analizada, y concreta –valorando su virtualidad práctica– las novedades e innovaciones que la regulación de la *Sedition Act* incorpora en los perfiles tradicionales de la institución del libelo sedicioso.

A pesar de los más de doscientos años transcurridos, la de la *Sedition Act* no parece ser la historia de un pretérito superado e irreversible, sino un eslabón más de una cadena histórica que llega a nuestros días, y que con toda seguridad los superará. De ser así, y quizás como ejemplo del conocido aforismo de Croce de que toda historia es de alguna manera historia contemporánea, más que a acumular polvo en los archivos del pasado, la historia de la *Sedition Act* parece estar llamada a proyectar alguna imagen válida en el espejo de nuestro presente, y de nuestro futuro.

2. Antecedentes y contexto histórico

El 14 de julio de 1798, el presidente federalista John Adams promulgaba la *Sedition Act*. Cuatro días antes, el 10 de julio de 1798, el Congreso de los EE. UU. había procedido a su aprobación por un estrecho margen de 44 votos a favor y 41 votos en contra. Este reñido resultado expresaba con claridad la profunda división que la conveniencia (e incluso la constitucionalidad) de la ley había generado entre la clase política norteamericana, y más en concreto, entre el partido federalista (Hamilton, Adams...), que había apoyado la necesidad de la legislación, y los republicanos (Jefferson, Madison...) que en las calurosas discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la ley habían alertado de los peligros que la misma introducía en la configuración de las libertades civiles que la Constitución debía garantizar.

La adecuada contextualización histórica de ese debate entre federalistas y republicanos obliga a referirse a una doble historia. La primera, la de la *Sedition Act* se sitúa unos meses antes de su aprobación en aquel verano de 1798.² La segunda, la de la figura delictiva establecida en la ley, –el libelo sedicioso– comenzó a fraguarse, en cambio, varios siglos antes, en un entorno predemocrático y bajo un sistema de premisas conceptuales acerca del poder, y del Estado muy diferentes de las actuales.³

² En relación con los acontecimientos históricos que rodearon la promulgación de la *Sedition Act* puede verse con carácter general, entre otros, D. JENKINS, *Breve Historia de los EE. UU.*, Alianza Editorial, Madrid, 2003; P. JONSON, *Estados Unidos. La Historia*. Ediciones B., Buenos Aires, 2001, y entre la bibliografía española sobre la materia: A. BOSCH, *Historia de los EE. UU.: 1776-1945*, Crítica, Barcelona, 2005. Para un estudio exhaustivo sobre el periodo posrevolucionario norteamericano véase S. ELKINS y E. MCKITTRICK, *The Age of Federalism: The Early American Republic, 1788-1800*, Oxford University Press, New York, 1993.

³ Entre la abundante bibliografía existente sobre los orígenes y la evolución del libelo sedicioso en el Derecho inglés puede verse F. SIEBERT, *Freedom of the press in England: The Rise and Decline of Government Control (1476-1776)*, University of Illinois Press, Urbana, 1965; W. MAYTON «Seditious

La *Sedition Act* fue aprobada en un momento en que se percibía un peligro grave para la seguridad nacional, cuando la guerra con Francia parecía inminente e inevitable, y sus restricciones sobre la libertad de expresión y de prensa se justificaron, precisamente, como una forma de respuesta frente a esa amenaza exterior.

Las relaciones entre los EE. UU. y Francia habían comenzado a deteriorarse tras la firma entre EE. UU. e Inglaterra del *Tratado de Jay*,⁴ y, tras varios intentos fallidos por restablecerlas, el conocido como escándalo XYZ,⁵ no hizo sino precipitar los acontecimientos. Tras este grave incidente diplomático, a principios de marzo de 1798, Adams se dirigió al Congreso en términos rotundos afirmando que el insulto que Francia había infringido con su actitud al orgullo y la dignidad de los EE. UU., exigían una inmediata declaración de guerra. Apenas 15 días después, el 19 de marzo de 1798, el propio Adams matizó su discurso, consciente de los gravísimos perjuicios que iniciar una guerra en aquellos momentos ocasionaría para los EE. UU., y se limitó a pedir al Congreso que iniciase la adopción de las medidas oportunas para preparar el país para el peligro que representaba la ame-

Libel and the lost Guarantee of the freedom of expression», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pág. 91 y ss.; y P. HAMBURGER «The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pág. 661 y ss. Por su parte en la bibliografía española puede verse M. N. SALDAÑA DÍAZ «A Legacy of Supresion: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII», *Derecho y Conocimiento*, vol. 2, 2002-2003, pág. 175 y ss.

⁴ En efecto, las causas de esas malas relaciones entre los EE. UU. y Francia se encontraban en la posición que -para no perjudicar el floreciente comercio norteamericano-, el Gobierno de George Washington había adoptado en 1793 en la Guerra que Francia libraba frente a una coalición de países europeos, liderados por Inglaterra, que temían una extensión por Europa de los principios revolucionarios de 1789.

Los EE. UU. optaron por manifestar ante ese conflicto una postura amistosa e imparcial ante las dos partes beligerantes, pero la neutralidad lejos de mantener las buenas relaciones comerciales con los dos bandos, acabó originando graves conflictos primero con Inglaterra, y después con Francia.

Así, Inglaterra interpretó la declaración de neutralidad norteamericana como una adhesión encubierta hacia Francia, y comenzó a capturar los barcos comerciales norteamericanos, y a encarcelar a sus tripulantes. El Gobierno de George Washington consciente de la inconveniencia de iniciar una guerra intensificó los esfuerzos diplomáticos por conseguir una solución pacífica a la crisis y envió una delegación negociadora a Londres cuyos trabajos concluyeron satisfactoriamente con la firma del *Tratado de Jay* en 1794 para la normalización de las relaciones anglo-norteamericanas.

La respuesta de Francia a la firma de este Tratado fue contundente: convencidos de que los EE. UU. habían abandonado su neutralidad y habían comenzado a apoyar a Inglaterra, los franceses adoptaron severas medidas de retorsión sobre las operaciones comerciales marítimas norteamericanas. El *Tratado de Jay* consiguió de este modo, el final del hostigamiento de los ingleses hacia los navíos americanos, pero paradójicamente desencadenó el comienzo del apresamiento de buques y de tripulaciones por parte de las fuerzas francesas. No se logró por ello solucionar el problema, sino únicamente sustituir al enemigo.

⁵ En medio del deterioro de las relaciones franco-norteamericanas, Adams, que en 1796 había sustituido a Washington, emuló las tácticas «pacificadoras» de su predecesor en la gestión de la crisis con Inglaterra y envió una delegación negociadora a Francia.

El entonces ministro de Asuntos Exteriores francés Talleyrand se negó a recibir personalmente a los norteamericanos, y delegó la responsabilidad de las negociaciones en unos funcionarios subalternos que exigieron, como condición previa a cualquier negociación, un «préstamo» de 12 millones de francos para Francia, y un «regalo» de 250000 francos para el propio Talleyrand. La delegación norteamericana decidió entonces romper las negociaciones, e informar al presidente Adams de la respuesta que habían recibido de los franceses. El conocido como escándalo XYZ había estallado. (Sobre este incidente diplomático véase P. JONSON, *op. cit.*, pág. 222-224).

naza de una invasión por parte de Francia. Estas medidas se concretaron en una serie de preparativos militares⁶ y en la aprobación de dos leyes de Extranjería (*Alien Acts*),⁷ y de una ley de Sedición (*Sedition Act*) que, entre otras medidas, criminalizaba el disenso político al considerar delictivas la expresión y publicación de escritos «falsos, escandalosos o malintencionados» contra el Gobierno.

La *Sedition Act* partía de las premisas de que, en aquellos momentos de inestabilidad política, cualquier manifestación, ya fuese oral o escrita, que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno, debía ser suprimida para salvaguardar la confianza de los ciudadanos hacía sus instituciones; de que la crítica política debía ser considerada una traición, y los discrepantes, enemigos del Estado. La norma partía, en fin, de las premisas del libelo sedicioso característico de la tradición jurídica del *Common Law* inglés.

Hasta el siglo XVIII el libelo era uno más de los diversos mecanismos existentes en Gran Bretaña a través de los cuales se canalizó la persecución de la disidencia política.⁸ En el siglo XVIII, tras el decaimiento, por diversos factores, del sistema de licencias y censura previa, y su abolición definitiva en abril de 1695, el libelo abandonó el lugar secundario que había desempeñado hasta entonces, y se convirtió, en defecto de otras alternativas más adecuadas, y tras realizarse algunos ajustes en la concepción de la institución, en el instrumento jurídico por excelencia para acallar los comentarios desfavorables al gobierno y proteger de ataques verbales y escritos a quienes ejercían la autoridad gubernativa.⁹

Si bien la precisión de sus orígenes y de los diferentes estadios de su evolución histórica son cuestiones muy controvertidas y nada pacíficas doctrinalmente,¹⁰

⁶ Así, por ejemplo «El Congreso autorizó la creación en 1798 de un departamento de Marina, la reconstrucción de la Armada, que se había deshecho tras la revolución, así como la formación de un ejército de 10000 hombres que servirían durante tres años bajo el mandato de Alexander Hamilton...» (Véase A. BOSCH, *op. cit.*, pág. 68-69).

⁷ La primera de estas leyes -*la Alien Enemies Act*- era una Ley que autorizaba, en casos de guerra declarada con algún país extranjero, el encarcelamiento sin garantías de los nacionales de ese país residentes en los EE. UU. Por otro lado, la segunda de estas leyes, -*la Alien Friends Act*- era una Ley excepcional cuyo periodo de vigencia expiraba el 3 de marzo de 1801 que otorgaba al presidente de los EE. UU. poderes para capturar, encarcelar y deportar a extranjeros procedentes de países con los que los EE. UU. no estuviesen en guerra, si tales extranjeros podían resultaban «peligrosos» para los EE. UU.

⁸ Hasta el siglo XVIII, el instrumento más importante de control y represión de las ideas disidentes era el sistema de licencias y censura previa que, aplicado a través de una serie de órganos como la *Stationers' Company*, la *Court of High Comision*, y la *Star Chamber* permitió una implacable labor de represión de cualquier idea disidente. Además de este sistema del *prior restraint* («Instrumento que hacía que la publicación de un libro o de una revista fuese ilegal a no ser que hubiese sido previamente autorizada por el gobierno». Véase K. HALL (edit.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, New York, 1992) existían, aunque con mucha menor importancia práctica, otros instrumentos de control de las opiniones. Tales mecanismos de control eran el *Law of Treason*, el *Heresy Law*, el *Scandalum Magnatum*, y el libelo. (Una explicación de los rasgos caracterizadores de estas instituciones puede verse en P. HAMBURGER, *op. cit.*, pág. 666-670, y en la bibliografía española M. N. SALDAÑA DÍAZ, «*A Legacy of Supresion: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII*», *op. cit.*, pág. 181-183).

⁹ Véase E. H. HUDON, *Freedom of the Press in the U.S.*, Washington, 1963, pág. 85.

¹⁰ Así los orígenes del libelo sediciosos se han situado en el Derecho Romano, en las prácticas judiciales de los Tribunales del *Common Law*, o en la doctrina emanada del Tribunal de la *Star Chamber*. (Véase M. N. SALDAÑA DÍAZ, «*A Legacy of Supresion: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII*», *op. cit.*, págs. 205-206 con numerosas citas y remisiones a la bibliografía anglosajona más relevante sobre el problema).

parece ser mayoritario el considerar las causas *De Libellis Famosis* (1606), y *Queen v. Tutchin* (1704) como dos hitos de especial trascendencia en la evolución de la institución.

En la primera de estas dos causas –*De Libellis Famosis* (1606)¹¹ se comenzó a hablar del *libel of magistrates* –libelo dirigido contra personalidades y cargos públicos– como un supuesto específico de libelo criminal y diferenciado del *libel of private persons*, justificándose su autonomía conceptual en que a través del mismo no solo se causaban alteraciones en el orden público –como también sucedía con los *libels of private persons*–, sino que también se menoscababa la reputación del Estado. La importancia de la causa *Queen v. Tutchin* (1704)¹² en la evolución histórica del libelo sedicioso radica, por su parte, en que en este asunto se elimina la restricción, vigente durante todo el siglo XVII, de que para que la figura delictiva resultase aplicable, las opiniones críticas debían necesariamente dirigirse a los individuos titulares de las instituciones, y no a las instituciones en sí mismas consideradas.¹³ Con ello se amplió el ámbito de aplicación del antiguo *libel of magistrates*, aumentando el número de supuestos subsumibles en la figura delictiva.

Desde una perspectiva contemporánea no resulta en modo alguno exagerado calificar la institución del libelo sedicioso como «la máscara jurídica de una represión política».¹⁴ Un mero repaso a la aplicación de la figura muestra con claridad como esta fue un eficaz instrumento de perpetuación del poder a través del cual se criminalizó cualquier vestigio de oposición política y se transformó el mero disenso en herejía política. Sin embargo, desde la perspectiva ideológica existente en el momento de su formulación, la calificación que recibe la figura del libelo sedicioso es bien distinta. Desde esta óptica, las ideas que cuestionan el orden establecido (ya sea este moral, religioso, y sobre todo político) son vistas como criminales elementos de agitación y de desestabilización para cuya represión se encuentra plenamente habilitado el titular de la soberanía.¹⁵ Con ello, se excluye radicalmente cualquier posibilidad de crítica o disidencia por parte de los particulares,¹⁶ cuya hipotética participación en un, igualmente hi-

¹¹ 77 Eng. Rep., 250.

¹² 90 Eng. Rep., 1134.

¹³ Utilizando el ejemplo propuesto por P. HAMBURGER, antes del asunto *Queen v. Hutchin* entrarían dentro del ámbito de aplicación del *libel of magistrates* las críticas a los jueces de *Westminster*, pero no las dirigidas al sistema judicial en general. (Véase P. HAMBURGER, *op. cit.*, pág. 700).

¹⁴ Véase J. KOFFLER & B. GERSHMAN, «The New Seditious Libel», *Cornell Law Review*, n.º 69, 1984, pág. 816.

¹⁵ Un estudio, dentro de la bibliografía española, sobre las distintas construcciones doctrinales acerca de la soberanía, existentes en Gran Bretaña durante este periodo puede verse en J. VARELA SUANZES-CARPEGNA «La soberanía en la doctrina británica. (De Bracton a Dicey)», *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1, 1998, pág. 87 y ss.

¹⁶ Todas las concepciones de la soberanía existentes en Gran Bretaña durante los siglos XVII y XVIII excluyen, de modo directo o implícito, la posibilidad de que los individuos puedan deliberar directamente en los asuntos públicos, y mostrarse críticos con sus gobernantes. Así, por ejemplo, para W. Blackstone la única función que tenía encomendada el pueblo era «elegir a sus representantes» (Véase J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *op. cit.*, pág. 132).

potético, debate público es contemplada como una desestabilización de la paz y el orden públicos.¹⁷

El libelo sedicioso parece, pues, una institución indisoluble y necesariamente asociada a determinados modelos y regímenes políticos que parten de premisas conceptuales que podríamos denominar no democráticas, pareciendo, en cambio, dificultoso su encaje en un sistema democrático como el establecido por la Constitución norteamericana. Más adelante tendrá ocasión de verse cómo intentarán sortear los federalistas esta aparente contradicción teórica al defender la constitucionalidad de la *Sedition Act*. Pero antes de abordar este aspecto, debe exponerse el particular modo en que el libelo sedicioso es recogido en esta ley.

3. El libelo sedicioso en la *Sedition Act*

En su redacción definitiva¹⁸ la *Sedition Act* se dividía en 4 secciones, siendo en las secciones segunda y tercera en las que se contenía la regulación de la figura delictiva del libelo sedicioso.¹⁹

El marco básico de esa regulación se contenía en la sección segunda de la ley en la que se prevenía que se castigase, con multa no superior a 2000 dólares y con pena de prisión no superior a dos años: «la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el gobierno, contra el Congreso o contra el presidente de los EE. UU. con

¹⁷ Esto es plenamente visible en la fundamentación que W. BLACKSTONE hace del libelo sedicioso en sus célebres *Comentarios a las leyes de Inglaterra (1765-1769)* al afirmar que «...castigar -como el Derecho en la actualidad hace- los escritos peligrosos u ofensivos cuando, una vez publicados y tras un proceso imparcial y justo, se considere que tienen una tendencia pernicioso, es necesario para la preservación de la paz y del buen orden, del Estado y de la religión; los únicos fundamentos sólidos de la libertad civil...». Véase W. BLACKSTONE *Commentaries on the Laws of England*, William S. Hein & Co, New York, 1992, vol. IV, pág. 152.

¹⁸ Como es de esperar en un texto de esta complejidad política, la *Sedition Act* fue objeto de numerosas enmiendas antes de su aprobación definitiva cuyo análisis sobrepasa las pretensiones de este trabajo. No obstante, sirvan como muestra de ese debate dos iniciativas. La propuesta -finalmente rechazada por ser demasiado «extrema»- de considerar «sediciosa» la afirmación de que los representantes políticos de los norteamericanos aprobaban leyes contrarias a los intereses del pueblo y restrictivas de sus derechos y libertades. También, la igualmente abortada propuesta planteada por Harper, de introducir una cláusula que declarase que nada de lo establecido por la ley era contrario a la garantía que para la libertad de expresión y de prensa contiene la Constitución de los EE. UU. La mayoría de los congresistas consideró que esta idea de Harper debía rechazarse porque la introducción de una fórmula de esta naturaleza aumentaría -en lugar de disipar- las dudas que sobre la constitucionalidad de la ley pudieran plantearse. Para un estudio más pormenorizado de estos trabajos preparatorios de la *Sedition Act* puede verse el interesante estudio de J. M. SMITH, *Freedom's Fetters, The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, Cornell University Press, Nueva York, 1956.

¹⁹ En la Sección Primera se castigaban con multa no superior a 5000 dólares y con pena de prisión de entre 6 meses y 5 años una serie de conductas que podemos reconducir al concepto general de «participación en motines y actos de insurrección». El contenido de esta parte de la ley era aceptado por los representantes del partido republicano y apenas se hizo mención de la misma durante los debates parlamentarios previos a la aprobación de la ley. Por su parte, en la Sección Cuarta, se establecía el ámbito de aplicación temporal de la ley, aclarándose que la *Sedition Act* estaría en vigor hasta -y únicamente hasta- el 3 de marzo de 1801, fecha que coincidía con el último día del mandato del presidente Adams.

la intención de difamarlos, de provocarles desacato o mala reputación, o de instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los EE. UU., o de provocar “sediación” dentro de los EE. UU. o de promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o de apoyar los planes de potencias extranjeras contra los EE. UU.».

Por su parte, en la sección tercera se aclaraban y concretaban determinados aspectos procesales referidos a la figura delictiva contenida en la sección anterior.²⁰

Al incorporar de este modo el libelo sedicioso al derecho norteamericano,²¹ el legislador estadounidense introdujo algunos cambios de cierta importancia en la articulación técnica de la figura respecto a los que habían sido sus elementos caracterizadores en Gran Bretaña.²² Cambios, que a la postre, como veremos, resultarían ser más formales que reales y que apenas tuvieron incidencia en la interpretación y aplicación judicial de la *Sedition Act*.

Tres fueron las grandes variaciones introducidas por la *Sedition Act* respecto a la configuración técnica tradicional del libelo sedicioso; la posibilidad de alegar «la verdad» de lo expresado o publicado como medio de defensa; la configuración de la intención sediciosa como un requisito o elemento del delito; y el papel asignado al jurado en el conocimiento de este tipo de causas.

La posibilidad de alegar y demostrar la verdad de lo publicado o expresado como medio de defensa no fue posible en el derecho inglés hasta su tardía intro-

²⁰ Así, se admitía expresamente la demostración de la verdad de lo escrito o publicado (*exceptio veritatis*) como mecanismo de defensa frente a la eventual imputación de haber escrito o publicado un libelo, de modo que podían cometerse las conductas típicas que estaban en la base de la definición de la figura delictiva, y no derivarse de ello responsabilidad penal si el infractor acreditaba «la verdad» de lo escrito o publicado.

De igual modo, también se precisaba cuál era el papel a desempeñar por el jurado cuando conociera de estas causas de libelo sedicioso aclarándose que «el jurado tendrá el derecho a determinar el derecho y los hechos bajo la dirección del Tribunal, como sucede en otros casos».

²¹ Existe una amplia bibliografía sobre esta incorporación de la figura del libelo sedicioso *del Common Law* al derecho norteamericano. En la redacción de este trabajo se ha utilizado, sobre todo, los estudios de A. J. KOSHNER, «The founding fathers and political speech: The first amendment, the press and the Sedition Act of 1798», *Saint Louis University Public Law Review*, n.º 6, 1987, págs. 395 y ss. Y, sobre todo, de D. JENKINS «The Sedition Act of 1798 and the incorporation of Seditious Libel into First Amendment Jurisprudence», *American Journal Legal History*, n.º 45, 2001, pág. 154 y ss.

²² Entre las causas que inspiraron a los redactores de la *Sedition Act* para introducir esas variaciones, y ese cierto espíritu de alejamiento respecto al modelo tradicional británico, parece haber tenido mucha importancia el influjo que en la América colonial tuvo la ideología republicana y *Whig* de principios del siglo XVIII. Esta influencia fue plenamente visible, por ejemplo, en la argumentación que el famoso abogado cuáquero Andrew Hamilton hizo en uno de los asuntos más trascendentes de la época -*la Causa Zenger (1735)*- En esta causa, Hamilton ya aludió a la necesidad de que se permitiese a su defendido demostrar la «verdad» de lo publicado y que el jurado pudiese enjuiciar el carácter sedicioso que se atribuía al libelo. Sobre el influjo de estas corrientes intelectuales en la América colonial y prerrevolucionaria véase B. BAYLIN *The ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1967, pág. 34 y ss.; Sobre la situación de la libertad de expresión y de prensa en la América prerrevolucionaria véanse los trabajos de L. LEVY *Emergence of a free Press*, Oxford University Press, New York, 1985, pág. 16-62, y 119-142, y *Freedom of the Press from Zenger to Jefferson*, Carolina Academic Press, Durham, 1996, y - en la bibliografía española M. N. SALDAÑA DÍAZ «A Legacy of Supresión (II): Del Control de la información y opinión en la América colonial y prerrevolucionaria. La emergencia de la libertad de prensa», *Derecho y Conocimiento*, vol. 3, 2004-2005, pág. 1 y ss.

ducción a través de la *Campbell Act* en 1843. La razón tradicionalmente esgrimida para no introducir esta excepción era que aquello que pretendía ser castigado a través del delito de libelo sedicioso no era la falsedad de lo publicado o expresado, sino el hecho de que tales expresiones o publicaciones pudiesen alterar la paz y orden públicos.²³ Más aún, incluso en algunos casos llegó a sostenerse la tesis de que el carácter verídico de las publicaciones críticas con el gobierno lejos de funcionar como atenuante de la responsabilidad penal de su autor, debía ser configurado como un agravante, por cuanto el peligro para el mantenimiento del orden público que tales publicaciones causaban era mayor que el de aquellas notoriamente falsas.²⁴

La *Sedition Act* al establecer, en cambio, la posibilidad de que el acusado de haber cometido un libelo sedicioso quedase exonerado de su eventual responsabilidad penal mediante la prueba de la verdad de las afirmaciones contenidas en su publicación alteraba sustancialmente la comprensión tradicional de la institución. Y es que a través de la *exceptio veritatis* solo pasaban a tener la consideración de sediciosas, aquellas opiniones críticas pero falsas, o mejor dicho cuya verdad no hubiera podido demostrarse totalmente.²⁵ Mientras que, *a sensu contrario*, las opiniones cuya «verdad» hubiera quedado acreditada, aunque fueran críticas, quedaban excluidas de sanción penal. El alcance real de este cambio, será, en todo caso, como tendrá ocasión de comprobarse, mucho menor de lo que en un principio pudiese parecer.

El segundo de los aspectos en los que la *Sedition Act* introducía innovaciones, respecto a la configuración que se había hecho en el *Common Law* del libelo sedicioso, se refería a la *mens rea*²⁶ requerida en el autor del libelo para que existiese el delito. La exigencia expresa de un *specific intent*²⁷ en el autor de «las expresiones o escritos falsos, escandalosos o maliciosos» introducida por la *Sedition Act* supuso una novedad, respecto al tratamiento que había recibido la cuestión en el *Common Law*,²⁸ y que en la práctica avocaba a una definición objetivista del libelo sedicioso en la que la mera constatación de la naturaleza o carácter sedicioso de lo publicado o expresado agotaba la exigencia de los elementos definidores del tipo penal. Frente a esa tradición, de la redacción del tipo penal introducida por la *Sedition*

²³ Véase W. BLACKSTONE, *op. cit.* (vol. IV) pág. 150.

²⁴ Véase G. STONE *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, Norton, New York, 2004, pág. 42.

²⁵ Este matiz es importante porque la carga de la prueba no corresponde en este caso, como es habitual en el Derecho Penal, al que afirma la culpabilidad sino al que defiende su inocencia.

²⁶ Por *mens rea* se entiende en el Derecho Penal anglosajón al «estado mental que acompaña a la realización de un acto prohibido» al que se denomina *actus reus* (Véase S. GIFIS, *Law Dictionary*, Barrons Legal Studies, New York, 3.ª edic., 1991, pág. 296.

²⁷ Obsérvese que la *Sedition Act* no exige solamente que la realización o la publicación del libelo haya sido consciente y voluntaria –lo que en el Derecho Penal anglosajón se denominaría *general intent*–, sino una intencionalidad más específica de lograr un objetivo concreto (Los escritos «falsos, escandalosos o maliciosos» deben tener «la intención» de difamar, de provocar desacato o mala reputación, de provocar «sedición», etcétera).

La distinción entre *general* y *specific intent* es muy habitual en la teoría penal anglosajona, pero a veces resulta confusa por cuanto los términos se utilizan con más de un sentido. Sobre los significados posibles de *general* y *specific intent* véase G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, págs. 453 y 454.

²⁸ Sobre este tratamiento ambiguo véase, entre otros, P. HAMBURGER, *op. cit.*, págs. 703-708.

Act se derivaba que la naturaleza o carácter sedicioso de lo expresado o publicado era condición necesaria, pero no suficiente del delito, condicionándose además la existencia del libelo sedicioso a la verificación previa de una intencionalidad sediciosa en su autor.²⁹

Por último, con la afirmación de que «el jurado que conozca de estas causas será competente para determinar los aspectos de derecho y los fácticos bajo la dirección del Tribunal, como en otros casos» -contenida en la sección tercera de la ley-, se abrió el camino para que fuera el jurado, y no el Tribunal, el que pudiera valorar la naturaleza o carácter sedicioso de lo publicado o expresado y para que, por tanto, no se le atribuyera únicamente el conocimiento de unos hechos sino, también, la decisión sobre su tipificación penal.³⁰ Con ello, se alteraba la tradición existente en el *Common Law* inglés en la materia,³¹ y se introducía lo que se consideraba una legitimación democrática en la regulación de la institución, al atribuir la competencia para definir qué debía considerarse sedicioso y qué no, directamente al «pueblo», y no a uno de los poderes del Estado.

Sin embargo, todas estas innovaciones fueron mucho menos importantes en la práctica de lo que su definición teórica parecía dar a entender, y de ese modo, un examen de la interpretación y aplicación judicial de la *Sedition Act*³² muestra

²⁹ Véase T. F. CARROLL, «Freedom of speech and of the press in the federalist period: The Sedition Act», *Michigan Law Review*, 1919, pág. 641

³⁰ Confirma esta explicación el análisis que sobre este tema hace el representante del partido republicano Gallatin, cuando afirma que «es un principio del Derecho que un jurado en las causas criminales juzgue no solo los hechos sino la criminalidad de los mismos. De modo que, en un juicio por asesinato el jurado en su veredicto no solo declara que A ha matado a B, sino si esa conducta es criminal y en qué grado.... Siguiendo con el mismo principio, es evidente que en las causas por libelo el jurado no solo debería tener el derecho de decidir acerca de si el acusado era su autor o editor sino también acerca de si tal publicación era criminal o no; si era libelo o no». (Véase *Annals*, 5th Congress, II, 2137).

³¹ En Inglaterra se reservaba al jurado la mera constatación fáctica de que el acusado había sido el autor de las expresiones o publicaciones que se enjuiciaban, mientras que el carácter sedicioso de las mismas se consideraba una «cuestión de derecho» y que, por tanto, debía ser resuelta por el Tribunal.

³² No se sabe con certeza en cuántas ocasiones se aplicó la *Sedition Act*. F. M. ANDERSON afirma que bajo tal legislación fueron detenidas 24 o 25 personas, de las cuales fueron acusadas 15, y que las 10 que fueron juzgadas, fueron finalmente declaradas culpables (Véase F. M. ANDERSON «The enforcement of the Alien and sedition laws», *Annual Report of the American Historical Association*, 1912, pág. 120).

De todos los procesos los más importantes tuvieron como encausados a relevantes personalidades del momento como, Mathew Lyon, Anthony Haswell, Thomas Cooper y James Callender.

El político republicano Matthew Lyon, por ejemplo, fue la primera persona acusada bajo la *Sedition Act*. Lyon era un político visceral que había protagonizado acaloradísimas discusiones parlamentarias debido a las cuales se había granjeado una pésima reputación en los periódicos federalistas. Cuando se aprobó la *Sedition Act*, Lyon afirmó: «Sin duda, yo seré uno de los primeros a los que se aplique esta Ley». Sus pronósticos se cumplieron y el 7 de octubre de 1798 comenzó el juicio en que se le acusaba de haber difamado al presidente y al gobierno de los EE. UU. con un propósito sedicioso. El motivo concreto de la acusación fue una carta en la que Lyon decía del presidente Adams que «no tenía en cuenta ninguna consideración de interés público en su continua ambición de poder, en su inextinguible sed de pompa ridícula, de adulación necia y de avaricia egoísta»

Anthony Haswell, director de un influyente periódico del momento, el *Vermont Gazette*, fue juzgado bajo la *Sedition Act*, tras haberse encargado de organizar una colecta popular dirigida a pagar la multa que se le había impuesto a Lyon. Haswell utilizó su periódico para anunciar la colecta y para

que su aparente especificidad respecto a los modelos y antecedentes británicos fue más formal que material y en definitiva, más virtual que real.

Respecto a la posibilidad de alegar la verdad de lo expresado o publicado como medio de defensa, las causas de su falta de operatividad práctica están relacionadas, por un lado, con el problema teórico de si las opiniones políticas –que, en definitiva, es lo que se está castigando a través de este delito– pueden ser «verdaderas» o «falsas» y, en su caso, cómo puede demostrarse en un proceso esa «verdad»,³³ y por otro, con la rigurosa interpretación que los Tribunales hicieron de la excepción. Así, en el *caso Cooper* se afirmó que no bastaba con demostrar «la verdad» de parte de lo afirmado en el libelo para desvirtuar la acusación sino que era preciso demostrar «la verdad» de todas y cada una de las afirmaciones efectuadas.³⁴ Y en el *caso Callender*, por su parte, se estableció la regla de que, cuando se hiciese uso de la prueba testifical para apoyar la verdad de lo publicado o expresado, no podrían utilizarse diferentes testigos para demostrar las diferentes

explicar sus motivaciones en un artículo, en que afirmaba que «la mano opresiva del poder usurpado tiene a vuestro representante (Mathew Lyon) en una odiosa prisión, privado casi del derecho de la razón y sufriendo todas cuantas indignidades puede acumular sobre él un salvaje de pétreo corazón que, para desgracia del federalismo, ha sido elevado a un puesto desde el que puede saciar su barbarie en la miseria de sus víctimas». Por tales afirmaciones Haswell fue enjuiciado bajo la *Sediton Act*, y condenado a una multa de 200 dólares, y 2 meses de prisión. Por su parte, Thomas Cooper era el director de un periódico de Pennsylvania –el *Northumberland Gazzete*– que en 1799 se había convertido en uno de los diarios norteamericanos más críticos con el gobierno federalista de Adams. El 26 de octubre de 1799, en un periódico republicano se difundió el rumor de que la animadversión política que Cooper mostraba a través de su periódico hacia el gobierno de Adams podía deberse a un rencor personal, motivado porque dos años antes Cooper había pedido –sin éxito– la recomendación de Adams para conseguir un trabajo en la Administración. Cooper quiso entonces dar una explicación a sus lectores y publicó un artículo en su periódico en el que explicaba que: «No considero impropio hacer una petición al Sr. Adams para trabajar en su Administración. En el tiempo en que el Sr. Adams accedió a su cargo estaba apenas en la infancia del error político, los mismos que dudaban de su capacidad le creían bienintencionado. No llevábamos todavía a costas el gasto de una armada permanente ni estábamos amenazados con la creación, bajo sus auspicios, de un ejército también permanente. Nuestro crédito no había llegado a ser tan extremo como para tomar dinero prestado a un interés del ocho por ciento en tiempos de paz...». Las afirmaciones contenidas en esta Carta hicieron que se le juzgase bajo la *Sediton Act* y que, finalmente, se le condenase a una pena de prisión de 6 meses y a abonar una multa de 400 dólares.

Por último, en el caso de James Callender, su procesamiento bajo la *Sediton Act* vino motivado por la publicación de su libro *The prospect before us (Lo que nos espera)*. Se trataba de un libro de contenido claramente electoral, en el que se desacreditaba al presidente Adams, y en el que se pedía el voto para Jefferson en las próximas elecciones como única solución para frenar la grave decadencia en que a su juicio el Gobierno federalista había sumido a los EE. UU. Con tal propósito se afirmaba entre otras cosas que Adams era «un aristócrata declarado que había resultado leal servidor de los intereses británicos». Por esas afirmaciones, James Callender fue declarado culpable y condenado a una pena de prisión de 9 meses, y a una multa de 200 dólares. (Un relato más pormenorizado de todos estos procesos puede verse, entre otros, en G. STONE, *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, *op. cit.*, pág. 48-63).

³³ Este problema fue puesto de relieve –entre otros– por Madison, quien afirmó que «las opiniones, las inferencias, las observaciones conjeturales no pueden estar sujetas a la clase de prueba que se exige a los hechos ante un tribunal». (Véase J. MADISON, *Writings of James Madison*, vol. VI, Putnam, New York, 1906, pág. 396. En el mismo sentido, y entre la doctrina, véase F. M. ANDERSON, *op. cit.*, pág. 126.

³⁴ *Cooper case*, en F. WHARTON, *State Trials during the Administration of Washington and Adams*, Cary and Hart, Filadelfia, 1849, págs. 676-677.

afirmaciones sino que la desvirtuación de la acusación de libelo debía llevarse a cabo con un único testigo.³⁵

Por su parte, el requisito de la intencionalidad sediciosa en el autor del libelo y la posibilidad de que el jurado decidiese no solo sobre el elemento fáctico de la autoría del libelo, sino también sobre el elemento jurídico de su «carácter sedicioso» (y por ende «criminal»), también se difuminaron en la aplicación judicial de la ley. La causa de esta desvirtuación fue la misma en ambos casos; las minuciosas y rigurosas instrucciones que el Tribunal dirigía al jurado en las causas por sedición.³⁶ Por un lado, esas instrucciones contenían una aplicación automática del elemento subjetivo de «la intencionalidad sediciosa», afirmándose su concurrencia en el caso siempre que el elemento objetivo de «la naturaleza o carácter sedicioso» de lo publicado y expresado estuviera presente. Por otro, con dichas instrucciones, el Tribunal invadía materialmente las esferas de decisión que, en principio, la ley reservaba formalmente al jurado, el cual, de este modo más que a determinar el carácter criminal o no del libelo, quedaba limitado a corroborar o legitimar los juicios que en relación al mismo había emitido previamente el Tribunal.

La importancia de las innovaciones introducidas por la *Sedition Act* en la concepción del libelo sedicioso es, por todo ello, claramente moderada. Aunque es visible observar en el espíritu de esas innovaciones un esfuerzo por modernizar la institución, no se produce, en modo alguno, una ruptura con las premisas conceptuales de partida del libelo sedicioso. Al contrario, la *Sedition Act* no es más que otro hito en la larga historia de la evolución de esta figura delictiva. Si, además, la aplicación judicial de la ley diluyó –del modo que hemos visto– la repercusión práctica de esos cambios, la conclusión anterior es aún más evidente. Con ello, la gran trascendencia de la *Sedition Act* no se encuentra en su regulación ni en su aplicación judicial, sino en el debate político³⁷ que se generó entorno a su constitucionalidad. Un debate, en el que además de discutirse los límites competenciales tanto del poder federal, como del de los Estados, se polemizó sobre qué quería

³⁵ *Callender case*, en F.WHARTON, *op. cit.*, pág. 707.

³⁶ Un ejemplo puede verse en las instrucciones que el juez Chase dirigió al jurado en el Caso Cooper al afirmar «...Se ha probado que esa era su publicación (del acusado). Es vuestra tarea asociar la intencionalidad con ella, y verlo todo en conjunto... Tomad esa publicación por cualquiera de sus partes, y es la más descartada tentativa que he conocido para envenenar los pensamientos de la gente...» (*Cooper case*, en F.WHARTON, *op. cit.*, pág. 671).

³⁷ El debate en torno a la constitucionalidad de la *Sedition Act* fue eminentemente político, y no jurisprudencial. En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la *Sedition Act* durante su vigencia. Sin embargo, de haberlo hecho, seguramente habría confirmado su constitucionalidad. Avala esta tesis, en primer lugar, el hecho de que la mayoría de jueces que componían el Tribunal durante este periodo fuesen «federalistas», y en segundo lugar los pronunciamientos favorables e incluso elogiosos que sobre la ley hicieron varios magistrados de manera indirecta y a título individual.

Así los jueces Chase y Patterson que tuvieron que presidir el Tribunal en cuatro de las causas en que se aplicó la *Sedition Act* mostraron en estos procesos una clarísima actitud de apoyo hacia tal legislación. Los magistrados Cushin, en una instrucción dada al Gran Jurado de Virginia el 23 de septiembre de 1798, e Iredell en una instrucción dada al gran jurado de Filadelfia el 11 de abril de 1799, defendieron la *Sedition Act* como «una mejora de la ley inglesa». El magistrado Ellsworth, por su parte, se mostraba elogioso con el contenido de la ley en su correspondencia privada con Timothy Pickering, secretario de Guerra del gobierno Adams, en aquella época. (Véase en ese sentido E. H. HUDON, *op. cit.* pág. 85).

decir exactamente aquella cláusula de la Constitución que prohibía al Congreso federal aprobar cualquier norma que restringiese o coartase la libertad de expresión y de prensa: la Primera Enmienda.³⁸

4. El debate acerca de la constitucionalidad de la *Sedition Act*

4.1. *La titularidad de la competencia para regular el libelo sedicioso*

Además de por vulnerar la Primera Enmienda, los republicanos también sostuvieron que la *Sedition Act* era una norma inconstitucional por cuanto, había sido aprobada por un órgano –el Congreso federal– sin competencia para hacerlo.

En principio, ninguna cláusula de la Constitución de los EE. UU. atribuía expresamente competencia a los poderes federales para legislar sobre cuestiones relacionadas con «la prensa» y únicamente la cláusula *proper and necessary* contenida en el art. I, Sección 8, párrafo 18 de la Constitución de los EE. UU.³⁹ podía ser esgrimido como título competencial de carácter normativo capaz de atribuir al Gobierno federal competencias para regular, en algunos casos, aspectos relacionados con la prensa. La cuestión estribaba, pues, en determinar a) si la federación solo era titular de las competencias que la Constitución le había atribuido expresamente o si, de modo distinto, se la podía considerar titular de determinadas competencias que aunque no mencionadas expresamente en el texto podían deducirse de una lectura sistemática y global del mismo, y b) si a través de la cláusula *proper and necessary*, el Congreso federal podía investirse de la capacidad para adoptar una norma con el contenido de la *Sedition Act*.

Fue precisamente en relación a estos dos aspectos donde surgieron las interpretaciones divergentes que de la cuestión hicieron los republicanos y los federalistas.

A) La postura republicana

Conscientes de su minoría en el Congreso, los líderes republicanos Jefferson y Madison trataron de aprovechar su mayoría en las Cámaras legislativas de algunos de los Estados de la Unión para presionar al Gobierno federal a retirar la ley, convirtiendo a los Estados –por utilizar la gráfica expresión de J. R. Sharp⁴⁰ en «los bastiones de resistencia frente a la represión proveniente de la legislación federal».

Así, las legislaturas de Kentucky y de Virginia aprobaron el 10 de noviembre de 1798 y el 21 de diciembre de 1798, respectivamente, sendas Resoluciones en

³⁸ Véase J. M. SMITH, *op. cit.*, pág. 148.

³⁹ Dicha cláusula atribuye al «Congreso» (es decir al poder legislativo federal) una competencia genérica para aprobar leyes sobre materias en principio no federales siempre y cuando su aprobación resulte necesaria (*necessary*) y apropiada (*proper*), o sea adecuada y proporcionada para el ejercicio y la ejecución de las competencias que si son expresamente atribuidas a la federación.

⁴⁰ Véase J. R. SHARP, *American Politics in the Early Republic: The new Nation in Crisis*, Yale University Press, New Haven, 1993, pág. 193.

que se calificaba como inconstitucional a la *Sedition Act*, y se instaba al resto de Estados a unirse a su rechazo a esta inadmisibles legislaciones federal.⁴¹

La tesis sostenida por los republicanos, claramente visible en estas resoluciones, se basaba, en primer lugar, en una negación de la existencia de poderes implícitos en manos de la federación y, en segundo lugar, en una interpretación restrictiva de los supuestos a los que debía aplicarse la cláusula *proper and necessary*.

Según los republicanos, la federación no era titular de más competencias que las que le atribuía expresamente la Constitución, debiendo rechazarse categóricamente y rotundamente la hipótesis de la existencia de unos poderes implícitos de deducción sistemática por cuanto aceptar tal teoría crearía una gran inseguridad jurídica ante la dificultad de determinar cuáles eran esas competencias implícitas y cuál era el órgano competente para hacerlas explícitas. En cuanto a la cláusula *proper and necessary* no podía servir en ningún caso para atribuir nuevas competencias a la federación. Tal interpretación resultaba obligatoria si se quería evitar un desmantelamiento de los principios jurídicos de funcionamiento más elementales en que se basaba la Unión federal, ya que, si no se acotaban de manera rigurosa los supuestos en los cuales dicha previsión pudiera resultar de aplicación, el sistema de competencias tasadas que los Estados habían atribuido a la federación quedaría totalmente desvirtuado, al convertirse la cláusula *proper and necessary* en un título competencial en blanco en manos de la federación.

De ese modo, el razonamiento «republicano» acababa por concluir que la federación tenía competencia sobre una determinada materia 1.º) cuando la Constitución realizaba una atribución expresa en ese sentido y 2.º) cuando a pesar de no haber esa atribución expresa, pudiese resultar de aplicación la cláusula *proper and necessary*, debiendo en esos casos identificarse cuál era la competencia atribuida expresamente que se estaba ejercitando y verificar después si para la ejecución de la misma resultaba necesario (*necessary*) y apropiado (*proper*) –o sea adecuado y proporcionado– adoptar medidas legislativas referidas a competencias no atribuidas expresamente a la Unión.

Aplicada esa hermenéutica general a la *Sedition Act*, resultaba claro que la Constitución no atribuía expresamente ninguna competencia al Congreso federal en materia de prensa y que la cláusula *proper and necessary* no podía resultar de aplicación en este caso. A tal conclusión habría que llegar –según los republicanos– a poco que se pensase en cuál era la competencia que el Congreso federal estaba ejercitando al aprobar la *Sedition Act*, y la relación entre la ejecución de esa competencia y la restricción de la libertad de palabra y de prensa que acababa implicando el libelo sedicioso.

En otro de los documentos que nos proporcionan una información más precisa de la postura republicana frente a la *Sedition Act*, el *Informe presentado a la Cámara legislativa de Virginia en 1799 sobre la Sedition Act*, Madison explicará muy bien esta tesis al afirmar que el poder menos remoto (que se puede

⁴¹ A pesar de ese llamamiento expreso ningún otro Estado apoyó la iniciativa de Kentucky y de Virginia, y lejos de apoyarla diez Estados se mostraron muy críticos y disconformes. Así la Cámara de Maryland la consideró «altamente inapropiada», y la Cámara de Vermont censuró que se estuviese usurpando una función (la de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes) de los Tribunales.

entender que el Congreso está ejercitando al aprobar la *Sedition Act*) es seguramente el de «suprimir insurrecciones» (*supress insurrections*),⁴² y que dentro de tal poder seguramente también debería considerarse incluido la competencia para «prevenir» las insurrecciones castigando a sus líderes o a sus participantes, pero que lo que no es tan seguro es que una regulación sobre la prensa, y la criminalización de los libelos, sean ejercicios de ese poder de «suprimir insurrecciones». Lo más que podría admitirse –continúa explicando Madison– es que cuando se convierte en delito la publicación de esos libelos –suponiendo que estos tuvieran el carácter que se les atribuye– se está previniendo la necesidad de tener que aprobar leyes para suprimir insurrecciones, pero este supuesto parece muy lejos de poder ser incluido dentro de los casos en que puede ser aplicada la cláusula *proper and necessary*.⁴³

La conclusión de todo ello para los republicanos no podrá ser otra más que entender que el Congreso federal no es competente para aprobar una norma que regule las materias de las que se ocupa la *Sedition Act* y que por ello es inconstitucional.

B) La postura federalista

Los federalistas –a diferencia de los republicanos– defenderán en primer lugar la teoría de los poderes implícitos, y, en segundo lugar, una aplicación menos restrictiva de la cláusula *proper and necessary*.

Según ellos, la Constitución atribuía expresamente unas competencias a la Federación, pero además de ese grupo de competencias «explícitas» habría otro grupo de competencias «implícitas» claramente deducibles de una lectura global del texto constitucional, y de una interpretación teleológica del mismo. Entre ese grupo de «poderes implícitos» (y relacionado con los presupuestos mismos de la soberanía) se encontraría por ejemplo el «derecho de auto-conservación» (*right of self preservation*) en el que algunos –como el juez Chase–⁴⁴ consideraban podría fundamentarse la legitimación competencial del Congreso federal para castigar la publicación de libelos sediciosos.

Por otra parte, y a diferencia de la restrictiva visión que los republicanos mostraban de los supuestos a los que debía aplicarse la cláusula *proper and necessary*, los federalistas no mostraron ningún recelo a que a través de esa cláusula la federación pudiese acceder a competencias en principio no reservadas para ella. Un ejemplo tremendamente expresivo de las opiniones de los federalistas hacia esa cláusula, la mostró el juez Iredell al afirmar en el caso de *los insurgentes de Northampton* que «lo que sea necesario y adecuado en relación

⁴² La titularidad de tal competencia se atribuye a la Federación en el art. I, Sección 8, parágrafo 15 de la Constitución de los EE. UU.

⁴³ Véase J. MADISON, *op. cit.*, pág. 383-384.

⁴⁴ «... Todos los Estados sobre los que yo he leído u oído hablar castigan los libelos que les atacan. Si un hombre trata de destruir la confianza del pueblo en sus representantes, sus supremos magistrados, o sus Cámaras legislativas, ese hombre está debilitando los fundamentos del Estado...» (véase *Cooper Case*, en F. WHARTON, *op. cit.*, pág. 670-671).

a un particular asunto no puede ser lógicamente predefinido, sino que debe depender de las variadas circunstancias del caso, las cuales ningún humano puede prever. Lo que sea necesario y adecuado en un tiempo de confusión y de desorden no tiene por qué ser necesario y adecuado en un tiempo de tranquilidad y de orden. Todo esto son consideraciones y juicios jurídicos que el poder legislativo debe hacer de acuerdo con su real consideración de la necesidad y proporcionalidad de cada acto concreto».⁴⁵

Para los federalistas queda claro entonces que el Congreso Federal, ya fuera a través de la afirmación de la existencia de poderes implícitos de deducción lógica o teleológica, ya fuera en virtud de la cláusula *proper and necessary*, tenía competencia para aprobar la *Sedition Act*, careciendo por ello de todo fundamento cuestionar la constitucionalidad de la ley por este motivo.

4.2. La Primera Enmienda y la constitucionalidad del libelo sedicioso

¿Qué habrían querido decir los *Founding Fathers* –los Padres Fundadores– al establecer que «El Congreso... no aprobará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa»?⁴⁶ ¿Era el libelo sedicioso inconstitucional en virtud de la Primera Enmienda? ¿Es el libelo sedicioso incompatible con la noción misma de democracia?

Desde una perspectiva contemporánea, es un hecho indiscutido que la facultad de los particulares de poder emitir expresiones críticas o desfavorables respecto al Gobierno, sin sufrir por ello la acción coactiva y represiva del poder público forma parte del contenido de la libertad de expresión y de prensa y es un presu-

⁴⁵ Véase *Northampton insurgents Case*, en F. WHARTON, *op. cit.*, pág. 479.

⁴⁶ El debate acerca del sentido que los redactores de la Constitución querían conferir a la Primera Enmienda ha llegado hasta nuestros días: Frente a la tesis clásica popularizada por Z. CHAFEE (Véase *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge, 1969, 2.^a edición, pág. 21), y pacíficamente asumida entre la doctrina norteamericana durante décadas, de que aquellos pretendían erradicar del Derecho Norteamericano el libelo sedicioso, L. LEVY sostuvo en 1960 que el significado originario de la Primera Enmienda era prohibir la censura previa, pero no –como había defendido Z. CHAFEE– el libelo sedicioso. Las tesis de L. LEVY, expuestas primero en el libro *Legacy of Supresión: Freedom of Speech and Press in Early American History*, Harvard University Press, Cambridge, 1960, y, posteriormente, parcialmente reformuladas en sus trabajos «On the Origins of the Free Press Clause», *University of California Law Review*, vol. 32, 1984, pág. 177 y ss., y *Emergence of a Free Press*, Oxford University Press, New York, 1985 han generado un interesante debate en la doctrina norteamericana. Sobre el mismo véase, entre otros, D. ANDERSON «The origins of the Free press clause», *University of California Law Review*, vol. 30, 1983, pág. 456 y ss.; D. RABAN «The Ahistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pág. 795 y ss. y la polémica directamente mantenida entre W. MAYTON y L. LEVY en los artículos W. MAYTON «Seditious Libel and the lost guarantee of a freedom of expresión», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pág. 91 y ss.; L. LEVY «The Legacy Reexamined», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pág. 767 y ss. y W. MAYTON «From Legacy to Suppression to the Metaphor of the Fourth State», *Stanford Law Review*, vol. 39, 1986, pág. 139 y ss.

De todos modos, debe repararse en que, mientras que para los federalistas y los republicanos la discusión en torno al significado originario de la Primera Enmienda tenía importantes repercusiones en el plano jurídico; en la actualidad la trascendencia del debate es meramente académica.

puesto irrenunciable de todo sistema democrático.⁴⁷ Sin embargo, a finales del siglo XVIII, en el momento de la controversia de la *Sedition Act* esta tesis no era en modo alguna mayoritaria y pacíficamente admitida, sino que, muy al contrario, su proposición por la minoría republicana –en contra de la posición mantenida por la mayoría federalista– supuso una verdadera novedad en la filosofía constitucional de la época, que marca el inicio de nuestra actual comprensión del sentido y alcance de esta libertad fundamental.

A) La postura federalista

Al defender la constitucionalidad de la *Sedition Act*, la mayoría federalista postuló –tal y como se hizo visible en múltiples textos pertenecientes a influyentes políticos y jueces del momento–⁴⁸ una configuración del contenido de la libertad de expresión y de prensa, que seguía la concepción blackstoniana de gran predicamento en el *Common law*. Según Blackstone, la libertad de prensa consistía en «no poner restricciones previas a la publicación, pero no en la libertad respecto de la censura en materia criminal una vez publicado».⁴⁹ De tal manera que, –con-

⁴⁷ Esta incompatibilidad entre el libelo sedicioso y el sistema democrático ha sido puesta de manifiesto por numerosos autores en el siglo XX. Así, por ejemplo, Harry Kalven Jr., «el Proust de la Primera Enmienda» en palabras de Lee Bollinger (véase L. BOLLINGER «Harry Kalven, the Proust of the first amendment», *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989, pág. 1576 y ss.), escribió en su comentario a la sentencia *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254) (1964) que «El concepto de libelo sedicioso golpea al propio corazón de la democracia. La libertad política termina cuando el Estado puede usar sus poderes y sus tribunales para silenciar a sus críticos. Mi tesis no es la tesis tibia de que debe existir un margen de maniobra para poder criticar al Gobierno. Mi tesis, es mejor, que «la difamación al Estado» es una noción imposible para una democracia. En suma, yo sugiero, que la presencia o la ausencia en un ordenamiento jurídico del concepto de libelo sedicioso define la sociedad. Una sociedad puede considerar, o dejar de considerar, la obscenidad o el desacato producido por una publicación como figuras delictivas sin alterar su naturaleza básica. Si, en cambio, se convierte el libelo sedicioso en delito, no existe una sociedad libre, y ello sin importar el resto de sus características...» (Véase H. KALVEN Jr., «The New York Times case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment», *The Supreme Court Review*, 1964, pág. 205).

Precisamente en la propia sentencia comentada por H. KALVEN Jr., y más en concreto en el voto particular concurrente con la decisión mayoritaria formulado por el juez Black, se apuntó también, aunque de un modo menos directo, a esa incompatibilidad conceptual entre las nociones de libelo sedicioso y democracia al afirmarse que «...Para una democracia representativa deja de existir el momento en el que se absuelve a los funcionarios públicos de su responsabilidad ante sus electores, y esto ocurre siempre que el elector puede ser privado por cualquier medio de expresar, escribir o publicar su opinión acerca de cualquier medida pública, o acerca de la conducta de aquellos que pueden llevarla a cabo» (376 U.S. 254) (1964).

⁴⁸ Así, resulta muy elocuente la posición adoptada por el juez Iredell en el fallo de la causa de *los insurgentes de Northampton*, al señalar que «nosotros (los americanos) derivamos nuestros principios jurídicos de Inglaterra. Allí la prensa es tan libre como en cualquier país del mundo. Y, en mi opinión, la definición de en qué consiste (tal libertad) no ha sido expresada en ningún lugar más precisa y felizmente que por el gran autor de los Comentarios a las leyes de Inglaterra...» (Véase *Northampton Insurgents' Case*, en F.WHARTON, *op. cit.*, pág. 478).

⁴⁹ Véase W. BLACKSTONE, *op. cit.*, págs. 151 y 152. Siguiendo un criterio literalista se ha optado por traducir como «la libertad respecto de la censura en materia criminal una vez publicado», la construcción inglesa «*freedom from censure for criminal matter when published*». Conviene aclarar –dado que la expresión no es del todo clara en castellano– que con ello lo que quiere decirse es que la libertad de prensa no incluye la exención de responsabilidad criminal después de la publicación.

tinuaba explicando este autor- «Todo hombre libre tiene el derecho indudable de exponer en público cuantas opiniones desee; prohibírsele sería destruir la libertad de prensa, pero si publica cosas indebidas, maliciosas o ilegales, debe asumir las consecuencias de su propia temeridad».⁵⁰

Esta concepción establecía una prohibición absoluta dirigida al poder público de fijar cualesquiera restricciones previas a la expresión o publicación, pero no le impedía castigar y reprimir lo que se considerase «indebido, malicioso o ilegal» de aquello que, en el legítimo ejercicio del derecho, había sido expresado o publicado. En otras palabras, conforme a esos parámetros blackstonianos, se consideraba que estaba incluido, dentro del contenido de la garantía constitucional, la facultad de expresarse o publicar sin sufrir injerencias estatales de ningún tipo, mientras que, en cambio, se excluía la garantía de no sufrir una sanción de índole penal como consecuencia de lo publicado. De ese modo, la definición de qué expresiones y publicaciones pudieran ser constitutivas de delito pasa a estar exclusivamente encomendada al legislador, que no se encuentra en modo alguno vinculado en su tarea por ninguna restricción constitucional.

El principal argumento utilizado por los federalistas para defender que ese era el sentido y alcance de la Primera Enmienda fue el de que su interpretación era la única congruente con las ideas de las que se partía en los Estados sobre esta materia.⁵¹ Así, un examen de los textos constitucionales y de las legislaciones de esos Estados permitía comprobar que, en algunos casos, las propias cláusulas de sus textos constitucionales estaban formuladas en términos en los que podía apreciarse con claridad la inspiración blackstoniana de la garantía de la libertad de prensa. En otros, aunque las Constituciones recogían formulaciones genéricas de la garantía de la libertad de expresión y de prensa, la legislación respectiva castigaba la publicación de libelos.⁵²

En este contexto, era, pues, forzoso entender –según los federalistas– que la Primera Enmienda no hacía otra cosa que recoger a nivel federal la concepción asumida por los Estados en la articulación de la libertad de prensa, careciendo de todo sentido una interpretación que concluyese que la Primera Enmienda variaba el contenido de la libertad establecida en las Constituciones de los Estados.

⁵⁰ Véase W. BLACKSTONE, *ibid.*

⁵¹ Así por ejemplo, el federalista Otis afirmaba que «aunque en varias Constituciones de los Estados se han reconocido expresa e inequívocamente las libertades de prensa y de expresión, los legisladores y los órganos judiciales de dichos Estados han adoptado las definiciones del Derecho Inglés y han hecho normas para castigar el libelo sedicioso y difamatorio» Esta afirmación de Otis aparece citada en T. M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 1.^a reimpresión de la edición original de 1868, The Lawbook Exchange, New York, 1999, págs. 603-604.

⁵² Un ejemplo muy significativo es el caso de Pennsylvania cuya Constitución de 1776 declaraba que «el pueblo tiene derecho a la libertad de expresión, y de escribir y de publicar sus sentimientos. Por tanto, no se pueden establecer restricciones a la libertad de prensa». En 1790 se modificó esa disposición constitucional y se pasó a establecer que «la libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos inalienables del hombre, y que cada ciudadano podrá escribir, imprimir, o expresarse sobre cualquier materia siendo responsable del abuso que haga de esta libertad». Sin embargo, tanto bajo la redacción de 1776 como bajo la de 1790 se siguieron ante los Tribunales estatales procesos de libelo sedicioso lo cual prueba la honda raigambre de esta figura delictiva en ese Estado. Véase D. JENKINS, *op. cit.*, pág. 171.

B) La postura republicana

«La ley y sus partidarios suponen que cualquiera que no esté conforme con las medidas adoptadas por la Administración, y de la mayoría temporal en el Congreso, y exprese, ya sea verbalmente o por escrito, su desaprobación y su falta de confianza en los hombres actualmente en el poder, es un sedicioso; un enemigo, no de la Administración sino de la Constitución y que debe ser penalmente sancionado... Esta Ley debe ser considerada solo como un arma usada por el partido actualmente en el poder con la finalidad de perpetuar su autoridad y preservar sus actuales posiciones». ⁵³ Estas palabras formuladas por uno de los representantes más significativos de las filas republicanas; Albert Gallatin, calificando a la *Sedition Act* como una legislación inequívocamente dirigida a la perpetuación de la hegemonía política federalista mediante la represión y criminalización de cualquier expresión de disidencia política expresan con claridad el verdadero sentido que este bando atribuía a la *Sedition Act*.

Para los republicanos tal pretensión no solo era políticamente inaceptable sino además inconstitucional desde un plano de reflexión jurídico por cuanto se estaba vulnerando el contenido esencial de la libertad de expresión y de prensa. Y así frente a la posición federalista anteriormente explicada, los republicanos consideraban que dentro del contenido del derecho de libertad de expresión y de prensa establecido en la Primera Enmienda ocupaba un lugar prioritario y central la facultad de expresar y publicar opiniones políticas sin sufrir por ello ningún tipo de represión por parte de los poderes públicos. Mientras que los federalistas apelaban a la congruencia entre la Primera Enmienda y las respectivas cláusulas de las Constituciones de los Estados para defender su visión acerca del sentido y alcance de la Primera Enmienda, los republicanos consideraban que su propuesta era igualmente la única coherente a poco que se reparase en dos contradicciones, a su juicio insalvables, en que incurrían los planteamientos federalistas.

En primer lugar, la interpretación blackstoniana acababa convirtiendo a la garantía de la libertad de prensa en una no-garantía de la misma ya que ninguna protección real se otorgaría por el hecho de permitir la publicación de cualesquiera contenidos si el poder público se reservaba el derecho de perseguir y castigar después aquellos que le resultasen desfavorables. ⁵⁴ Seguir pues la tesis federalista acabaría llevando al sinsentido de sostener que la Primera Enmienda de la Constitución de los EE. UU. reconocía un derecho sin relevancia práctica de ningún tipo.

En segundo lugar, la interpretación federalista era incompatible –según los republicanos– con la forma de gobierno y con los principios de organización política establecidos por la Constitución Norteamericana. El libelo sedicioso, indisolublemente unido, como ya se ha dicho, a sistemas de organización política en los que la titularidad de la soberanía no tenía un origen democrático, resultaba de imposible

⁵³ La cita ha sido tomada de L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 297-298.

⁵⁴ Esta contradicción a la que acababa avocando la concepción de Blackstone fue señalada por Madison en su informe sobre la *Sedition Act* a la Cámara legislativa de Virginia de 1799 al señalar que «podría parecer una burla decir que no se pueden aprobar leyes para censurar publicaciones pero que sí se pueden aprobar leyes para castigar las publicaciones que se hagan». Véase J. MADISON, *op. cit.*, vol. VI, pág. 388.

implantación en un sistema jurídico-político como el norteamericano una de cuyas notas distintivas más esenciales era la soberanía popular. Por ello, las garantías de la Primera Enmienda no podían de ningún modo ser interpretadas de manera que se entendiese excluida del contenido del derecho la prohibición dirigida al poder público de criminalizar los libelos sediciosos, y ello porque introducir tal prohibición dentro del ámbito de la garantía constitucional era una consecuencia obligatoria de la separación de poderes, de la elección democrática de los cargos políticos... y en última instancia de la atribución al pueblo de la titularidad de la soberanía.

Así, Madison en su *Informe a la Cámara Legislativa de Virginia*, expresa con claridad esta tesis, si bien el argumento se repite en muchas de las manifestaciones de los representantes de la posición republicana,⁵⁵ cuando señala que «La naturaleza de los gobiernos en los que todos sus órganos son electivos, limitados y responsables por sus actos bien podría requerir una mayor libertad para disentir que la que puede ser tolerada por los gobiernos como el de Gran Bretaña en el que es un principio que el rey, cargo hereditario y no responsable por sus actos, no se equivoca, y donde las Cámaras legislativas, que en dos de sus tercios son también hereditarias y no responsables, pueden hacer lo que les plazca. ¿No es natural y necesario atendidas estas circunstancias que un diferente grado en la libertad de prensa debería ser contemplado?». ⁵⁶

El argumento apunta hacia un importante problema teórico. ¿Realmente exige la incipiente organización democrática, establecida por la Constitución y la soberanía popular, considerar incluida en la garantía constitucional de la libertad de expresión y de prensa la posibilidad de expresar ideas y pensamientos, aunque estos supongan una crítica al gobierno? ¿Debe considerarse que el libelo sedicioso es absolutamente incompatible con el principio democrático, siendo por tanto una institución únicamente posible en los regímenes no democráticos en los que encuentra históricamente su origen? O, de modo distinto, ¿Es posible justificar la existencia de esta figura delictiva en un sistema democrático?

Mientras los republicanos negaron, como se acaba de ver, cualquier posibilidad de conciliación entre el libelo sedicioso y un sistema de organización política asentado sobre la base del principio democrático, los federalistas trataron de armonizar esas dos nociones tan aparentemente contradictorias. Y para ello acudieron a la noción de «representación». ⁵⁷ Fue en este concepto, y más en concreto

⁵⁵ Un ejemplo es el Congresista John Nicholas quien refiriéndose a la *Sedition Act*, afirma que «El modo de pensar que está en los contornos de esta ley, y la doctrina sobre la que se construye se derivan de un país cuyo Gobierno es muy diferente del nuestro... En Gran Bretaña, la Corona es hereditaria, y de acuerdo con su teoría sobre el Gobierno, no puede actuar mal... Por tanto, debe recibir una clase diferente de respeto que aquel que resulta necesario en nuestro sistema donde los cargos públicos son los servidores del pueblo y pueden ser revocados de su mandato a través de elecciones periódicas». Esta cita ha sido tomada de L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, *op. cit.*, pág. 310.

⁵⁶ Véase J. MADISON, *op. cit.*, vol. VI, pág. 388.

⁵⁷ Un análisis muy detallado y revelador de esta tesis se encuentra en J. P. MARTIN, «When Repression is democratic and Constitutional: The Federalist Theory of Representation and The Sedition Act of 1798», *University of Chicago Law Review*, n.º 66, 1999, pág. 117 y ss. Algunas de las ideas desarrolladas por J. P. MARTIN en ese artículo acerca de la teoría de la representación de los federalistas, ya son apuntadas por D. RABBAN en «The Ahistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History», *op. cit.*, págs. 849-852.

en una comprensión distorsionada y excesivamente amplia del mismo, donde los federalistas encontraron ese fundamento explicativo que necesitaban para conjugar el libelo sedicioso con la soberanía popular y el principio democrático.

El razonamiento empleado por los federalistas aplica extensivamente a las funciones deliberativas –entre las que se encuentran la oposición y la crítica al gobierno– los postulados clásicos de la teoría de la democracia representativa sobre el ejercicio por parte de los representantes de las funciones legislativas cuya titularidad corresponde al «pueblo». Y así, la misma noción de representación, que permite explicar en las democracias representativas que no se merma ni el principio de la soberanía popular ni en el principio democrático porque los ciudadanos no ejerciten directamente las funciones legislativas, es el eje central que permite a los federalistas defender la compatibilidad del libelo sedicioso con un sistema de organización política como el norteamericano.⁵⁸

Los ciudadanos delegan en sus representantes el ejercicio de la facultad de deliberar políticamente, por las mismas razones, y con las mismas consecuencias, que delegan la facultad para aprobar leyes, y por ello de la misma manera que los ciudadanos están obligados a cumplir las leyes aprobadas por el Parlamento, están obligados también a respetar y apoyar las directrices políticas marcadas por el gobierno sin mostrar su disconformidad.⁵⁹ Consecuentemente con todo ello, de la misma manera que, en base a la delegación de las funciones legislativas, es perfectamente compatible con el principio democrático y con la soberanía popular sancionar el incumplimiento de las leyes; en base a la delegación de las funciones deliberativas, resulta plenamente justificada, la represión de los críticos y discrepantes políticos.

El libelo sedicioso, ya no aparece bajo estas premisas como una figura de imposible armonización con una teoría democrática del poder, sino, al contrario, como un instrumento lógicamente inherente a esta peculiar manera de entender la democracia representativa a través del que se castiga la usurpación por parte de los particulares de la función deliberativa para cuyo ejercicio únicamente se encuentran legitimados unos determinados sujetos; los representantes de la mayoría.

Por ello es plenamente inexacta la afirmación de que los federalistas al defender el libelo sedicioso adoptaron posturas antidemocráticas. Los federalistas no rechazaban la democracia, sino que simplemente la concebían de un modo que dista mucho de lo que desde una perspectiva contemporánea debe entenderse como tal. Para los federalistas, el sistema democrático era el del gobierno de la mayoría y su elemento central su carácter electoralista. El que gobernasen aquellos a los que el cuerpo electoral había elegido para tal fin agotaba el sentido del sistema. Y por eso, muy curiosamente, en su modelo, los antidemócratas eran, precisamente, los disidentes, pues siendo minoría desafiaban las medidas y juicios po-

⁵⁸ Según J. P. MARTIN los federalistas fundamentaban la necesidad de llevar a cabo esa delegación del ejercicio de las funciones deliberativas en razones «democráticas» en la medida que si la deliberación fuera ejercida directamente por los particulares solo algunos ciudadanos (los más ricos, cultos, etcétera) participarían efectivamente en el proceso. (Véase J. P. MARTIN, *op. cit.*, págs. 152-157).

⁵⁹ Véase J. P. MARTIN, *op. cit.*, pág. 144.

líticos establecidos por los representantes de la mayoría.⁶⁰ Solo cuando la democracia deja de ser concebida de ese modo, y pasa a ser vista como un sistema que obliga a la mayoría a tener en cuenta a la minoría, y que no se limita a la simple participación en un proceso electoral, la pretensión federalista de que las funciones deliberativas deben concentrarse en los representantes elegidos por la mayoría se muestra abrumadoramente antidemocrática.

Irónicamente por ello, la confrontación entre federalistas y republicanos en relación a la constitucionalidad de la *Sedition Act* no es una confrontación entre partidarios y detractores del sistema democrático, sino entre un conjunto de convencidos demócratas que conciben la democracia de un modo tan dispar e irreconciliable que se califican recíprocamente como antidemocratas. La pregunta formulada unas líneas atrás al presentar este problema teórico de si es posible justificar la existencia de la figura delictiva del libelo sedicioso en un sistema democrático no puede ser contestada, por todo ello, sin una anterior aclaración de qué se entiende por tal, y ello en la medida que el libelo sedicioso cuyos orígenes, como se ha visto, se encuentran históricamente asociadas a fundamentaciones no democráticas del poder, solo puede hacerse de algún modo democrático, si la democracia se define -acentuado su elemento plebiscitario- como el gobierno de la mayoría, y si la noción de representación se ensancha tanto como para incluir en ella la delegación de las funciones deliberativas. Si la democracia, en cambio, se concibe como un sistema que obliga a la mayoría a respetar a la minoría, el libelo sedicioso resulta totalmente incompatible con el sistema tal y como los republicanos manifestaron en su rechazo a la *Sedition Act*.

5. A modo de epílogo

Tras la victoria de los republicanos en las elecciones presidenciales de 1801, el nuevo presidente, Jefferson, concedió el indulto a aquellos que se encontraban cumpliendo condena bajo la *Sedition Act*. Al mismo tiempo, en un hecho que carecía de precedentes y que no ha vuelto a producirse nunca en la historia de los EE. UU. se iniciaba un *impeachment* contra uno de los jueces del Tribunal Supremo -Samuel Chase- por considerarse que había actuado arbitrariamente en la aplicación de la ley. Pese a que el proceso concluyó con la absolución del magistrado, su mera iniciación revelaba la actitud de condena y de rechazo que la nueva mayoría política deseaba expresar hacia la *Sedition Act*.⁶¹ Unos años después, en 1840, el Congreso aprobó indemnizar a los descendientes de aquellos que habían sido condenados por expresar sus ideas políticas bajo la *Sedition Act* como una

⁶⁰ Como señala J. P. MARTIN «la oposición al Gobierno era -para la teoría federalista- una traidora tentativa de frustrar la voluntad del pueblo», tesis que este autor ejemplifica, entre otros documentos, en un artículo periodístico aparecido en el *Albany Centinel* el 12 de octubre de 1798, y que es bastante expresivo del sentir federalista del momento sobre el particular: «El Gobierno es elegido, necesariamente, por una mayoría del pueblo... Es patriotismo escribir a favor de nuestro Gobierno, y es sedición escribir en su contra» (véase J. P. MARTIN, *op. cit.*, pág. 139).

⁶¹ Sobre este *impeachment*, véase R. ELLIS, «The impeachment of Samuel Chase», en *American Political Trials*, M. BELKNAP (edit.), Greenwood, Connecticut, 1994, pág. 57 y ss.

manera de reparar los daños causados. En el Informe que acompañó a esa decisión se afirmaba que la *Sedition Act* había sido aprobada «bajo un ejercicio equivocado del poder», que la ley era «nula e inválida», y que su inconstitucionalidad había sido «declarada de manera concluyente».⁶²

Una vez liberados los condenados e indemnizados sus familiares, la *Sedition Act* ha continuado siendo citada como un importante error que no debe ser olvidado. Ya en el siglo xx, esta ley era de nuevo mencionada en una de las manifestaciones judiciales más relevantes para la historia de la libertad de expresión en los EE. UU. de todo el siglo; el voto particular que el juez Holmes formulaba en la causa de *Abrams v. U. S* al afirmarse que «estoy completamente en desacuerdo con el argumento del Gobierno según el cual la Primera Enmienda mantiene la vigencia del *Common law* en relación con el libelo sedicioso. Me parece que la historia se opone a esa tesis. Durante muchos años los EE. UU. han mostrado su arrepentimiento por la *Sedition Act* de 1798, reembolsando las multas que habían impuesto en virtud de esa ley».⁶³ En 1964, en el igualmente relevante *New York Times v. Sullivan*, Brennan se volvía a referir a aquella vieja ley de finales del siglo XVIII cuando al considerar incluidos dentro del debate público las ataques vehementes, cáusticos y en algunas ocasiones desagradables contra el Gobierno y los cargos públicos, afirmaba que esa era, precisamente, «la lección que debía sacarse de la gran controversia originada en torno a la *Sedition Act* de 1798, en la que por primera vez se había llamado la atención sobre el sentido central de la Primera Enmienda... y cuya inconstitucionalidad a pesar de no haber sido declarada durante la vigencia de la ley, había sido afirmada, definitivamente, por la Corte de la Historia».⁶⁴

Cuando Holmes formulaba su voto particular, en los años de la Primera Guerra Mundial, se enfrentaba, con la única adhesión de Louis Brandeis, a una Corte mayoritariamente partidaria de considerar conforme a la Constitución, una legislación que consideraba delictivo oponerse o criticar la conveniencia de la participación de los EE. UU. en la Gran Guerra, y que basaba su Jurisprudencia en la aplicación de un *test* procesal, el *Bad tendency test*, que en la práctica resucitaba toda la vieja doctrina del viejo libelo sedicioso.⁶⁵ Por su parte, cuando Brennan redactaba la opinión mayoritaria del Tribunal en la causa *New York Times v. Sullivan*, actuaba en nombre de una Corte que trataba de recuperar el rumbo jurisprudencial que había perdido en los años de la Guerra Fría cuando la legislación sediciosa había reaparecido e identificado un nuevo enemigo: las ideas comunistas.⁶⁶ Aunque las

⁶² Véase G. STONE, *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, op. cit., pág. 73.

⁶³ 250 U. S. 616, 630 (1919). El fragmento reproducido no ha sido en esta ocasión traducido directamente del inglés, sino que se ha empleado la traducción que Cesar Arjona ha realizado de los votos particulares del juez Holmes. (Véase C. ARJONA SEBASTIÁ, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 151.

⁶⁴ 376 U.S. 254, 273-276 (1964).

⁶⁵ Sobre las relaciones entre el *Bad tendency test*, y la *Sedition Act* de 1798 véase, entre otros, D. RABBAN, *Free speech in its forgotten years*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pág. 132-137, E. BLOUSTEIN, «The first amendment "Bad Tendency" of speech doctrine», *Rutgers Law Review*, vol. 43, 1990, pág. 509, y G. STONE «The origins of the Bad tendency test. Free speech in Wartime», *Supreme Court Review*, 2002, págs. 432-433.

⁶⁶ Véase como ejemplo de esa jurisprudencia *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951).

coyunturas históricas de Holmes y Brennan eran diferentes, ambos acudieron significativamente a la *Sedition Act* no en un ejercicio gratuito de recreación histórica, sino como precedente metafórico de lo que no podía repetirse. Para expresar que el libelo sedicioso no se había extinguido, sino que, adoptando otras formas, sus amenazas sobre la libertad de expresión y sobre la democracia seguían plenamente vigentes.

Y es que un análisis de la evolución histórica de la libertad de expresión en los EE. UU. durante el siglo xx muestra concluyentemente cómo, lejos de desaparecer con la derogación de la *Sedition Act* de 1798, el libelo sedicioso reaparece, de uno u otro modo, en momentos históricos puntuales en los que se considera que existe un peligro o una amenaza para la seguridad nacional.⁶⁷ Hoy en día, en medio de una de esas coyunturas críticas -la llamada guerra contra el terrorismo- el asunto vuelve a recobrar plena actualidad, con ocasión de las numerosas restricciones sobre varias libertades civiles -y no únicamente sobre la libertad de expresión- que, en nombre de la seguridad, imponen las conocidas como *Patriots Acts*.

Junto a ello no puede obviar mencionarse un fenómeno novedoso que, a buen seguro, dará mucho que hablar en los próximos años: las restricciones a la libertad de expresión provenientes no de la censura del Estado, sino de la autocensura de la sociedad sobre sí misma que -en aras de un ejercicio responsable del derecho-,⁶⁸ genera el riesgo de que se imponga una acomodaticia ortodoxia de lo políticamente correcto. Sin duda, esta situación resucita muchos de los conceptos que fueron planteados por primera vez en la discusión entre federalistas y republicanos hace ya más de doscientos años, y obligan a recordar la vieja *Sedition Act*, a los efectos de que, como reclamaban Holmes en 1919, y Brennan en 1964, no se olviden las valiosas lecciones de constitucionalismo aprendidas en torno a esa ley.

⁶⁷ Esa es la tesis sostenida por ejemplo por G. STONE en «Civil liberties in Wartime: The American perspective», *Associazione Italiana Costituzionalisti, Convegno Anuale 2003*. Concretamente Stone alude a los siguientes acontecimientos históricos del siglo xx como momentos en los que se han producido restricciones en la libertad de expresión: la Primera Guerra Mundial, la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Fría, y la Guerra de Vietnam. Este artículo se encuentra disponible en <http://www.asoziazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegnaic200310/stone.html>.

⁶⁸ Un ejemplo de esas alusiones a «la responsabilidad» en el ejercicio de la libertad de expresión puede observarse claramente en el conflicto sobre las caricaturas de Mahoma. Varios fueron los políticos que aludieron directamente a este concepto. Así el 6 de febrero de 2006 el presidente Zapatero suscribía con su homólogo turco Erdogan un manifiesto en el que, entre otras cosas, se afirmaba que «La libertad de expresión es una de las piedras angulares de nuestros sistemas democráticos y nunca vamos a renunciar a ella. Ahora bien, no existen derechos sin responsabilidad y sin respeto por las sensibilidades diferentes. La publicación de estas caricaturas puede ser perfectamente legal, pero no es indiferente y, por tanto, debería ser rechazada desde un punto de vista moral y político». (Fuente, *El Mundo* 6-2-2006). Por otro lado, tres días después, el 9 de febrero, en *El País* se recogían unas declaraciones del portavoz del presidente francés Chirac en las que se redundaba en esa misma línea argumentativa: «El portavoz del Gobierno, Jean-François Copé, explicó que Chirac había denunciado ayer en la reunión del Consejo de Ministros “las provocaciones manifiestas” de los medios. “Todo lo que puede herir las convicciones del prójimo, en particular las religiosas, debe ser evitado”, dijo Chirac. Según Copé, el presidente recordó que “la libertad de expresión debe ejercerse con un espíritu de responsabilidad” y condenó “todas las provocaciones susceptibles de atizar peligrosamente las pasiones”» (Fuente *El País* 9-2-2006).

IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA

Corría el año 1988 cuando asistí a mi primera clase con el profesor Francisco Bastida, en lo que todavía se llamaba «Derecho Político», conforme al plan de estudios de Derecho de 1953. El aula de primer curso no podía tener un nombre más emblemático, «Clarín». Pero cualquier atisbo de encanto se desvanecía al ver el excesivo número de estudiantes que se agolpaban en el recinto, grande, pero a todas luces insuficiente para acoger a tanto público.

Recuerdo perfectamente cuando el profesor, de elegancia innata, entró en el aula y se situó detrás del pupitre con una indisimulada mueca de fastidio. No era para menos. La clase estaba tan abarrotada que, en ausencia de pupitres suficientes, los estudiantes estaban sentados por el suelo, e incluso en la tarima donde se situaba la mesa del profesor, rodeándolo al punto de que había tenido que sortearlos para acceder al sitio desde el que debía impartir docencia.

Lo malo para Francisco Bastida es que sus clases nunca disminuyeron de aforo. Era imposible, porque nos quedábamos hipnotizados oyendo sus explicaciones, claras, didácticas, y al mismo tiempo llenas de información sustanciosa y de referencias a la realidad política del momento. En otras asignaturas el aula Clarín se vaciaba –«sola se queda Fonseca»– pero en las de Derecho Político, no. Francisco Bastida se ganaba con sus magistrales explicaciones a la audiencia, logrando una fidelidad que solo los grandes docentes obtienen.

Así las cosas, no debe extrañar que fuesen esas clases las que despertasen mi vocación para el Derecho Constitucional. Todos mis compañeros y compañeras de pupitre admirábamos sin disimulo a aquel profesor, distante, pero cuyo magisterio era arrollador. En los exámenes orales imponía un respeto reverencial, desde luego, pero uno era consciente de que había aprendido de un docente excepcional, y que lo había hecho además a través de un libro que nunca dejaría de consultar: el *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, del grandísimo Ignacio de Otto, a quien no tuve sin embargo la fortuna de conocer.

Cuando me incorporé al Área de Derecho Constitucional otro profesor a quien admiraba, Juan Antonio García Amado, del área de Filosofía del Derecho, me dijo que no podría estar en mejor sitio para desarrollar una vida académica. «Es un área de referencia en España, ya lo verás». Desde luego, lo que había percibido en mi fase de estudiante apuntaba a ello, pero hasta que uno no se adentra en las entrañas de un departamento esa intuición no puede llegar a convertirse en certeza. Y el tiempo así lo demostró.

Aun cuando mi maestro intelectual fue el queridísimo Joaquín Varela, Paco Bastida (porque, con su permiso, pasó de ser «el profesor Bastida», a «Paco») siempre me arropó y respaldó como a uno de sus discípulos. El punto de inflexión quizás fue un congreso al que acudí junto con él y Joaquín a Zaragoza, con Paco al volante (siempre ha sido un aficionado a la conducción), momento en el que tuve ocasión de charlar más distendidamente con él en las comidas y cenas que los tres compartimos, y en las que además pude disfrutar de su enorme ingenio. Paco me incorporó a todos sus proyectos, y muy particularmente me hizo partícipe de la revolución tecnológica del área, con la elaboración de códigos normativos *on line*, revistas electrónicas y páginas web institucionales en un momento en el que en la Universidad de Oviedo aquello sonaba a película de George Lucas.

El texto que aquí se incluye ha sido escogido precisamente porque es una muestra palpable de esa generosa acogida que Paco Bastida me dispensó. Es, además, la traslación al papel de mi primera intervención en público, una comunicación en el XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional celebrado en Alicante en abril de 1999. A mí me tocó ser el primer comunicante en una sala abarrotada de colegas. Un estreno complicado, y más todavía cuando el presidente de la mesa, Juan José Solozábal, me dijo que tenía diez minutos para decir lo que yo contaba relatar en no menos de veinte. Y en local, sentado en primera línea, estaba Paco Bastida. Había otros talleres, otras mesas, pero quiso estar allí, al frente, para mostrarme su apoyo en mi puesta de largo académica. Seguramente farfullé más que expuse, pero cuando acabé de intervenir, Paco rompió el hielo aplaudiendo. Un cariñoso gesto que agradecí; no tanto el profesor Solozábal, que pidió que no se aplaudiera a los comunicantes porque el tiempo era escaso. Así que al final, fui el único que se llevó aplausos. Gracias a Paco.

Poco después, Paco ofreció a la Asociación Española de Derecho Constitucional publicar las comunicaciones en una nueva revista que acababa de idear, *Debates Constitucionales*. Una revista que formaba parte de un proyecto más ambicioso, *Derecons*, la primera red española *on line* de profesores de Derecho Constitucional, y cuya particularidad residía en ser una edición exclusivamente digital. Allí vio la luz mi artículo. En una iniciativa de Paco, que fue la auténtica *alma mater* en la gestación de la innovación docente y científica del Área de Derecho Constitucional y, a la postre, de la misma Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Cuando nadie pensaba en internet, y el papel era el único modo de trasladar nuestras investigaciones y la pizarra nuestro exclusivo apoyo docente, Paco fue un visionario, y supo vaticinar ese futuro que hace tiempo que ya es presente.

Siempre estaré agradecido a Paco Bastida. Por sus clases, por su magisterio, por su ejemplo personal, académico y científico. Sé que disfrutará de una más que merecida jubilación. Del mismo modo que sé que esta no será en su caso sinónimo de inactividad. Paco es un torrente de ideas e iniciativas, y una situación administrativa no cambiará jamás la naturaleza humana. La Universidad necesita más profesores como Paco. Lo malo es que no abundan.

Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista¹

Ignacio Fernández Sarasola

1. Constitucionalismo historicista y representación

El fundamento y la relevancia del instituto representativo fueron abordados de forma desigual por el primer constitucionalismo, según este adoptase una orientación historicista o *iusracionalista*. Desde la primera perspectiva, la representación se fundamentaba en la tradición jurídica patria –el *common law* y el antiguo *statute law* en Gran Bretaña o las Leyes Fundamentales en Francia y España– que diseñaba un sistema de participación de los miembros de la comunidad en la adopción de decisiones que les afectasen. Por lo general, el derecho de propiedad subyacía a la idea representativa, apoyada entonces en la máxima británica *no taxation without representation*, que en el continente europeo respondía al aforismo *quod omnes tangit, ad omnibus aprobari debent*.²

¹ Una primera versión de este texto vio la luz en el primer número de la revista *Debates Constitucionales* (1999). La versión actual, revisión de la anterior, se publicó en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (Universidad Bolivariana de Medellín, Colombia), vol. 36, n.º 105, 2006, págs. 255-282.

² Para un análisis de la repercusión del derecho de propiedad en el origen del constitucionalismo (en sus diferentes versiones) véase el sugerente libro de ÁLVAREZ ALONSO, Clara. *Lecciones de historia del constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons, 1999. Una perspectiva exhaustiva del concepto de representación en la historia constitucional puede verse en la espléndida síntesis de COSTA, Pietro. *El problema de la representación política: una perspectiva histórica*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, n.º 8, 2004, págs. 15-61. Igualmente puede consultarse DUSO, Giuseppe. *Génesis y lógica de la representación política moderna*, en *Fundamentos (Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Teoría de la Constitución e Historia Constitucional)*, n.º 3, 2004, págs. 71-150. Existe versión disponible en internet: <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/tercero/Indice.html>.

El modelo español ejemplifica a la perfección este modelo historicista. No en balde el constitucionalismo de corte histórico tuvo un papel importantísimo desde finales del XVIII hasta las postrimerías del siglo XIX (de Jovellanos a Cánovas).³ En este modelo, los postulados de la representación eran una consecuencia del dogma de soberanía compartida. Puesto que la soberanía aparecía como un atributo dividido entre el rey (soberano *in actu*) y la comunidad (soberano *in radice*), las resoluciones que afectasen a ambos sujetos del pacto traslativo de poder (el denominado *pactum subjectionis*, plasmado en las Leyes Fundamentales o «Constitución histórica») requerían de la aquiescencia de ambos sujetos. Partiendo de este presupuesto, existía la conciencia común de que las Cortes debían convocarse «en los negocios graves» (según terminología de la época), entendiéndose por tales la fijación de impuestos (es decir, la afectación al derecho de propiedad),⁴ la formación de Regencia⁵ o, en fin, la propia reforma de las Leyes Fundamentales.⁶

El modelo historicista, además, postulaba una idea de representación estatal, al partir de una concepción de sociedad ya constituida en la que clero, nobleza y estado llano debían concurrir a formar la voluntad de la comunidad. Si el llamamiento de los dos primeros estamentos se hacía por rango (grandes de España y altas jerarquías eclesiásticas), el del estado llano se realizaba mediante un verdadero contrato de representación. Todavía en 1808 esta idea contractual *iusprivada* está presente a través de la idea de mandato imperativo que, por ejemplo, trató de aplicar Napoleón en la convocatoria de diputados para la Junta

³ Vid. por todos, VARELA SUANZES, Joaquín. *La doctrina de la Constitución Histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845*, en *Revista de Derecho Político*, n.º 39, 1995, págs. 45 y ss. Respecto de la idea de Constitución «interna» o histórica en Cánovas del Castillo, véase CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio. *Discursos parlamentarios* (Estudio preliminar de Diego López Garrido), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, págs. 91, 218, 244, 245.

⁴ Véase a modo de ejemplo la intervención de Vicente Alcalá Galiano en la Junta de Bayona, en la que señalaba que la convocatoria de Cortes prevista en el Estatuto de Bayona tendría que ser trienal, puesto que ese era el plazo de vigencia de los tributos. Observación de 25 de junio de 1808. *Actas de la Junta de Bayona*, pág. 85.

⁵ Algo que en España estipulaban «Las Partidas» de Alfonso X el Sabio. En 1808, con el estallido de la Guerra de la Independencia, las primeras propuestas de convocatoria de Cortes iban orientadas precisamente en este sentido: vacante el trono español (Fernando VII se hallaba retenido por Napoleón en Bayona), era preciso reunir a las Cortes para que estas designasen la Regencia. Estas propuestas pueden verse en las resoluciones del Consejo de Castilla, o en opúsculos como el de PÉREZ VILLAMIL, Juan. *Carta sobre el modo de establecer el Consejo de Regencia del Reino con arreglo a nuestra Constitución*, Madrid: Imprenta de la hija de Ibarra, 1808. Unas ideas que luego serían seguidas por autores como Jovellanos.

⁶ En realidad, las Leyes Fundamentales se concebían integradas por varios círculos concéntricos: el núcleo estaría determinado por aquellas disposiciones inalterables por su abolengo histórico (por ejemplo, la confesionalidad del Estado o su carácter monárquico); un círculo más exterior lo comprenderían las materias que requerían el acuerdo conjunto de rey y Cortes (por ejemplo, un cambio en el sistema de reparto de poder entre ambos sujetos); finalmente había quien consideraba también la existencia de un círculo externo, que estaría integrado por aquellas máximas que podríamos llamar «no fundamentales», porque podrían ser cambiadas unilateralmente por los sujetos del pacto (por ejemplo, las Cortes podrían alterar por sí solas la forma de su reunión, cambiando del unicameralismo al bicameralismo sin contar con la voluntad regia). Sobre este punto véase mi artículo *Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812*, en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y GARCÍA PECHUÁN, Mariano (edit.): *La enseñanza de las ideas constitucionales en las Universidades españolas e iberoamericanas*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, Valencia, 2002, págs. 185 y ss.

de Bayona,⁷ o que intentaron establecer las Juntas Provinciales con los vocales que designaron para constituir la Junta Central.⁸

La representación basada en la ley antigua encerraba importantes problemas derivados de su difícil adaptación a los cambios sociales, económicos y políticos que repercutían en la composición parlamentaria. El primero de los grandes conflictos derivó de lo que en Gran Bretaña se denominaban los «burgos podridos»: la pérdida de importancia socio-económica de determinadas ciudades no se correspondía con el peso representativo que mantenían en la Cámara de los Comunes. Esta disociación entre lo que había institucionalizado la tradición y lo que reclamaba la realidad del momento no lograría superarse hasta 1832 con la *Reform Act*. Un problema que también se produjo en España en 1808, cuando se replanteó la conveniencia de llamar solo a las villas convocadas tradicionalmente, dejando al margen otras que, desde el siglo xvi habían crecido en importancia.

No menos grave era el problema –desde luego relacionado con el anterior– de que todo el territorio nacional debiera sentirse representado aun cuando no participase en el proceso electoral. El problema de la denominada «representación virtual» suponía, por tanto, que los burgos o territorios sin posibilidad de elegir parlamentarios, debían considerarse «virtualmente» presentes también en el Parlamento. Este problema existió coyunturalmente en España durante la Guerra de la Independencia, cuando la ocupación francesa obligó a acudir al sistema de «suplentes» para representar a las provincias ocupadas y a los territorios ultramarinos; sin embargo, fue en Gran Bretaña donde el conflicto alcanzó mayores cotas, ocasionando una tensión insostenible entre las colonias, partidarias de una representación «real» en la Cámara de los Comunes, y los *tories*, afines al sistema de la representación «virtual». En realidad, si la representación ya entraña en su misma naturaleza una ficción jurídica (el representante expresa la voluntad del ausente), la «representación virtual» añadía una nueva ficción que alejaba cada vez más las decisiones legislativas de la voluntad originaria del pueblo.

Hasta aquí un pequeño esbozo de un modelo representativo de argumentación historicista. El presente estudio se detendrá, sin embargo, en mostrar otro enfoque bien distinto: el iusracionalista.

2. Fundamentos filosóficos: de la voluntad individual «natural» a la voluntad general «social»

El constitucionalismo iusracionalista tomará del pensamiento ilustrado las bases argumentales a partir de las que construir su concepto de representación. No es ya la historia, sino la filosofía política la que proporciona los pilares sobre los que habrá de sustentarse la existencia de un Parlamento.

⁷ *Gaceta de Madrid* de 24 de mayo de 1808.

⁸ Cfr: *Circular de la Junta de Sevilla*, de 3 de agosto de 1808, en ARTOLA, Miguel. *Los orígenes de la España Contemporánea*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, vol. I, pág. 199; *Circular de las Juntas de Galicia, Castilla y León*, en ARTOLA, Miguel. *La España de Fernando VII*, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, pág. 393.

Una de las características más notables del primer constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX residía en la tensión existente entre opuestos: individuo-Nación, Sociedad-Estado, poder-libertad, voluntad general-voluntades particulares, voluntad legislativa-acción ejecutora... Esta mentalidad que operaba con un código binario no admitía, además, la resolución de las dicotomías mediante procesos de integración recíproca, es decir, a través de unidades intermedias que acercasen progresivamente los polos. De ahí que el más temprano liberalismo negase organismos mediadores tales como las corporaciones, asociaciones o incluso partidos políticos.

Esta mentalidad dualista se hallaba presente, en primer término, en la Teoría del Estado forjada por la Ilustración y que serviría de base al primer constitucionalismo. Tomando como punto de partida al individuo, la actividad de este se descomponía en voluntad y acción o, lo que es lo mismo, adopción de decisiones y ejecución de estas. Por lo que respecta a la voluntad individual, esta era siempre egoísta en el estado de naturaleza, debido a que la inexistencia de la comunidad impedía pensar en términos de beneficio común.⁹ El pacto social al que se refería Rousseau tenía precisamente por objeto superar el egocentrismo, dando lugar a una nueva voluntad regida por la razón:¹⁰ la *voluntad general*. Su «generalidad» no derivaba solo del hecho de presuponerse como voluntad del conjunto social resultante del pacto, sino también, y es preciso subrayarlo, por un componente cualitativo: por desear lo mejor para la comunidad.¹¹

Tras el pacto social se producía una nueva «mitosis»: el elemento volitivo se descomponía en voluntad individual y voluntad general, en tanto que el elemento activo se bifurcaba en fuerza individual (autotutela) y poder ejecutivo. Así como toda acción individual suponía una voluntad previa, el ejercicio del poder ejecutivo implicaba siempre una voluntad general anterior a la que se sujetaba. De esta manera, se negaba la traslación al ámbito estatal de los «actos reflejos» del individuo, es decir, se rechazaban ámbitos de ejercicio de fuerza pública sin previa existencia de ley (voluntad general). Esta teoría, de base filosófica y antropológica, tendría su traslado al mismo sistema de fuentes: la ley (voluntad) tenía que preceder siempre al reglamento (acción), lo que implicaba que este último siempre

⁹ Menos relevante es que ese egoísmo condujese a un estado de guerra (Hobbes) o a una situación pacífica (Locke). En ambos casos la voluntad era egoísta, residiendo la única diferencia en cómo se concebía la naturaleza humana en uno y otro caso (beligerante, en Hobbes, pacífica, en Locke). Un buen ejemplo de que el egoísmo podía incluso ser positivo se halla en Bernard de Mandeville.

¹⁰ Vid. GRIMSLEY, Ronal *La filosofía de Rousseau*, Madrid: Alianza, 1977, págs. 117 y 124.

¹¹ «Lo que generaliza la voluntad es menos el número de votos que el interés común que los une». ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social* (1762), Livre II, Chapitre IV: *Des bornes du pouvoir souverain*, Paris: Bordas, 1972, pág. 98. Podría considerarse que el concepto de voluntad general rusioniano era, por consiguiente, deudor de la teoría de los regímenes políticos, que también se había construido a partir de una distinción del componente cualitativo y cuantitativo. No obstante, hay que señalar que el componente cualitativo de la voluntad general rusioniana tiene una base individualista, alejada de la idea aristotélico-tomista de bien general. Respecto de las formas de gobierno, Rousseau consideraba que estas se clasificaban en atención a la distribución del poder ejecutivo. Presuponiendo que la voluntad siempre era general (es decir, igual y beneficiosa para toda la comunidad), las formas de gobierno corruptas surgían cuando el ejecutor no se ceñía a su oficio de fiel ejecutor de la ley. Vid. *ibid.*, Livre III, Chapitres I-X, págs. 129-162.

fuera «ejecutivo», no admitiéndose la figura del reglamento independiente. La ley acababa convirtiéndose, entonces, en la única y verdadera fuente de Derecho, lo que le proporcionaba una expansividad ilimitada, es decir, una capacidad plena para regular cualquier materia. Estas características de la ley vendrían a construir un sistema que hoy denominamos como «legicentrista».

En esta descomposición surgida del pacto social existía una diferencia entre los opuestos de «voluntad» (individual-general) y los opuestos de «acción» (privada-pública). La renuncia de la «acción» o fuerza privada en favor del Estado suponía concentrar en este el monopolio de la coacción física, excluyendo el ejercicio de la autotutela, salvo, claro está, en supuestos de legítima defensa. El individuo en sociedad solo podía, entonces, desarrollar una fuerza privada, nunca un poder ejecutivo, siempre en manos de los funcionarios públicos. Sin embargo, no sucedía lo mismo en la esfera volitiva: bien es cierto que solo un órgano del Estado, el Parlamento, podía expresar la voluntad general, pero cada individuo era, *uti singulis*, portador de esta. En todo sujeto podía apreciarse la existencia de una voluntad privada, egoísta y, por ende, presocial, pero también una voluntad general, racional. Solo el interés privado (la voluntad egoísta propia del estado de naturaleza) y las pasiones impedían al individuo pensar siempre en términos de racionalidad. En este sentido diferenciaba Rousseau entre voluntad general y «voluntad egoísta» de los sujetos: si cada sujeto atendía a lo que su conciencia le dictaba como más idóneo para la comunidad, manifestaba una voluntad general; si, por el contrario, acudía a su propio interés, expresaba una voluntad egoísta.¹²

En última instancia, la diferencia entre la voluntad «egoísta» del individuo y la voluntad «general» de la que también era portador residía en que la primera era solo *voluntas*, en tanto que la segunda, producto de una reflexión desinteresada, era también, y, sobre todo, *ratio*. Esta reflexión interna del individuo, capaz de discriminar la auténtica voluntad general, suponía la adscripción de Rousseau a las teorías del conocimiento cartesianas.

En Alemania, Kant desarrolló en buena medida las teorías de Rousseau, aportando su idea de imperativo categórico: así, el filósofo de Königsberg concebía la libertad como obediencia a leyes externas consentidas que expresaban una voluntad general¹³ que, en realidad, no equivalía a «voluntad de todos», sino a la voluntad «unificada» de todo el pueblo.¹⁴ La universalidad y racionalidad de las leyes respondía al imperativo categórico en virtud del cual cada individuo, actuando

¹² *Ibid.*, Livre I, Chapitre VII: *Du souverain*, *op. cit.*, pág. 79. La voluntad «egoísta» puede considerarse presocial, en la medida que el sujeto era portador de ella en calidad de simple individuo, mientras que la voluntad «general» la poseía en cuanto «ciudadano». La oposición entre sujeto y ciudadano se hallaba también en Mably, quien afirmaba que en sociedad todo individuo debía ser ciudadano, en el sentido, por tanto, de posponer su propio interés en beneficio del interés de la colectividad. *Vid.* MABLY, Gabriel Bonnot de. *Des droits et des devoirs du citoyen*, Lettre III, en *Oeuvres*, Aalen: Scientia Verlag, 1977, pág. 346.

¹³ KANT, Immanuel. *La paz perpetua* (1795), Madrid: Tecnos, 1989, págs. 15-16; KANT, Immanuel. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita* (1784), en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Madrid: Tecnos, 1987, págs. 11-12.

¹⁴ KANT, Immanuel. *La paz perpetua* (1795), *op. cit.*, págs. 47 y 57; *La Metafísica de las Costumbres* (1796), Madrid: Tecnos, 1989, pág. 143.

conforme a la razón, podría llegar a convertirse en legislador universal. De esta forma, el Legislador racional debía indagar una voluntad apriorística para lo cual no tomaba fines «empíricos», es decir, particulares, sino el fin que conducía a la felicidad global del pueblo.¹⁵ En la misma línea Fichte, siguiendo la estela de Kant, afirmaba que la ley contenía una «voluntad inmutablemente establecida», que sería aquella que cada sujeto aprobaría si fuese justo.¹⁶ Por tanto, la ley era para Fichte la voluntad inmutable que subyacía a cada individuo más allá de sus intereses egoístas.

La distinción rousseauiana entre voluntad general y voluntad particular, y la tensión que suscitaban, la habían esbozado ya autores como Turgot o Helvetius, acudiendo al concepto más ilustrado de «interés» (que tiene una base económica). El primero partía precisamente de la atomización de intereses de los particulares para fundamentar el Despotismo Ilustrado, viendo al rey como único portador de una racionalidad capaz de trascender las parcialidades.¹⁷ Más próximo a Rousseau se hallaba Helvetius, quien distinguió entre dos tipos de interés de los miembros de la sociedad: «El primero, más débil, les es común con la sociedad general, es decir, con la nación; y el segundo, más potente, les es absolutamente particular».¹⁸ También Hume, tan alejado de las premisas iusracionalistas, percibía estas dos formas de interés (que él acabó reconduciendo a la idea de «utilidad», luego heredada por Bentham), y como Helvetius, entendía que el interés particular predominaba sobre el general, de donde deducía la necesidad de las leyes.¹⁹

¹⁵ KANT, Emmanuel. «En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”» (1793), en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, op. cit., págs. 26-27.

¹⁶ FICHTE, Johann Gottlieb. *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia* (1796-1797). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 186.

¹⁷ «Mezquinamente interesados -afirmaba Turgot-, casi siempre opuestos los unos a los otros en la búsqueda de bienes particulares, los hombres tenían necesidad de un poder superior que, abrazando en sus designios la felicidad de todos, pudiera dirigir a un mismo fin, conciliar tantos intereses diferentes». TURGOT, Anne-Robert-Jacques. *Discours de Turgot, alors prieur de Sorbonne, pour l'ouverture et la cloture des Sorbonniques de l'anne 1750. Premier Discours sour les avantages que l'établissement du christianisme a procurés au genre humain, prononcé le 3 juillet 1750*. En : *Oeuvres de Turgot*, Paris, 1844, vol. II.

¹⁸ HELVETIUS, Claude-Adrien. *De l'esprit* (1750). Paris: Chez Durand, 1758, *Discours II, Chapitre VIII*, pág. 84.

¹⁹ HUME, David. *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals by David Hume*, L. A. Selby-Bigge (edit.), Oxford: Clarendon Press, 1902, Section IV: *Of Political Society*, pág. 205. La preeminencia de los intereses privados sobre los generales se remonta, como es bien sabido, a la visión pesimista de la naturaleza humana de Hobbes. Sin embargo, también Rousseau, que en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* había afirmado la bondad natural del hombre (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Seconde Partie, en *Oeuvres*, Paris: Gallimard, 1964, vol. III, pág. 170), consideró en su *Emilio* que los hombres propendían más al interés egoísta que a la voluntad general. Vid. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Émile ou de l'éducation* (1762), Livre V, *ibid.*, vol. IV, pág. 845. Cabe señalar, sin embargo, la existencia de una contracorriente simbolizada por Mandeville para quien el interés privado era, precisamente el motor del Estado, por cuanto cada sujeto, al procurar su máximo beneficio, promovía la riqueza del país. Vid. MANDEVILLE, Bernard de. *La fábula de las abejas o los vicios privados hacen la prosperidad pública* (1729), México: Fondo de Cultura Económica, 1997, especialmente Parte I, pág. 21 y Parte II, pág. 408.

Precisamente la representación y el mandato se acabaron configurando en el constitucionalismo como mecanismos a través de los cuales se depuraba la voluntad «viciada» del individuo y se lograba llegar a la voluntad general. Pero es preciso tener en cuenta que, siendo los individuos portadores potenciales de la voluntad general, esta solo podía aprehenderse a través de ellos. Por este motivo, el gran problema que debía resolverse era cómo llegar a la voluntad general sin tener, por ello, que renunciar al individuo.

3. La elección como mecanismo para seleccionar a los portadores de la voluntad general

Tal y como he mencionado, la voluntad general se podía concebir en un doble sentido: como voluntad de todos (elemento cuantitativo) o como lo mejor para el conjunto (elemento cualitativo). Según se resaltase una u otra perspectiva, el resultado para el principio representativo variaba sustancialmente.

En efecto, si la voluntad es general porque proviene y se dirige a todos los ciudadanos, parece lógico que nadie pueda ser excluido del proceso electoral. Así lo entendieron los jacobinos llevando al extremo las teorías rousseauianas de soberanía compartida²⁰ y negando que aspectos sociales –el linaje, desde luego, pero también la riqueza– pudieran condicionar el ejercicio del sufragio activo: «un diputado rico desea aumentar su fortuna –señalaba Robespierre–; un diputado pobre quiere ser libre».²¹ Otro pensamiento radical, en este caso británico, sostuvo esa misma idea (aunque desde luego al margen de Rousseau). Me refiero a la doctrina de los *levellers*, quienes en su mentalidad igualitaria extendieron el sufragio no solo a los ciudadanos, sino incluso a todos los hombres.²² Bajo estas dogmáticas, cuando el individuo renunciaba a seguir en el estado de naturaleza, construía la sociedad y el Estado, pero reservándose un derecho de participación inalienable en la formación de la voluntad común. La sublimación de los derechos políticos de estas corrientes no significaba una idéntica ponderación de los derechos civiles porque en realidad toda la defensa del sujeto se concentraba en su participación estatal, en la formación de la voluntad mayoritaria. De ahí que, como tantas veces se ha remarcado, el jacobinismo no sea un movimiento realmente liberal de protección subjetiva, sino un sistema de dominio de la mayoría.²³

²⁰ El art. 29 de la Constitución de 1793 proclamaba que «Cada ciudadano tiene un derecho igual a participar en la formación de la ley y a la designación de sus mandatarios y de sus agentes».

²¹ *Notes manuscrites et inédites de Robespierre conservées dans le Bibliothèque de M. de Bertrand-Goyrand à Aix, et publiées par les soins de d'Ed. Tardif*, Aix: Achille Makaire, 1894, pág. 12.

²² En la discusión en torno al derecho de sufragio, Maximilian Petty y Rainborough defendieron el derecho natural de voto para todos los hombres que viviesen bajo el gobierno británico, en tanto que Ireton, Rich o Wildman postulaban que era preciso un interés especial para poder votar, basado en la propiedad. *Vid. Extract from the debates at the General Council of the Army* (27 de octubre de 1647). Finalmente, el artículo 1 del célebre *Agreement of the Free People of England* (1 de mayo de 1649) proclamó el derecho de sufragio de todos los hombres, concebido como derecho natural. Los textos en SHARP, Andrew (edit.), *The English Levellers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

²³ *Vid.* JAUME, Lucien. *Échec au libéralisme. Les jacobins et l'État*. Paris: Éditions Kimé, 1990.

Si se partía de un sentido cualitativo de la generalidad el resultado era muy distinto, ya que conducía fácilmente al sufragio restringido. Tal fue la opción del constitucionalismo liberal, dispuesto a frenar las aspiraciones más democráticas del jacobinismo. En efecto, al liberalismo no le interesaba el resultado al que podían conducir las premisas rousseauianas y para soslayarlas negó que todos los individuos pudiesen portar en igual medida la voluntad general. En algunos sujetos esta se hallaba tan sofocada por intereses parciales y egoístas que nunca podría manifestarse. De ahí que, a la idea de soberanía popular (fragmentada entre individuos), el liberalismo opusiese la soberanía nacional o, en el caso del liberalismo doctrinario, la soberanía de la razón. Por tanto, no todos debían participar en la adopción de decisiones, sino los más idóneos, aquellos que por sus condiciones particulares se hallasen supuestamente en la situación de expresar la voluntad general.

El sufragio restringido, en sus versiones de sufragio capacitario y de sufragio censitario, pretendía seleccionar a aquellos sobre los que pesaba la presunción de no tener más interés que el general.²⁴ Tal sucedería con quienes poseían una ilustración que les permitía ver más allá de su propio beneficio, y aquellos que contribuían al sostenimiento del Estado, puesto que les preocuparía la prosperidad de este. Sin rechazar, claro está, el argumento de que una mayor capacidad económica solía denotar también una instrucción más intensa.²⁵

Para lograr que el diputado actuase con la racionalidad, independencia y probidad que se necesitaban para alcanzar la voluntad general (cualitativa) se diseñaban diversos institutos que afectaban tanto a la organización interna del Parlamento, como a sus relaciones con el Gobierno (es decir, con el agente ejecutivo).

En primer lugar, era preciso que los miembros del Parlamento estuviesen alejados de toda venalidad, lo que supuso que en un primer momento se defendiesen las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad parlamentarias, especialmente por lo que respecta a la imposibilidad de compaginar el cargo de representante y el de funcionario de la Administración Pública. A través de las incompatibilidades y causas de inelegibilidad, se trataba de evitar la corrupción del representante por parte del Ejecutivo, impidiendo que el diputado se sustrajese a su deber de alcanzar racionalmente la voluntad general. De esta forma, mediante las incompatibilidades y la inelegibilidad se trataba de evitar la confusión entre los extremos: por una parte, al alejar los miembros del Ejecutivo del

²⁴ Baste de ejemplo las palabras de Constant a favor del sufragio censitario: «Es deseable que las funciones representativas las ejerzan hombres que, en general, pertenezcan, si no a la clase opulenta, sí al menos a la acomodada. Su punto de partida es más ventajoso, su educación más cuidada, su espíritu más libre, su inteligencia mejor preparada para las luces». CONSTANT, Benjamín. *Principes de Politique* (1815), Chapitre V. En *Oeuvres*, Paris: Gallimard, 1979, pág. 1111; «Aquellos a los que la indigencia mantiene en una dependencia perpetua, y a los que condena a trabajos diarios, no están más ilustrados que los niños sobre los asuntos públicos, ni tienen más interés que los extranjeros en la prosperidad nacional cuyos elementos no conocen, y en cuyas ventajas no participan sino indirectamente». *Ibid.*, Chapitre VI, pág. 1112.

²⁵ Algo, dicho sea de paso, que rechazaba Condorcet, al entender que la riqueza no tenía por qué ir acompañada de una educación verdaderamente valiosa. *Vid.* CONDORCET, Jean Antonie Nicolas de Caritat, Marquis de. *Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées Provinciales* (1788), en *Sur les Élections et autres textes*. Paris: Fayard, 1986, pág. 319.

Parlamento se evitaba la corrupción de los diputados (es decir, se impedía que la voluntad general de estos se convirtiese, por interés, en voluntad particular), y se impedía, por otra parte, la confusión entre voluntad y acción (poder legislativo y poder ejecutivo).

El resultado afectaba a las relaciones mismas entre Ejecutivo y Legislativo, puesto que conllevaba una idea de separación rígida de poderes, obligando a los titulares de cada uno de estos órganos a actuar solo y exclusivamente en su propio seno. La incompatibilidad se halla presente en los primeros estadios constitucionales: se establece en el *statute law* británico²⁶ (luego corregido por las convenciones constitucionales),²⁷ aparece en presidencialismo norteamericano (muy atento a evitar la corrupción del parlamentario²⁸ aunque también a garantizar un equilibrio Ejecutivo-Legislativo),²⁹ pero también en la Francia revolucionaria (Constituciones de 1791, 1793 y 1795)³⁰ o en la España doceañista (1812 y 1820).³¹ Solo cuando el poder ejecutivo empiece a entenderse de manera más amplia, y comience a dársele una dimensión gubernativa, se considerará necesario establecer la compatibilidad de cargos y, más en general, un acercamiento entre el Parlamento y el Gobierno, porque, en realidad, ambos debían construir la política estatal en comunión.

También en la forma de estructurar el Parlamento se acudió a la idea de voluntad general. Un buen ejemplo fue el debate en torno al bicameralismo o uni-

²⁶ El *Act of Settlement*, de 12 de junio de 1701, establecía que «ninguna persona que desempeñe un cargo o puesto lucrativo bajo el mandato regio, o reciba pensión de la Corona, podrá ser miembro de la Cámara de los Comunes».

²⁷ En efecto, en especial desde la reina Ana, y sobre todo a partir de Jorge I y Jorge II se produce por vía convencional una progresiva parlamentarización del gobierno que conduciría a la formación del célebre *cabinet system* británico. Esta regla convencional fue objeto de importantes controversias entre los que todavía a finales del XVIII y comienzos del XIX veían en Gran Bretaña un régimen de *checks and balances* y quienes, por el contrario, percibían la utilidad de que en los representantes se pudiera reunir la calidad de miembro del Gobierno. Una controversia que fue especialmente debatida en la discusión de la *Reform Act* de 1832, y que personifica en buena medida un autor casi desconocido, pero que supo ver con claridad esta confrontación: J.J. Park. *Vid.* PARK, John James. *The Dogmas of the Constitution* (1832), London: B. Fellowes, 1832, especialmente pág. 25 y ss. Existe traducción al castellano: PARK, John James. *Los dogmas de la Constitución* (edición y Estudio Preliminar de Joaquín Varela Suanzes). Madrid: Istmo, 1999.

²⁸ *Vid.* por ejemplo, ¿Alexander Hamilton? ¿James Madison?, *The Federalist*, n.º 55, 13 de febrero de 1788, en la edición de COOKE, Jacob E. (edit.). *The Federalist*, Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1989, pág. 377.

²⁹ *Cfr.* por ejemplo la intervención de Sherman en el debate de la Convención de Filadelfia, de 3 de septiembre de 1787, en MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*, New York: Oxford University Press, 1920, pág. 505.

³⁰ Como muestra pueden consultarse los debates de la Constituyente francesa de 1789, donde apenas Mirabeau defendió, casi en solitario, la compatibilidad de cargos. *Archives Parlementaires*, vol. IX, 29 de septiembre de 1789, pág. 212, 6 de noviembre de 1789, pág. 710, y 7 de noviembre de 1789, pág. 717. Prácticamente todos los demás diputados se pronunciaron en contra, ya que entendían que, o bien los miembros del Ejecutivo podrían influir nocivamente en los diputados, como afirmaban Blin, (*Archives Parlementaires*, vol. IX, 6 de noviembre de 1789, pág. 713) o Noailles (*ibid.*, pág. 712), o bien la compatibilidad supondría, sin más, una confusión inadmisibles entre el poder ejecutivo y el legislativo (Lanjuinais, *ibid.*, 7 de noviembre de 1789, pág. 716).

³¹ *Vid.* por todos MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)*. Valencia: Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1974.

cameralismo, que en ocasiones se defendieron con un mismo argumento: la búsqueda de la voluntad general. A favor de una sola Cámara se esgrimía que, siendo todos los ciudadanos iguales, la voluntad nacional era única, y debía expresarse en un Parlamento necesariamente unicameral.³² Desde esta perspectiva, se consideraba que la voluntad general no podía lograrse con la mera suma de voluntades sectoriales o de grupo (nobleza, clero, estado llano). Muy al contrario, los defensores del bicameralismo consideraban que la voluntad general, cualitativa y racional, solo podía obtenerse con el sosegado debate que proporcionaba una segunda Cámara de reflexión. La creación de un nuevo poder, denominado «conservador» y ubicado en el Senado, pretendía dotar a la ley de una racionalidad imposible de obtener con una sola Cámara.³³

Como colofón, ha de señalarse que incluso el debate sobre la figura del veto del jefe del Estado estuvo teñida por la argumentación en torno a la voluntad general. Los defensores del sistema británico de gobierno consideraban que la voluntad de la nación requería de la intervención regia: no en balde el rey formaba parte del legislativo según la conocida expresión *King in Parliament*. Muy al contrario, la idea de disociar Legislativo y Ejecutivo, extendida con especial intensidad en el pensamiento revolucionario francés, obligaba a alejar al rey (agente ejecutivo) de la voluntad general.³⁴

4. La «voluntad general oficiosa»: la opinión pública

Formado el Parlamento, a este le correspondía en exclusiva dictar la ley, es decir, manifestar la voluntad general. ¿Quiere esto decir que con el acto electoral culminaba la participación de los ciudadanos en la potestad legislativa? Así es, si la participación se reduce al ejercicio del derecho de sufragio. Pero, ello no obstante, los individuos conservaban una presencia mediata a través de la opinión pública que el Parlamento había de tener en cuenta para determinar qué era vo-

³² Quizás el más acérrimo defensor del unicameralismo en Francia fue Sieyès, que lo postuló al menos en su etapa como representante en la Asamblea Nacional de 1789 y en 1795. *Vid.* SIEYÈS Emmanuel J., *Qu'est-ce que le Tiers Etat* (1789). Paris: Presses Universitaires de France, 1982, págs. 59-60; «Opinión sobre varios artículos de los Títulos IV y V del Proyecto de Constitución», en *Escritos y discursos de la Revolución*, selección y estudio preliminar de MAIZ, Ramón: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pág. 265.

³³ CONSTANT, Benjamín. *Principes de politique* (1815), Chapitre II, pág. 1080, Chapitre IV, *op. cit.*, págs. 1095 y ss.; DESTUTT DE TRACY, Antoine Louis Claude, *Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu*, Livre XI, Chapitre II, Genève: Slatkine Reprints, 1970, págs. 203 y ss.

³⁴ Baste señalar el ejemplo del jacobinismo en Francia. Así, Robespierre negaba al rey tanto el veto como la sanción legislativa, señalando que dar participación al Monarca en el poder legislativo sería convertir la voluntad general en una mera sombra. *Cfr.* *Notes manuscrites et inédites de Robespierre conservées dans le Bibliothèque de M. de Bertrand-Goyrand à Aix, et publiées par les soins du d'Ed. Tardif*, *op. cit.*, págs. 9-10. En España el conde de Toreno, el más jacobino de los liberales de las Cortes de Cádiz, sostuvo una idea similar: *Diario de Sesiones*, n.º 346, 13 de septiembre de 1811, vol. III, pág. 1835; *Diario de Sesiones* n.º 336, 3 de septiembre de 1811, vol. III, pág. 1750-1751: «¿Cómo una voluntad individual se ha de oponer a la suma de voluntades de los representantes de la Nación? ¿No es un absurdo que solo una voluntad detenga y haga nula la voluntad de todos?».

luntad general.³⁵ Una opinión pública que, como enseguida veremos, se formaba a través de la libertad de expresión e imprenta, es decir de derechos civiles a los que, precisamente por tener también una vertiente participativa, se les llegó a considerar incluso como políticos o, al menos, mixtos.³⁶

La distinción entre opinión pública y voluntad general supone una nueva dicotomía, ahora entre Sociedad y Estado. Solo este último podía expresar la voluntad general, pero la sociedad conservaba la posibilidad de expresarse colectivamente a través de la opinión pública. Esta vendría a ser una suerte de voluntad general oficiosa, procedente de la sociedad.³⁷

En efecto, si la voluntad general se caracterizaba por su racionalidad, por ser «lo mejor para todos», otro tanto ocurría con la opinión pública. Aun cuando los primeros tratadistas le dieron un componente cuantitativo, equiparando la opinión pública con la opinión de la mayoría,³⁸ ya en la Revolución Francesa empezó a formarse una idea distinta: suponía una opinión general en sentido cualitativo, esto es, no por cuanto fuese la opinión de todos,³⁹ sino por ser una opinión racional que expresaba lo que era mejor para el conjunto.⁴⁰ De esta forma, se produce una vez más una bifurcación, ahora entre «opinión pública» y «opiniones». La primera manifestaba la opinión de «lo mejor para todos», la segunda, sin embargo, era mera *doxa*, constituían meras conjeturas parciales e interesadas carentes de racionalidad.⁴¹

³⁵ Un claro ejemplo de esta afirmación se halla en la prensa española de nuestro más temprano constitucionalismo. Así, en *El Español Constitucional* se afirmaba expresamente: «El ciudadano (...) tiene parte en la legislación por medio de las elecciones y por la opinión pública». *El Español Constitucional*, vol. II, n.º 16, diciembre de 1819, pág. 562.

³⁶ Sobre este asunto, en relación con el constitucionalismo español, me extiendo en «La influencia de Francia en el constitucionalismo histórico español», en *Forum Historiae Iuris*, 2005, http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/index_en.htm

³⁷ Así definía un periódico español encuadrado en el liberalismo moderado la opinión pública: «viene a ser la que garantiza la verdad; el crisol del juicio y de la razón, y el punto de reunión de la sociedad civil». *La Colmena*, n.º 23, 15 de mayo de 1820, pág. 170.

³⁸ Véase en España el caso de Jovellanos, en sus *Reflexiones sobre la opinión pública* (¿1790-1797?), en FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (editor), *Jovellanos. Escritos políticos*, en *Obras completas*, vol. XII, Gijón: Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII - Ayuntamiento de Gijón, 2006.

³⁹ Como señala Mona Ozouf, la opinión «pública» no se oponía a la «privada», sino a la «particular». Vid. OZOUF, Mona. «Public Opinion» at the End of the Old Regime. En BLANNING, T. C. W. (edit.). *The Rise and Fall of the French Revolution*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1984, pág. 91; HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona: Gustavo Gili, 1981, pág. 63. Vid. también PRICE, Vicent. *Opinión pública*. Barcelona: Paidós, 1994, pág. 25.

⁴⁰ Cfr. SARTORI, Giovanni: *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, 1992, págs. 149-150; Paolo Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 338-339. Así de claro lo exponía Madame de Staël: «La ley no ha de poder situarse por encima de la opinión no habrá gobierno representativo (...) ¿Pero cómo, dirán, reconocer la opinión? Si se actúa de buena fe muy pronto se hallarán sus características. La opinión general siempre quiere la justicia, la seguridad y el sosiego. La opinión se manifiesta, en definitiva, por las opciones que elige (...) Es bien fácil conocer por la teoría cuál ha de ser la opinión pública, puesto que la moral es su prototipo; y por la experiencia, puesto que la naturaleza de las libres opciones del pueblo es su demostración». STAËL, Madame de, «Sobre las circunstancias actuales que pueden poner término a la Revolución y sobre los principios que han de servir de base a la República en Francia», en *Escritos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 86.

⁴¹ A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes palabras extraídas de *El Español Constitucional*, periódico liberal publicado durante el sexenio absolutista de Fernando VII: «Distingamos, pues, cuidadosamente la voz popular de la opinión pública. La primera se forma con la misma facilidad que

Para procurar el tránsito de las «opiniones» a la «opinión pública» se hace necesario un medio discursivo: del mismo modo que se postulaba la circulación de la riqueza como mecanismo para lograr la prosperidad nacional, de igual manera era necesaria la circulación de las ideas para alcanzar la opinión pública,⁴² para ponerse de acuerdo, en definitiva, sobre lo mejor para la Nación. La discusión, por tanto, aseguraba la racionalidad. Aquí hallamos una superación de las teorías cartesianas: la mera reflexión no resulta suficiente para alcanzar la opinión pública, sino que esta nace de un intercambio de luces.

Ahora bien, este «intercambio de luces» era «difuso», es decir, no se hallaba sujeto a procedimiento. No debe olvidarse que la opinión pública se desarrollaba en el seno de la Sociedad que, por esencia, era ajena a procedimientos reglados en aras de su diferenciación sistémica con el Estado.⁴³ De hecho, y este aspecto es de gran relevancia, aunque el debate social en cierta medida reproducía el debate parlamentario, este último culminaba con un momento decisivo y procedimental, la votación, ausente en el discurso social. El resultado es evidente: en tanto la voluntad general era siempre fácilmente identificable (a través de la ley, aprobada por la regla de la mayoría), la opinión pública permanecía siempre cubierta por una tenue niebla que la hacía susceptible de diversas interpretaciones.

El medio a través del cual se formaba la opinión pública era el ejercicio de las libertades de expresión e imprenta. Estos derechos permitían la difusión de las ideas, la discusión y debate públicos, y lograban como resultado final la emergencia de la opinión pública. Ahora bien, el constitucionalismo liberal prestó especial atención a la libertad de imprenta como mecanismo de expresión de la opinión pública porque, con ello, permitía en cierta medida reproducir en el ámbito social las restricciones que pesaban sobre la formación de la voluntad general. Me ex-

las nubes de primavera, pero con la misma se disipa. Es producida por la violencia, por el terror, por las facciones, por la ignorancia, por otras mil causas accidentales que pueden ser destruidas por sus opuestas. Pero la opinión pública se funda sobre el conocimiento íntimo de los ciudadanos, sobre el interés nacional, sobre las ideas de la sana política: se forma, es verdad, con lentitud, porque es preciso que precedan discusiones y aun errores, antes que brille la verdad; pero ya formada es invencible e incontestable». La conclusión no puede ser más clara: «la opinión pública (...) es la voz general de todo un pueblo convencido de una verdad, que ha examinado por medio de la discusión». *El Español Constitucional*, febrero de 1820, págs. 109 y 110. En España el concepto de «voz pública», como es bien sabido, lo había popularizado Feijoo en su *Teatro Crítico Universal*. La distinción entre «voz pública» y «opinión pública» referida en *El Español Constitucional* ya se hallaba, aunque con terminología distinta en la Francia de finales del XVIII, cuando Condorcet, en misiva a Turgot, distinguió entre «voz del público» (plural) y «voz pública» (unitaria). Cfr: Mona Ozouf, «*Public Opinion*» at the End of the Old Regime», *op. cit.*, pág. 92.

⁴² Un buen ejemplo de la relación entre circulación de la riqueza y su traslación al «mercado de las ideas» puede verse en el proyecto de Declaración de Derechos esbozado por el diputado Wartel. Según él, el pensamiento era una propiedad moral y la prensa era el medio para disponer de dicha propiedad. Vid. Wartel, *Proyecto de Declaración de los derechos del hombre* (8 de agosto de 1789), en FAURÉ, Christine. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pág. 175. También es significativo el proyecto de Bouche, que incluye en el mismo artículo decimoquinto el derecho a transmitir la propiedad y a realizar transacciones comerciales, junto con el derecho a hacer circular las ideas. BOUCHE, Charles-François. *Carta que contiene la Constitución francesa en sus objetivos fundamentales* (12 de agosto de 1789), *ibid.*, pág. 180.

⁴³ Sobre los procedimientos jurídicos como mecanismos de diferenciación del sistema jurídico, vid. Niklas LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995.

plico: para garantizar que se alcanzase la voluntad general, por una parte, se limitaban los partícipes en su formación a través de los requisitos del sufragio, por otra parte, se establecían mecanismos (que enseguida veremos con mayor detalle) para lograr la reflexión necesaria, es decir, para desterrar todo conato de interés particular: ya se ha señalado, por ejemplo, el sometimiento a una doble deliberación como instrumento adecuado para tal fin.

Pues bien, al pretender que la opinión pública surgiese esencialmente a partir del ejercicio de la libertad de imprenta (relegando, por ende, a otros derechos, esencialmente colectivos, como el de reunión y manifestación), se estaba estableciendo una suerte de «sufragio capacitario» en el ámbito social, es decir, se estaban limitando los agentes que podían intervenir en la formación de la opinión pública. En efecto, solo aquellos que supiesen leer y escribir podían compartir sus ideas a través de la prensa y, por tanto, podían llegar a formar una auténtica opinión pública. Pero, por otra parte, también la libertad de imprenta lograba un «debate» sosegado y reflexivo, del que no podía participar la expresión de viva voz, ni las reuniones, que podían llegar a ser tumultuarias y expresión de paroxismo. Este último aspecto llegó incluso a acentuarse en el pensamiento de Madame de Staël, quien consideraba que dentro del ejercicio de la libertad de imprenta debía diferenciarse entre la publicación de periódicos y la de libros. La primera siempre propendía al exceso y a exaltar al público sin suficiente reflexión, lo que exponía con bellas palabras: «utiliza, en fin, la libertad de imprenta no para propagar las ideas, sino para agitar por los hechos: lo que hace de la libertad de imprenta una espada en lugar de una antorcha».⁴⁴ Muy a la contra, la producción de libros suponía el ejercicio de un derecho «consagrado» que permitía difundir un conocimiento reflexivo, de ahí que, en tanto la prensa debía someterse a censura previa, este requisito no resultaba exigible para la impresión de libros.⁴⁵

5. Discusión parlamentaria y racionalidad legislativa

Siguiendo el hilo argumental, puede afirmarse que tras el pacto social la «voluntad» del individuo se descomponía en «voluntad general» y «voluntad particular». La distinción sociedad-Estado implicaba, a su vez, la distinción entre «opinión pública» y «voluntad general». En el interior de la sociedad acabamos de comprobar cómo la dicotomía subjetiva voluntad general-voluntad particular se reproducía, diferenciando entre «opinión pública» y «opiniones».

Pues bien, dentro del Parlamento también tenía lugar esta última escisión. En el seno de la Asamblea representativa se distinguía entre mayoría y oposición. El constitucionalismo más próximo al pensamiento rousseauniano interpretó que la «oposición» equivalía a voluntad errada. La minoría, por tanto, no era una

⁴⁴ STAËL, Madame de, «Sobre las circunstancias actuales que pueden poner término a la Revolución y sobre los principios que han de servir de base a la República en Francia», Primera Parte, Capítulo IV. En *Escritos políticos*, *op. cit.*, pág. 133.

⁴⁵ *Ibid.*, págs. 133-135. Para Madame de Staël el periódico y sus suscriptores llegaban a formar una especie de asociación dentro del Estado, lo cual era incompatible con la visión liberal individualista y contraria al corporativismo.

alternativa al poder, sino que era aquella fracción del Parlamento que, aun a pesar del procedimiento discursivo parlamentario, no había llegado a aprehender la auténtica voluntad general. Las palabras de Rousseau son suficientemente claras al respecto: «Cuando se propone una ley en una asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si aprueban la proposición o si la rechazan, sino si es conforme o no con la voluntad general, que es la suya; cada uno, al emitir su voto, da su opinión, y del cálculo de votos se obtiene la declaración de la voluntad general. Por tanto, cuando la opinión contraria vence a la mía, no se prueba otra cosa sino que yo me había equivocado, y que lo que yo consideraba como voluntad general no lo era».⁴⁶

Por esta razón, Rousseau no podía compartir la idea de oposición existente en Gran Bretaña y, por ese mismo motivo, esta fue rechazada en los primeros pasos del constitucionalismo europeo continental. Para Rousseau la «oposición», como se acaba de señalar, era aquel grupo de diputados que había errado a la hora de interpretar qué era lo mejor para la Nación. La oposición no era, por tanto, una opción política que podía llegar a convertirse en realidad jurídica, sino que representaba una voluntad equivocada y, por tanto, siempre ajena al sistema jurídico.

Así visto, puede considerarse que este planteamiento veía en la tarea parlamentaria de aprobar las leyes un cometido en esencia epistemológico. Más que «formar» una ley, se trataba de «descubrir» la voluntad general. En el Parlamento, para conocer la voluntad general se hacía necesario, como en la sociedad, un desarrollo discursivo,⁴⁷ que en este caso, sin embargo, constituía un auténtico procedimiento, es decir, reglado. De hecho, Kriele llega a establecer un paralelismo entre el procedimiento legislativo y el judicial, de manera que aquel habría traído causa de este. La conclusión que extrae Kriele es que, en realidad, el debate liberal suponía un procedimiento dialéctico, y no discursivo.⁴⁸ Esta afirmación coincide, en efecto, con lo que señalaba Bentham, quien mantenía la similitud entre el procedimiento judicial y el legislativo, identificando la argumentación de los diputados con el oficio de abogado y el voto de la Asamblea con la resolución judicial.⁴⁹ Sin embargo, tanto en el proceso judicial como en el procedimiento le-

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social* (1762), Livre IV, chapitre II, *op. cit.*, pág. 186. En un sentido muy aproximado se pronunciaba Bentham. Para el utilitarista inglés, la decisión incorrecta del Parlamento debía considerarse que «representa falsamente su voto», puesto que la voluntad general siempre había de ser recta o, en términos benthamitas, siempre debía ser conforme con la utilidad pública. Cuando no era así, había que colegir, por tanto, que esa no era auténticamente la voluntad del Parlamento, y que tal decisión se había adoptado bien por ausencia de un número notable de sus componentes, bien por falta de libertad, bien por «seducción» de los diputados, o, en fin, por error debido a la falta de información. *Vid.* BENTHAM, Jeremy. *Tácticas parlamentarias* (1791), Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, págs. 111-112.

⁴⁷ «Cuando se reúne una Asamblea –decía Sieyès– lo hace con el fin de deliberar, de conocer las opiniones de los demás, para beneficiarse de las luces recíprocas». Emmanuel J. Sieyès, «Opinión sobre la cuestión del veto real en la sesión de 7 de septiembre de 1789», en *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, pág. 120. Como afirmaba, cada diputado debía concurrir a la Asamblea para «aportar el tributo», es decir, su opinión. Emmanuel J. Sieyès, *Discurso y moción del 15 de junio de 1789*, *ibid.*, pág. 38.

⁴⁸ *Vid.* KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980, págs. 143-145 y 257.

⁴⁹ BENTHAM, Jeremy: *Tácticas parlamentarias* (1791), *op. cit.*, pág. 187.

gislativo, en realidad, se vertían argumentos y contrargumentos orientados al conocimiento de un dato previo: un hecho jurídicamente relevante, en el caso de un juicio; una voluntad apriorística, en el supuesto del procedimiento legislativo.

Para que el Parlamento llegase a su fin («descubrimiento» de la voluntad general) era preciso que el diputado pudiese reflexionar con plena libertad. Si el primer paso para garantizar la racionalidad había sido la selección de «los mejores», el segundo consistía en permitirles indagar por sí, y sin vínculos o presiones, la voluntad general. Lo importante, por consiguiente, era lograr que el diputado estuviese rodeado de mecanismos que le permitiesen alejar los influjos nocivos, que eliminasen todo resquicio de interés particular para permitir, así, que solo pensase en términos de interés general. En definitiva, se trataba de garantizar los presupuestos básicos para la voluntad general: la libertad reflexiva (y no viciada) del diputado, y la transmisión libre y no contaminada de ideas.

Algunos instrumentos trataban de servir a uno de esos presupuestos, en tanto que otros garantizan ambos. Así, las incompatibilidades, a las que ya se ha hecho referencia, pretendían esencialmente proteger que el diputado actuase de forma reflexiva, no interesada. Si las causas de inelegibilidad trataban de evitar el acceso al cargo de representante de quienes pudieran portar una voluntad viciada, es decir, actuaban para seleccionar a los mejores portadores de la voluntad general, las incompatibilidades, por el contrario, trataban de proteger al representante una vez accedido al cargo, evitando que su presunta rectitud se alterase.⁵⁰

Por su parte, la inviolabilidad protegía, esencialmente, el intercambio recíproco de opiniones en el seno de la Asamblea. Se trataba de no obstaculizar la transmisión libre de ideas mediante una posible responsabilidad penal que hiciese a los diputados comportarse con tibieza, coartando, en fin, la posibilidad de que el Parlamento se ilustrase.⁵¹

El mandato representativo, sin embargo, era un mecanismo orientado a proteger tanto la individualidad del diputado como el intercambio de ideas. El diputado que se hallase vinculado a la voluntad de los electores no podría reflexionar con responsabilidad, conciencia y libertad. Al mismo tiempo, el representante «portador de votos» no podría discutir, alterar su parecer, aportar y recibir opiniones. En el célebre *Discurso a los electores de Bristol*, Edmund Burke incidía, en realidad, en el primer aspecto, es decir, en la necesaria libertad que debían tener los diputados para reflexionar sobre el interés general,⁵² en tanto que

⁵⁰ Así, por ejemplo, en D'HOLBACH, Paul-Henry Thiry. *Système Social, ou principes naturels de la morale et de la politique avec un examen de l'influence du gouvernement sur les moeurs* (1773), vol. II, Chapitre IV, Hildesheim: Georg Olms Verlag, 1969, pág. 51.

⁵¹ Sobre la inviolabilidad puede consultarse la defensa férrea que de ella hizo Sieyès: SIEYÈS, Emmanuel J. «Sobre los acuerdos que deberán adoptar las Asambleas de los bailazgos» (febrero de 1789), en *Escritos y discursos de la Revolución*, op. cit., pág. 18.

⁵² Tras afirmar que el diputado debía siempre tener en cuenta las opiniones de los electores, proseguía Burke: «pero instrucciones imperativas, mandatos que el diputado está obligado ciega e implícitamente a obedecer, votar y defender, aunque sean contrarias a las convicciones más claras de su juicio y su conciencia, son cosas totalmente desconocidas en las leyes del país». BURKE Edmund. «Speech to the electors of Bristol» (1774), en *Select Works of Edmund Burke. A New Imprint of the Payne Edition. Foreword and Biographical Note by Francis Canavan*, Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

Sieyès, por ejemplo, utilizaba con frecuencia el segundo argumento.⁵³ Sin embargo también fue frecuente emplear por igual uno y otro criterio, como se hacía, por ejemplo, en un interesante artículo publicado en una revista del primer tercio del siglo XIX, *The American Jurist*, recogido por J. J. Park.⁵⁴

En definitiva, el mandato representativo trataba de evitar que el diputado quedase a expensas de una voluntad que podía estar viciada y que, de resultas, no era idónea para alcanzar la voluntad general. Así, el representante quedaba desligado de cada elector, a título particular, y del Cuerpo Electoral que lo había designado. En efecto, en primer lugar, libertad respecto de cada elector, porque nada garantizaba que este último, al dar instrucciones, no buscara su propio interés. Además, el elector no podía dar órdenes al representante, porque solo lo votaba, no lo elegía.

Por lo que respecta al Cuerpo Electoral, tampoco estaba habilitado para impartir instrucciones a los representantes porque estas, como se ha dicho, obstaculizarían tanto la reflexión interna como el debate parlamentario. Los cuerpos electorales de cada circunscripción solo formaban intereses parciales, en tanto que el representante lo era de toda la Nación, y su interés se identificaba no ya con el de la circunscripción que lo había elegido, sino con el nacional.⁵⁵ Por otra parte, el Cuerpo Electoral era «llamado» por la Nación a cumplir una función muy determinada, la de elegir, y solo esta.⁵⁶ Cumplía, así, un cometido instrumental (en lugar de la Nación, inexistente físicamente), pero la elección no implicaba que el diputado representase al Cuerpo Electoral, sino a la Nación entera, de forma que su interés era el de esta última. A la imposibilidad de imponer directamente instrucciones debe añadirse el rechazo hacia el instituto de *recall*, toda vez que supondría una presión hacia los diputados, a fin de que actuasen conforme

⁵³ Este aspecto es el que señala con especial insistencia Sieyès en SIEYÈS, Enmanuel J. «Ideas sobre los medios de actuación de que podrán disponer los representantes de Francia en 1789», en *El Tercer estado y otros escritos de 1789*. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, pág. 50.

⁵⁴ Con el mandato imperativo, afirmaba este periódico, «todas las garantías que se han establecido para asegurar un cuidadoso y reflexivo examen de cada materia, y para proteger la legislación de la influencia de la emoción popular y repentina, se convertirían en inútiles. Hacer operativo el derecho a dar instrucciones sumergiría la sociedad en una confusión perpetua. No habría fin a las órdenes. Toda ciudad se reuniría, casi a diario, para deliberar los proyectos de fanáticos políticos. Los representantes, en vez de acudir al Congreso para consultar juntos sobre el bienestar público e informarse mutuamente sobre las materias de debate, acudirían con sus órdenes en los bolsillos, insensibles a argumentos, y estarían compelidos a observarlas, aun cuando podrían usar razonamientos que considerasen que podrían convencer a sus electores, si pudieran presentarse ante ellos. Podrían tener lugar nuevas evidencias, ocurrir nuevas circunstancias que cambiarían el voto del representante si actuase de acuerdo con su propia opinión, y aun así tendría que seguir el tenor de sus instrucciones. El verdadero objeto de una reunión del congreso, deliberación para el bien público, se vería, de esta manera, abandonado». *The American Jurist*, n.º 8, citado por J. J. Park, *The Dogmas of the Constitution* (1832), *op. cit.*, pág. 140. En la edición española se halla en la pág. 156.

⁵⁵ SIEYÈS, Enmanuel J. *Opinión sobre la cuestión del veto real en la sesión de 7 de septiembre de 1789*, en *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, pág. 119; *Moción de 8 de julio sobre los mandatos imperativos* (1789), *ibid.*, pág. 58.

⁵⁶ «El único poder que la nación ha delegado a los distritos particulares es el de elegir un representante. Cuando la elección ha tenido lugar, el distrito electoral carece de cualquier otro poder». *The American Jurist*, n.º 8, citado por J. J. Park, *The Dogmas of the Constitution* (1832), *op. cit.*, pág. 137. Pág. 154 de la traducción española.

al parecer del Cuerpo Electoral. Apenas los jacobinos admitieron este instituto, basándose en la idea de responsabilidad de las autoridades ante el pueblo.⁵⁷

Negado el mandato imperativo ¿quiere esto decir que el diputado no se hallaba sujeto a ninguna voluntad? No; existía una «voluntad» que debía seguir: la «opinión pública». El diputado, por consiguiente, no se hallaba vinculado a las órdenes de ningún elector, ni del Cuerpo Electoral (que solo cumplía la función de elegirlo), sino a la «voluntad social» que era la opinión pública.

Tal sujeción no conculcaba el rechazo del mandato representativo, puesto que la opinión pública, ni era voluntad de un particular, ni del Cuerpo Electoral, sino de la sociedad en su conjunto. Por otra parte, la opinión pública, según la hemos definido en un sentido cualitativo, se hallaba desprendida de matices «egoístas» y, por consiguiente, contenía lo mejor para la nación.

Pero es que, además, la sujeción a la opinión pública cumplía un requisito necesario para que se mantuviese el mandato representativo: permitía la libertad de apreciación por parte del diputado. Es decir, le permitía valorar qué era opinión pública, o qué opinión carecía de tal carácter; algo que era posible porque, según se ha dicho, la opinión pública carecía de un mecanismo procedimental para exteriorizarse (como la votación). De esta forma, con la libertad de valoración el diputado no perdía su individualidad, premisa indispensable en el Estado liberal en el que la voluntad general solo podía alcanzarse a partir del individualismo, esto es, a través del debate entre individuos y la reflexión del propio diputado.

Por esta razón, puede concluirse que la formación de la voluntad general se sometía a una serie de filtros que trataban de conjugar opuestos: individuo y Nación, sociedad y Estado, eliminando, a la vez otros: voluntad particular, opiniones parciales. El libre debate social procurado a través del ejercicio de derechos civiles, especialmente la libertad de imprenta, cribaba las opiniones dando lugar a una opinión pública considerada desde una perspectiva cualitativa. Esta opinión pública solo podía llegar a ser voluntad general a través del Estado, para lo cual era preciso que se convirtiera en decisión del Parlamento. Ahora bien, resultaba imprescindible que esta decisión fuese realmente expresión de la voluntad general, desterrando las voluntades particulares que en el seno de la Asamblea formaban la oposición.

Los tamices para lograr que el Parlamento expresase la voluntad general se escalonaban en varios niveles sucesivos que trataban de depurar los intereses parciales dejando visible solo la voluntad general. El primer filtro lo constituía la propia naturaleza de la representación, estructurada conforme a un sufragio restringido y a un sistema de incapacidades que solo permitía acceder al Parlamento a los sujetos supuestamente más idóneos. En segundo lugar, y ya en el seno de la cámara, para garantizar la pureza de la decisión se establecían mecanismos orientados a impedir la coacción sobre la capacidad reflexiva del diputado y sobre el

⁵⁷ Vid. a modo de ejemplo Marat, «Proyecto de Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, seguido de un plan de Constitución justo, honesto y libre» (23 de agosto de 1789), en FAURÉ, Christine. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, op. cit., págs. 285-286. El instituto de *recall*, sin embargo, supondría para el liberalismo dar preeminencia a la voluntad del cuerpo electoral de una circunscripción sobre la voluntad nacional.

proceso discursivo del Parlamento; así, un sistema de incompatibilidades, la prerrogativa de inviolabilidad y, especialmente, el mandato representativo.

Como resultado de este último tamiz, los diputados podían someter con plena libertad la «opinión pública» a un proceso discursivo, a un debate libre e igual, en el que, mediante el intercambio de luces recíprocas y la reflexión sobre los puntos de vista propios y ajenos había de resultar un acto de decisión, manifestado mediante el principio de la mayoría, que determinaba la voluntad general. En ese momento la opinión pública, sujeta a un proceso jurídico, el debate parlamentario, se convertía casi por transubstanciación en voluntad general. La votación permitía en ese momento escindir el Parlamento en dos grupos: la mayoría, que acertaba con la voluntad general, y la oposición, que no llegaba a aprehenderla y que demostraba haber expresado una voluntad particular.

Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO, Clara. *Lecciones de historia del constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons, 1999, 247 págs.
- ARTOLA, Miguel. *Los orígenes de la España Contemporánea*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, 2 vols.
- *La España de Fernando VII*, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, 999 págs.
- ASSEMBLÉE NATIONALE. *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799*. Paris: Dupont, 1894.
- BENTHAM, Jeremy. *Tácticas parlamentarias (1791)*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, 290 págs.
- BURKE Edmund. *Select Works of Edmund Burke. A New Imprint of the Payne Edition. Foreword and Biographical Note by Francis Canavan*, Indianapolis: Liberty Fund, 1999, 3 vols.
- CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio. *Discursos parlamentarios* (Estudio preliminar de Diego López Garrido), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, 425 págs.
- Colmena, La*. Madrid: Imprenta de la Viuda de Aznar, 1820
- CONDORCET, Jean Antonie Nicolas de Caritat, Marquis de. *Sur les Élections et autres textes*. Paris: Fayard, 1986, 649 págs.
- CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique* (1815). En *Oeuvres*, Paris: Gallimard, 1979
- COOKE, Jacob E. (edit.). *The Federalist*, Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1989, 672 págs.
- CORTES. *Diario de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813*. Madrid: Imprenta de J.A. García, 1870, 9 vols.
- COSTA, Prieto. *El problema de la representación política: una perspectiva histórica*. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, n.º 8, 2004, págs. 15-61.
- DESTUTT DE TRACY, Antoine Louis Claude, *Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu*. Genève: Slatkine Reprints, 1970, 480 págs.
- D'HOLBACH, Paul-Henry Thiry. *Système Social, ou principes naturels de la morale et de la politique avec un examen de l'influence du gouvernement sur les moeurs* (1773). Hildesheim: Georg Olms Verlag, 1969, 3 tomos en un volumen.

- DUSO, Giuseppe. «Génesis y lógica de la representación política moderna», en *Fundamentos (Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Teoría de la Constitución e Historia Constitucional)*, n.º 3, 2004, págs. 71-150
- Español Constitucional, *El*. Londres: Impreso por Enrique Bryer, 1818-1820
- FAURÉ, Christine. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812*. En Sánchez Ferriz, Remedio y García Pechuán, Mariano (edit.): *La enseñanza de las ideas constitucionales en las Universidades españolas e iberoamericanas*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, Valencia, 2002, págs. 185-199.
- *La influencia de Francia en el constitucionalismo histórico español*, en Forum Historiae Iuris, 2005, http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/index_en.htm
- (editor), *Jovellanos. Escritos políticos*, en *Obras completas*, vol. XII, Gijón: Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII - Ayuntamiento de Gijón, 2006, 2 vols.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia (1796-1797)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, 340 págs.
- GRIMSLEY, Ronal. *La filosofía de Rousseau*. Madrid: Alianza, 1977, 219 págs.
- HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona: Gustavo Gili, 1981, 352 págs.
- HELVETIUS, Claude-Adrien. *De l'esprit (1750)*. Paris: Chez Durand, 1758, 452 págs.
- HUME, David. *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals by David Hume*, L. A. Selby-Bigge (edit.), Oxford: Clarendon Press, 1972, 371 págs.
- JAUME, Lucien. *Échec au libéralisme. Les jacobins et l'État*. Paris: Éditions Kimé, 1990, 128 págs.
- JUNTA DE BAYONA. *Actas de la Diputación General de Españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808*, Madrid: Imprenta y Fundición de J.A. García, 1874
- KANT, Immanuel. *La paz perpetua (1795)*, Madrid: Tecnos, 1989, 68 págs.
- *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Madrid: Tecnos, 1987, 100 págs.
- *La Metafísica de las Costumbres (1796)*, Tecnos: Madrid, 1989, 374 págs.
- KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980, 497 págs.
- MABLY, Gabriel Bonnot de. *Oeuvres*, Aalen, Scientia Verlag, 1977.
- MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*, New York: Oxford University Press, 1920, 731 págs.
- MANDEVILLE, Bernard de. *La fábula de las abejas o los vicios privados hacen la prosperidad pública (1729)*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, 721 págs.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)*. Valencia: Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1974, 279 págs.
- OZOUF, Mona. «Public Opinion» at the End of the Old Regime. En Blanning, T. C. W. (edit.). *The Rise and Fall of the French Revolution*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1984, págs. 90 y ss.
- PARK, John James. *The Dogmas of the Constitution (1832)*, London: B. Fellowes, 1832, 217 págs.
- *Los dogmas de la Constitución* (edición y Estudio Preliminar de Joaquín Varela Suanzes). Madrid: Istmo, 1999, 166 págs.

- PÉREZ VILLAMIL, Juan. *Carta sobre el modo de establecer el Consejo de Regencia del Reino con arreglo a nuestra Constitución*, Madrid, Imprenta de la hija de Ibarra, 1808, 54 págs.
- PRICE, Vicent. *Opini3n p3blica*. Barcelona: Paid3s, 1994, 141 págs.
- ROBESPIERRE, Maximilien. *Notes manuscrites et in3dites de Robespierre conserv3es dans le Biblioth3que de M. de Bertrand-Goyrand 3 Aix, et publi3es par les soins du d'Ed. Tardif*, Aix: Achille Makaire, 1894, 53 págs.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social* (1762), Paris, Bordas, 1972, 145 págs.
----- *Oeuvres*, Paris: Gallimard, 1964
- SARTORI, Giovanni. *Elementos de teor3a pol3tica*. Madrid: Alianza, 1992, 368 págs.
- SHARP, Andrew (edit.), *The English Levellers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, 223 págs.
- SIEY3S Emmanuel J. *Qu'est-ce que le Tiers Etat* (1789). Paris: Presses Universitaires de France, 1982, 93 págs.
----- *Escritos y discursos de la Revoluci3n*, selecci3n y estudio preliminar de MAIZ, Ram3n: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 320 págs.
----- *El Tercer estado y otros escritos de 1789*. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, 252 págs.
- STA3L, Madame de. *Escritos pol3ticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 263 págs.
- TURGOT, Anne-Robert-Jacques. *Ceuvres*, Paris, 1844.
- VARELA SUANZES, Joaqu3n. *La doctrina de la Constituci3n Hist3rica: de Jovellanos a las Cortes de 1845*. En *Revista de Derecho Pol3tico*, n.º 39, 1995, págs. 45 y ss.

ANTONIO-FILIU FRANCO PÉREZ

El texto que sigue tiene su origen en una invitación que me hizo el profesor Francisco J. Bastida Freijedo, en junio de 2017, para colaborar en un número monográfico de la revista *Crónica Popular* –de la que es miembro del Consejo Editorial– sobre la Revolución rusa de 1917. En concreto me ofreció escribir un artículo breve sobre la Constitución soviética de 1918, en el que comentara sus características más significativas.

Suponía el profesor Bastida –y así me lo apuntaba en el correo electrónico en el que me formulaba la referida invitación– que con mi «formación cubana» sobre los textos constitucionales del extinto campo socialista del que formaban parte la ex Unión Soviética y los países socialistas de la Europa del Este, no me sería difícil ocuparme del comentario que me pedía. Ciertamente no le faltaba razón, pues durante mi formación académica en Cuba había tenido ocasión de estudiar la concepción soviética del Derecho constitucional, de especial influjo doctrinal entre los constitucionalistas que viven y profesan en la Isla.¹ No obstante, la privilegiada oportunidad de aprendizaje de la historia y la doctrina constitucional española de la que he disfrutado, me condujo a enfocar el estudio que se me había encargado a través de un paradigma doctrinal, y desde una perspectiva, radicalmente diferente a como lo hubiera abordado solo con mi inicial «formación cubana». Y en ese proceso de aprendizaje y cambio de paradigma doctrinal mucho ha influido el profesor Bastida.

¹ Como he puesto de relieve en FRANCO PÉREZ, Antonio-Filiu, «¿Reformar para petrificar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002», *Parlamento y Constitución, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha*, n.º 8, 2004, págs. 215-238; y en «Precisiones necesarias para comprender el proceso constituyente iniciado en Cuba con el Proyecto de Constitución de 22 de julio de 2018», en Antonio Pérez Miras *et al.* (coords.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. 5, 2020, págs. 253-270.

Conocí al profesor Francisco J. Bastida en la Universidad de La Habana, en marzo de 1994, en el marco de un curso de postgrado que impartió en su Facultad de Derecho, titulado «Los derechos constitucionales y sus garantías», de especial interés para los juristas cubanos que participamos en el mismo, donde puso de relieve -con exquisita prudencia política y notables dotes diplomáticas- los principios y valores democráticos articulados en la Constitución española de 1978, en contraste con la ausencia de principios y valores similares en el orden constitucional cubano por razón de la naturaleza del régimen político vigente en la Isla.

Cinco años más tarde, en septiembre de 1999, impartió otro curso de postgrado también en la Universidad de La Habana, titulado «Estado de derecho, Administración y régimen local», ocasión en la que igualmente -según tuvo la cortesía de comentarme a su regreso a Oviedo- se vio obligado a ejercitar sus dotes diplomáticas en la explicación de la materia. En esa oportunidad también visitó la Universidad de Camagüey. Así, no somos pocos los juristas cubanos que hemos tenido el privilegio de disfrutar del magisterio y la generosidad personal e intelectual del profesor Francisco Bastida, entre los que cabría mencionar a Lissette Pérez Hernández, Martha Prieto Valdés, Josefina Méndez López, Danelia Cutié Mustelier, Carlos Villabella Armengol, y quien escribe estas líneas. Todos hemos conocido con creces de la generosa faceta solidaria del profesor Bastida, mucho más allá de su colaboración académica en la enseñanza de postgrado de cuestiones clave del Derecho constitucional en la Universidad de La Habana.

Finalmente, por razones editoriales que no vienen al caso, el texto que escribí para ser publicado en la revista *Crónica Popular*, y que pretendía poner de relieve el modo en que la Constitución soviética de 1918 quebrantaba el paradigma del constitucionalismo liberal, encontró encaje en la *Revista de Derecho Constitucional* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Argentina, y se reproduce en este volumen como sentido homenaje al magisterio y la generosidad académica del profesor Francisco J. Bastida Freijedo.

La constitucionalización del programa político bolchevique en 1918²

Antonio-Filiu Franco Pérez

I. Introducción

Al tomar el poder en octubre de 1917, el Partido Bolchevique –soporte político-ideológico del régimen que surgió de la denominada Revolución de Octubre– se fijó como objetivo eliminar a todos los partidos y organizaciones rivales con el fin de convertirse en la única fuente de autoridad política en Rusia. En efecto, al obtener resultados adversos en las elecciones a la Asamblea Constituyente –celebradas el mes siguiente– los bolcheviques decidieron disolverla tras su primer y único día de sesión en enero de 1918, quedando así todo el poder en sus manos. Para ellos era inadmisibles que la Asamblea rechazase el reconocimiento de la autoridad suprema de los soviets y del Gobierno liderado por Lenin, de ahí que fuera una decisión partidista bien planificada, coadyuvando, así, a polarizar aún más el ya complejo escenario político ruso y a reforzar el menosprecio por todo cuanto representaba lo que calificaban como «parlamentarismo burgués», del que la Asamblea Constituyente era un vivo ejemplo por la forma en que se había constituido. Se trataba, pues, de dinamitar las bases del paradigma democrático «burgués» imponiendo un nuevo paradigma «soviético» garante de la causa proletaria.

Era este, qué duda cabe, un escenario muy meditado y estudiado por Lenin, particularmente en su ensayo *El Estado y la revolución* –escrito en la clandestini-

² Texto originalmente publicado en la *Revista de Derecho Constitucional* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Argentina, n.º 11, julio de 2018. La publicación en este volumen cuenta con la autorización del secretario de redacción de la referida revista.

nidad entre agosto y septiembre de 1917- en el que se ocupaba de analizar en profundidad la doctrina marxista del Estado a partir, fundamentalmente, de las obras de Marx y Engels dedicadas a esta materia. Se trata, pues, de una obra clave para entender las ideas leninistas sobre la construcción del nuevo orden «soviético», en tanto que ahí articulaba un plan de acción para desarrollar la estrategia revolucionaria una vez derrocado el orden capitalista.

Acaso uno de los ejes neurálgicos de dicho ensayo lo constituye el análisis de Lenin sobre las reflexiones realizadas por Marx al hilo de la experiencia histórica de la Comuna de París de 1871 (capítulo tercero de la obra), dejando muy claro que una de las principales lecciones extraídas por Marx de ese movimiento revolucionario que pretendía «asaltar el cielo» había sido que la clase obrera debía destruir, demoler, la máquina estatal que sostenía el *statu quo* burgués, y no simplemente limitarse a apoderarse de ella. Justamente por ello Lenin enfatizaba: «En estas palabras: ‘romper la máquina burocrático-militar del Estado’, se encierra, concisamente expresada, la enseñanza fundamental del marxismo en cuanto a las tareas del proletariado respecto al Estado durante la revolución». ³ De ahí que a su juicio mereciera especial atención la observación de Marx de que la demolición de la máquina estatal era condición previa de una «verdadera revolución popular». Dicho de otra manera, el programa político bolchevique hallaba una de sus justificaciones ideológico-doctrinales en la referida máxima marxista, fundamento a su vez del plan de acción a desarrollar después de la toma del poder.

Una parte esencial del plan de demolición de las instituciones «burguesas» tenía como diana el sistema parlamentario, cuya esencia, a juicio de Lenin, consistía en «decidir una vez cada cierto número de años qué miembros de la clase dominante han de oprimir y aplastar al pueblo en el Parlamento». ⁴ Así, la Comuna no se entendería como una corporación parlamentaria, sino como una corporación de trabajo, ejecutiva y legislativa a la vez, de modo que se suprimía el clásico principio de separación de poderes. O en palabras de Lenin:

La Comuna sustituye el parlamentarismo venal y podrido de la sociedad burguesa por instituciones en las que la libertad de opinión y de discusión no degenera en engaño, pues aquí los parlamentarios tienen que trabajar ellos mismos, tienen que ejecutar ellos mismos sus leyes, tienen que comprobar ellos mismos los resultados, tienen que responder directamente ante sus electores. Las instituciones representativas continúan, pero desaparece el parlamentarismo como sistema especial, como división del trabajo legislativo y ejecutivo, como situación privilegiada para los diputados. Sin instituciones representativas no puede concebirse la democracia, ni aun la democracia proletaria; sin parlamentarismo, sí puede y debe concebirse, si la crítica de la sociedad burguesa no es para nosotros una frase vacua, si la aspiración a derrocar el dominio de la burguesía es en nosotros una aspiración seria y sincera, y no una frase «electoral» para cazar los votos de los obreros, (...). ⁵

³ Cfr: LENIN, V. I., *El Estado y la revolución*, Fundación Federico Engels, Madrid, 1997, pág. 61.

⁴ *Ibid.*, pág. 68.

⁵ *Ibid.*, pág. 70.

Por ello, en la concepción leninista la Comuna se entendía como el primer intento de la revolución proletaria de destruir la máquina estatal burguesa, a la vez que la forma política que podía y debía sustituir el orden destruido.

II. Bases de la Constitución soviética de 1918

Poco después de la disolución de la Asamblea Constituyente se celebró el III Congreso de los Soviets de Rusia, con una mayoritaria representación de delegados bolcheviques que, entre otras cosas, aprobaron la «Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado»,⁶ base de la Constitución soviética de 1918.

En efecto, el Título primero –de los seis que componían el texto de la Constitución que nos ocupa– recogía y otorgaba rango constitucional a la referida Declaración de enero de 1918, en cuya virtud Rusia se declaraba República de los Soviets de diputados obreros, soldados y campesinos, instituida sobre la base de la unión libre de las naciones que formaban la Federación de las Repúblicas nacionales de Soviets.

Fijaba como objetivos fundamentales a alcanzar la abolición de toda explotación del hombre por el hombre, la eliminación de la división de la sociedad en clases, el aplastamiento de los explotadores, la organización socialista de la sociedad, y el triunfo del socialismo a nivel mundial, a cuyos efectos, entre otras cosas, anulaba la propiedad individual sobre la tierra, declarando de dominio público todas las propiedades rústicas, que serían transferidas sin indemnización a las masas trabajadoras. También declaraba bienes públicos las aguas y bosques, suelo y subsuelo, que fueran de interés público, así como el material y herramientas, el ganado, las granjas modelos y las explotaciones agrícolas.

Igualmente sentaba las bases para la transferencia, en plena propiedad, de las fábricas, industrias, minas, ferrocarriles y otros medios de producción y de transporte, a la República obrera y campesina de los Soviets, a la vez que ratificaba la nacionalización de los bancos en provecho del Gobierno soviético. Asimismo, con el fin de destruir lo que denominaba «las clases parásitas de la sociedad», instituía el trabajo obligatorio para todos, a la vez que decretaba armar a los trabajadores y la formación del Ejército Rojo socialista de los obreros y campesinos.

Disponía también que el Poder debía pertenecer íntegra y exclusivamente a las masas trabajadoras y a su representación autorizada: los Soviets de diputados obreros, campesinos y soldados, no pudiendo tener cabida los explotadores en ningún órgano soviético.

Dicho de otra manera, el Título primero que constitucionalizaba la «Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado» aprobada por el III Congreso de los Soviets de Rusia en enero de 1918, hacía las veces de preámbulo constitucional, si bien otorgándole valor normativo a los ocho preceptos en que se articulaba.

⁶ Véase el texto en castellano de la «Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado», en LENIN, V. I., *Obras Escogidas en tres tomos*, Editorial Progreso, Moscú, (s. f.), t. II, págs. 549-551.

III. Los pilares doctrinales de la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, de 1918

Quede claro, no obstante, que el primer texto constitucional soviético se formó, además de por la referida «Declaración» de enero de 1918, por un cuerpo normativo aprobado por el V Congreso de los Soviets de Rusia en el mes de julio del mismo año. Ambos documentos formaban una unidad como texto normativo articulado y por su contenido doctrinal, en tanto que perseguían la construcción de un nuevo orden: el Estado de la dictadura revolucionaria del proletariado.

La redacción del texto había sido encargada por Lenin a una comisión constituyente presidida por Yákov Sverdlov, a la sazón estrecho colaborador de Lenin. Los integrantes más activos de dicha comisión fueron los socialistas revolucionarios de izquierdas, que aspiraban a sustituir el modelo de Estado centralizado por una federación de soviets, bajo el influjo de la Comuna francesa de 1871. Lenin se mantuvo ajeno a las deliberaciones de la comisión a pesar de su manifiesto afán de controlar los más mínimos detalles del ámbito político-administrativo en el que se movía, lo que a juicio de Pipes evidenciaba su desdén por la Constitución escrita,⁷ toda vez que en ningún caso admitía que el férreo control del Estado por el Partido sufriera la menor merma.

Así las cosas, la Constitución soviética de 1918 no fue el fruto de la reflexión y el debate en una Asamblea Constituyente formada *ad hoc* (órgano aborrecido por Lenin, justamente por ser una manifestación de lo que él denominaba «parlamentarismo burgués»), sino el resultado del trabajo de una comisión partidista con fines constituyentes, aprobada por decisión del V Congreso de los Soviets con fecha de 10 de julio.

El texto constitucional soviético de 1918 transparentaba el complejo escenario sociopolítico y económico en que se redactó, a la vez que normativizaba el corpus de la doctrina político-ideológica propugnado por los bolcheviques liderados por Lenin. Perseguía, como ha sido apuntado, sentar las bases de lo que se consideraba el periodo político de transición del capitalismo al comunismo, que según la doctrina marxista no podría revestir otra forma política que la dictadura del proletariado, o en palabras de Lenin: «la transición de la sociedad capitalista –que se desenvuelve hacia el comunismo– a la sociedad comunista es imposible sin un ‘periodo político de transición’, y el Estado de este periodo no puede ser otro que la dictadura revolucionaria del proletariado».⁸ Así, la necesidad de esa fase de transformación revolucionaria del capitalismo al comunismo se justificaba por considerarse la única vía «para romper la resistencia de los explotadores capitalistas.»⁹

En esa virtud, el Título segundo –compuesto por quince artículos– constituionalizaba el núcleo duro de los fundamentos doctrinales del Programa político del Partido Bolchevique, amén de lo que pudiera considerarse la parte dogmática del texto constitucional. Precisamente el primer artículo de este título (artículo 9

⁷ Cfr: PIPES, Richard, *La Revolución rusa*, Debate, Barcelona, 2016, pág. 556.

⁸ Cfr: LENIN, V. I., *El Estado y la revolución*, *op. cit.*, pág. 108.

⁹ *Ibid.*, pág. 110.

del texto que nos ocupa) normativizaba el principio doctrinal de la dictadura del proletariado del siguiente modo: «Durante la actual fase de transición, el objeto principal de la Constitución de la RSFSR consiste en el establecimiento, mediante un fuerte poder soviético en toda Rusia, de la dictadura del proletariado de las ciudades y del campesinado más pobre, a fin de conseguir el aplastamiento completo de la burguesía, la abolición de la explotación del hombre por el hombre y la instauración del socialismo, bajo el cual no habrá ni división de clases ni poder del Estado». Recogía, pues, la esencia de la teoría marxista al respecto.

De manera coherente reconocía que el titular de la soberanía era «la totalidad de la población obrera del país, organizada en los soviets» (art. 10), en tanto que disponía que el órgano supremo del poder del Estado soviético era el Congreso de los Soviets de toda Rusia y, en los periodos entre Congresos, el Comité Ejecutivo Central de los Soviets de toda Rusia (arts. 12, 24 y 30).

Asimismo, reconocía a los trabajadores un conjunto de «libertades», siempre que se ejerciesen a favor de los intereses de la clase obrera, pues en caso contrario privaba «a los individuos y grupos particulares de sus derechos si los usaran en detrimento de los intereses de la revolución socialista» (art. 23). En el catálogo de «libertades» garantizadas se relacionaban la de conciencia (art. 13); la de expresión (art. 14); la de reunión (art. 15); y la de asociación (art. 16).

Para garantizar la libertad de conciencia a los trabajadores, consagraba el principio de separación de la Iglesia del Estado y de la escuela, a la vez que reconocía la libertad de propaganda religiosa y antirreligiosa (art. 13). A fin de garantizar a los trabajadores la libertad de expresión suprimía la propiedad privada de los medios de comunicación, «pasando a manos de la clase obrera y de los campesinos pobres todos los recursos técnicos y materiales necesarios para la publicación de periódicos, libros y otras publicaciones de imprenta, garantizando su libre difusión en el todo el país». (art. 14). Igualmente, para garantizar a los trabajadores la libertad de reunión, ponía «a disposición de la clase obrera y de los campesinos pobres todos los locales adecuados para la organización de reuniones populares, con mobiliario, alumbrado y calefacción». (art. 15). Y, por último, para garantizar a los trabajadores la libertad de asociación, concedía a los obreros y campesinos asistencia y apoyo material «para que se unan y se organicen» (art. 16). En fin, a través de la intervención del Estado soviético en todos los ámbitos de la sociedad (fundamento de la construcción del Estado totalitario),¹⁰ se pretendía garantizar el ejercicio de las «libertades» reconocidas a los trabajadores, de manera que las referidas «libertades» quedaban desvirtuadas.

La Constitución rusa de 1918 también garantizaba a los trabajadores el acceso a la cultura, a cuyos efectos el poder estatal soviético se fijaba como objetivo «ofrecer a los campesinos pobres y a los obreros una instrucción completa, universal y gratuita» (art. 17). Pero, junto a estas «libertades» y prestaciones, en coherencia con la naturaleza proletaria del nuevo orden soviético, el texto constitucional declaraba el trabajo como obligación de todos los ciudadanos, a la vez que

¹⁰ Sobre este particular véase, por todos, ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 2001, págs. 483 y ss.

proclamaba la consigna: «¡El que no trabaja, no come!» (art. 18). Asimismo, declaraba obligatorio «la defensa de la patria socialista», e instituía el servicio militar universal, si bien reservaba a los trabajadores «el derecho y el honor de defender a la Revolución con las armas en la mano», segregando a los «elementos no productivos de la población» a otras obligaciones militares (art. 19).

Siendo la construcción del Estado de la dictadura revolucionaria del proletariado el fin último perseguido por la Constitución soviética de 1918, resulta comprensible que el sistema electoral que diseñaba estuviese dirigido a garantizar la primacía de dicha clase respecto del resto de clases trabajadoras,¹¹ aunque también –esto sí menos obvio– privaba del derecho al sufragio a quienes consideraba elementos parásitos de la sociedad. En efecto, el texto constitucional reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de los dos sexos mayores de 18 años de edad «cuyos medios de existencia dependan del trabajo productivo o de un trabajo socialmente útil», así como a «los trabajadores empleados de todas las categorías y todos los géneros ocupados en la industria, el comercio, la agricultura y derivados, los campesinos y los cosacos que cultivan tierras y no emplean mano de obra ajena para obtener beneficios de ella»; amén de a los soldados del Ejército y de la Marina soviética (art. 64). En cambio, el artículo 65 privaba del derecho de sufragio a todos aquellos que, aun pudiendo pertenecer a una de las anteriores categorías, empleasen a asalariados para lucrarse con su trabajo; obtuviesen sus recursos de rentas y no de su trabajo; los comerciantes privados; los monjes, sacerdotes eclesiásticos y todos aquellos que sirvieran a la Iglesia y a los cultos religiosos; los funcionarios y agentes de la antigua policía y servicios de seguridad del anterior régimen, entre otros. Dicho de otra manera, solo reconocía el derecho de sufragio a las clases trabajadoras, excluyendo a todas las demás.

IV. A modo de conclusión

En fin, el texto constitucional soviético de 1918 quebraba la idea liberal que entendía a la Constitución como medio para asegurar las libertades del individuo, y centraba su principal función en fundamentar y articular la construcción de un orden nuevo: el Estado de la dictadura del proletariado. Así, el contenido de la Constitución se concebía como un programa a realizar para alcanzar un fin político supremo, que no era otro que canalizar la transición de la sociedad capitalista a la sociedad comunista a través de un periodo político de tránsito entendido como una dictadura revolucionaria, liderada por la clase obrera. De ahí que desde esta concepción «programática» lo determinante fuera la realización efectiva del modelo socio-político y económico diseñado en la Constitución; o dicho de otra manera, la Constitución soviética de 1918 prefigura un orden que los poderes de

¹¹ Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución disponía que el Congreso de los Soviets de toda Rusia estaría compuesto por representantes de los Soviets de diputados de las ciudades (donde se concentraba la clase proletaria), a razón de un diputado por cada 25000 electores, y de representantes de los Congresos regionales, a razón de un diputado por cada 125000 habitantes, lo que evidentemente primaba el voto urbano sobre el rural.

la República de los Soviets de diputados obreros, soldados y campesinos, esto es, el Estado soviético, habrían de realizar o desarrollar para conseguir la única opción posible y predefinida en el texto constitucional, estatalizando la sociedad. Se articulaba, así, un paradigma constitucional encontrado al liberal-democrático que ha pretendido organizar y limitar el Estado con el objeto de garantizar las libertades individuales.

V. Fuentes y bibliografía

ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 2001.

FRANCO PÉREZ, Antonio-Filiu, «¿Reformar para petrificar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002», *Parlamento y Constitución*, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 8, 2004, págs. 215-238.

----- «Precisiones necesarias para comprender el proceso constituyente iniciado en Cuba con el Proyecto de Constitución de 22 de julio de 2018», en Antonio Pérez Miras *et al.* (coords.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. 5, 2020, págs. 253-270.

LENIN, V. I., *El Estado y la revolución*, Fundación Federico Engels, Madrid, 1997.

----- *Obras Escogidas en tres tomos*, Editorial Progreso, Moscú, (s. f.), t. II, págs. 549-551.

PIPES, Richard, *La Revolución rusa*, Debate, Barcelona, 2016.

PATRICIA GARCÍA MAJADO

Elegir un trabajo que mantenga cierta vinculación con el profesor Bastida Freijedo no es demasiado difícil, toda vez que, de alguna manera, sus enseñanzas están presentes en todos ellos. Sin embargo, mi corta trayectoria académica hace que no tenga demasiado donde escoger y las pocas cosas que existen, o bien no han sido aún publicadas o bien están en proceso de estarlo. Quizás, en este sentido, existieran otros trabajos cuya vinculación académica con aquel fuera, al menos *a priori*, más estrecha. Sin embargo, el trabajo que aquí he elegido –«El ciudadano en la reforma constitucional: la participación directa»– no tanto por el tema en sí, sino por lo que su fondo representa, me permite poner de relieve ciertos aspectos de su figura académica y también personal.

Dicho trabajo fue desarrollado en el marco de un proyecto de investigación sobre la reforma constitucional y defensa de la democracia, dirigido por el profesor Aláez Corral, en el que ambos participamos. Cuando lo presenté, en el Congreso celebrado en la Junta General del Principado de Asturias (2019), en una de las primeras intervenciones de mi andadura académica, el profesor Bastida estaba sentado en primera fila –al lado de O. Pfersmann–. Era una de esas miradas en las que uno busca aprobación mientras expone; aunque lo cierto es que su familiaridad hizo que, al hilo de la exposición, me refiriese torpemente a él como «Paco», en vez de como «profesor Bastida», algo que consiguió arrancar, no solo mi vergüenza, sino alguna que otra carcajada de la sala de juntas.

Sin embargo, el porqué de la elección de este trabajo es de mayor calado. Y es que la metodología sobre la que se asienta forma parte de la que, a lo largo de su trayectoria académica, el profesor Bastida ha logrado consolidar, desarrollar y transmitir académicamente, tanto como docente como investigador. En concreto, dicho trabajo perfila dos modelos de participación ciudadana directa en la reforma constitucional a partir, básicamente, dos nociones distintas del concepto de soberanía (como cualidad de un sujeto o como cualidad de las normas) que se articulan,

a su vez, sobre la conceptualización que ofrece la teoría de los sistemas sociales, singularmente la de N. Luhmann.

El trasfondo de dicho trabajo mantiene, entonces, una vinculación evidente con el profesor Bastida. Por un lado, en él se advierte, creo, la relevancia que adquiere la metodología y los presupuestos materiales de los que se parte a la hora de investigar en el ámbito del Derecho Constitucional. No en vano en el trabajo se expone cómo dependiendo de la noción que se mantenga de soberanía se llega a dos comprensiones distintas de la participación ciudadana directa en la reforma constitucional. El catedrático de Derecho Constitucional, en efecto, siempre ha subrayado la importancia de la teoría, la necesidad de poner bien los cimientos, dogmáticamente hablando, para luego, con solidez, edificar sobre los mismos. Y tales cimientos se construyen, no solo con muchas lecturas bajo la soledad del flexo, sino también con los «sparrings» –como él los llama–, esas charlas académicas informales y distendidas, de las que yo también he tenido la fortuna de beneficiarme. Por otro, los vestigios del profesor Bastida en dichas páginas son inevitables toda vez que el centro del trabajo, como previamente se apuntaba, gira entorno a la soberanía, noción a la que tanto tiempo y esfuerzo aquel ha dedicado. Prueba de ello es su inmarcesible obra, la «soberanía borrosa», que conserva toda su virtualidad, teórica y práctica, más de treinta años después de su redacción, y que ha servido de sustento para la elaboración de estas páginas (y también de otras).

Esa *borrosidad* que, de la mano de la soberanía, el catedrático de Derecho Constitucional introdujo en la literatura académica, nos ayudó a entender que el ordenamiento, especialmente el democrático, no funciona en términos de todo o nada y que precisamente en esa labor de ajustes y compensaciones demuestra toda su complejidad. Creo que no equivocarme si digo que es su nombre el que a muchos nos viene a la cabeza cuando en cualquier conversación o lectura asalta el adjetivo «borroso». Y no solo porque es él el artífice de dicha expresión en su sentido jurídico, sino porque un académico, especialmente aquel dedicado al Derecho Constitucional –en las palabras con las que el profesor Bastida concluye su célebre trabajo– es aquel «que hace de la duda, de la borrosidad, método». Él, con su propio ejemplo, nos ha enseñado a dudar, pero también a estar seguros; a ser críticos, pero también comprensivos; a ser rigurosos sin dejar de ser flexibles; a ser inquietos, pero reflexivos; a ser serios, sin olvidar nunca el sentido del humor. A ser universitarios, en suma, en toda la extensión de la palabra.

Si la borrosidad no entiende de principios de finales, pues todo forma parte más bien de una misma línea que va adquiriendo distintas tonalidades, los académicos «borrosos» como el profesor Bastida y todo su legado nunca se jubilan.

El ciudadano en la reforma de la Constitución: la participación directa¹

Patricia García Majado

1. Introducción

Es un lugar común en la teoría de la democracia hallar en la idea de la soberanía popular el fundamento último para reivindicar la participación directa de los individuos de un determinado ordenamiento en la reforma de su Carta Magna. Sin embargo, tal y como acontece con otras cuestiones, la concreta función que tal participación directa está llamada a desempeñar en el seno del sistema democrático depende, en gran medida, del concreto entendimiento que se tenga, en general, de la noción de soberanía y, en particular, de la soberanía popular. Precisamente porque esta cuestión es el punto de arranque insoslayable a la hora de analizar el tema que nos ocupa, las siguientes páginas comenzarán por identificar dos modelos opuestos sobre la función que desempeña la participación directa de los individuos en la reforma de la Constitución, contruidos sobre presupuestos metodológicos claramente diferenciados y distantes entre sí.

Uno es un modelo no normativo, que hace de la intervención popular en los procedimientos de reforma constitucional la expresión más genuina del poder constituyente que es, en definitiva, ese omnipotente pueblo soberano; y otro, es un modelo estrictamente normativo, que incardina aquella dentro del poder constituyente-constituido de reforma constitucional y que la pone al servicio de la efi-

¹ Este texto es una reproducción del originariamente publicado con el mismo título en ALÁEZ CORRAL, B., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, CEPC, Universidad de Oviedo, 2020, págs. 343 y ss.

cacia de una Constitución que sí es verdaderamente norma suprema del ordenamiento y, por tanto, soberana. Será este segundo modelo, de corte positivista, el que se asuma como válido y sobre el trate de edificarse el resto del estudio. Poner de manifiesto esta toma de posición es relevante pues, si no se comparten los presupuestos metodológicos normativos que asume como propios este trabajo, lo más probable es que tampoco se comparta la función que se atribuya a la participación directa de la ciudadanía en la reforma constitucional. De ahí que sea esencial analizar con detenimiento cuál es el punto de salida para comprender cuál es, en definitiva, el de llegada. Hallada la función genérica que la participación ciudadana directa encuentra en un ordenamiento que es en sí mismo soberano, el propósito de las páginas posteriores no es otro sino analizar la función más concreta que aquella desempeña dependiendo de cuándo se produzca procedimentalmente, si en el *input* del sistema -fase de impulso y fase central del procedimiento de reforma constitucional- o en el *output* del mismo -fase decisoria-.

En definitiva, el objetivo de este trabajo no es analizar regulaciones normativas concretas acerca de cómo aparece configurada dicha participación en el ordenamiento jurídico español o en el Derecho Comparado. Las siguientes páginas, por el contrario, constituyen una contribución teórica acerca de la función que dicha implicación de la ciudadanía está llamada a desempeñar en un sistema normativo, haciendo ese análisis desde la abstracción que provee la teoría de los sistemas. Ese análisis sistémico permite abarcar la complejidad del asunto para posteriormente acercarse a ella con propuestas normativas más concretas que contribuyan a hacer verdaderamente efectivo ese papel que el ciudadano ostenta en los procedimientos de reforma constitucional de un sistema democrático.

2. Dos modelos de participación directa en la reforma constitucional

2.1. Modelo no normativo: La participación directa del pueblo como expresión genuina del poder constituyente

Entre las posiciones no positivistas es muy frecuente hallar en una determinada comprensión del dogma de la soberanía popular la justificación para reivindicar, al margen de lo previsto en la Constitución misma, la participación directa del pueblo en los procesos de reforma constitucional. La soberanía, concebida desde esta perspectiva como una cualidad susceptible de ser atribuida a un sujeto o institución, le pertenece enteramente al pueblo, entidad eminentemente política cuya existencia es prejurídica y metapositiva, es decir, anterior al Derecho mismo y ubicada por encima de este. En tanto que soberano, aquel deviene en un sujeto habilitado para expresarse fuera de los procedimientos normativamente establecidos, en lo que aquí interesa de reforma constitucional, pues no puede afirmarse que un soberano esté constreñido por los límites de la normatividad sin poner su propia existencia como tal en tela de juicio. En definitiva, si un sujeto es anterior y superior al Derecho mismo, no es de extrañar que pueda desenvolverse sin pléjarse a las ataduras de una positividad a la que no se debe ni su existencia (política) ni su actuación.

Justamente porque el pueblo es soberano, aquel mismo encarna ese originario, eterno y omnímodo, poder constituyente. Y es que solo donde existe un verdadero soberano *legibus solutus* es posible hablar de poder constituyente, pues este no es sino la traslación de aquel al ámbito de los procesos de reforma constitucional. Ambos aluden a la existencia de una entidad –el pueblo en este caso– no vinculada por el Derecho, sino superpuesta a él, capaz de emerger en cualquier momento y revelarse de cualquier forma. En este sentido, el poder constituyente, por naturaleza ilimitado, nada tiene entonces que ver con el poder de reforma constitucional, limitado, que sí es creado por el ordenamiento y, por tanto, sometido al mismo.²

Así pues, el pueblo no necesita ninguna habilitación normativa para intervenir en los procedimientos de reforma constitucional pues entonces se estaría haciendo del constituyente un poder constituido, algo que supondría sencillamente su desnaturalización. La participación popular es un poder fáctico que, como tal, se sustancia fuera del terreno positivo de las normas. De ahí que, si el pueblo toma partido en el proceso de reforma conforme a las normas previamente establecidas, actúe como poder constituido, apareciendo así su participación «degradada» dado que no es expresión auténtica de la soberanía popular, al permanecer jurídicamente limitada.³ La participación popular genuina, que es la que interesa a efectos de este modelo, es la que se produce *extra ordinem*.⁴ Solo esta es manifestación del poder constituyente originario.

Lo relevante no es, entonces, que las reformas constitucionales se adecúen a las previsiones normativas que la Constitución establece para regular su propio cambio, sino a la voluntad de un sujeto político, el pueblo, situado más allá de aquellas. La disociación entre legalidad y legitimidad deviene entonces evidente. La segunda no se inserta dentro de la primera, sino que tiene existencia propia, al margen del Derecho mismo.⁵ De ahí que en pro de esta pueda –y quizás deba–

² Un clásico exponente de esta comprensión es SIEYÈS, E., *Qu'est-ce que le tiers état?*, PUF, Paris, 1982, para quien la Constitución no puede ser sino obra del poder constituyente, quien no debe resultar constreñido por formas constitucionales. En un sentido similar se expresa, como es bien sabido, LOCKE, J., *Two treatises of Government*, Guernsey Press, Londres, 1986, Libro II, Cap. XI. La manifestación contemporánea más clara de esta concepción es la de ACKERMANN, B., *We the People. Transformations*, Belknap Press for Harvard University Press, Harvard, 1998, págs. 383 y ss., que construye la teoría del «two-track system», distinguiendo así los procesos de normalidad política, regidos por la voluntad de los poderes constituidos y los denominados «momentos constitucionales», regidos por la voluntad del pueblo soberano, no sujeta a limitación alguna.

³ En este sentido TIERNEY, S., *Constitutional Referendums – The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 12, explica que solo los referéndums celebrados *extra ordinem* son expresión del poder constituyente del pueblo, no así los que se celebran siguiendo el procedimiento de reforma. De ahí que no siempre que el pueblo tome partido en el proceso –mediante referéndum en este caso– se esté ejerciendo la soberanía popular.

⁴ Véase, por ejemplo, cómo REED AMAR, A., «The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V», *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, págs. 457 y ss., sostiene que el Artículo V de la Constitución de Estados Unidos prevé un procedimiento de reforma que permite a los poderes constituidos (Gobierno y Congreso) llevar a cabo las modificaciones pertinentes sin contar con el pueblo, sin el cual aquellos no podrían acometer tal tarea. Pero tal Artículo V no excluye la existencia de otro procedimiento de reforma impulsado directamente por aquel, que la Constitución asume o da por hecho al ser el pueblo el soberano.

⁵ Sobre la legitimidad como una cualidad que no tiene que ver con el respeto a las normas, véase SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971.

sacrificarse aquella. Lo determinante, en definitiva, es que la reforma de la Constitución sea legítima, porque si es legítima –se dirá– también será jurídicamente lícita.

En este sentido, la intervención del pueblo deviene en un criterio para juzgar la validez reformas, si bien externo al ordenamiento jurídico (heterorreferencial). Sirve, en definitiva, para convertir en constitucionales reformas inconstitucionales, esto es, para dotar de validez a aquellas reformas de la Constitución que, a pesar de no haber seguido el procedimiento normativamente establecido, se han visto *sanadas* por la legitimidad que les aporta esa intervención directa del pueblo.⁶ Así sucede, por ejemplo, cuando se dan por válidas reformas que, a pesar de no haber cumplido con los requisitos procedimentales que se exigen, han sido ratificadas en referéndum por aquel.⁷ También cuando se propone la creación de asambleas constituyentes, impulsadas por iniciativa del pueblo y no sometidas a límite positivo alguno, que hagan emerger al soberano dormido.⁸ En efecto, las recientes convenciones constitucionales que han surgido, aunque con escaso éxito, en Islandia e Irlanda,⁹ por ejemplo, constituyen una clara evidencia de cómo trata de reactivarse el poder constituyente, recreando de forma pristina sus manifestaciones originarias.

Lógicamente, si la intervención popular puede operar con efectos sanatorios, es casi forzoso admitir que también puede hacerlo con efecto invalidantes. De ahí que, *a sensu contrario*, aquella sirva para convertir en inconstitucionales reformas constitucionales, es decir, para cuestionar la validez de las que, habiendo observado el procedimiento formalmente establecido, no han visto implicado de forma directa al pueblo en su gestación, resultando, por tanto, ilegítimas. En efecto, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales explica cómo hay ciertas cláusulas en la Constitución –sus principios básicos– que sean o no formalmente declaradas intangibles, no pueden ser reformadas por el poder de reforma constitucional sino por el poder constitu-

⁶ No se habla, en vano, del «extraordinario poder de absolución» que ostenta el pueblo, que le permite transformar reformas formalmente inconstitucionales en constitucionales. Véase al respecto ALBERT, R., «Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations», en *Cornell International Law Journal*, n.º 169, 2017, págs. 197-198.

⁷ Véanse las propuestas formuladas por ALBERT, R., «The Case for Presidential Illegality in Constitutional Amendment», en *Drake Law Review*, 2019 y, del mismo autor, «Discretionary Referenda in Constitutional Amendment», en *Boston College Law School Legal Studies Research Paper*, n.º 460, 2017, sobre cómo las reformas constitucionales llevadas a cabo *extra ordinem* son válidas al contar con la ratificación popular.

⁸ Esta es la postura, por ejemplo, de REED AMAR, A., *op. cit.*, nota 3, págs. 458 y ss., quien propone la creación de una convención constitucional por parte del Congreso si así lo solicitan la mayoría de los votantes y siempre que las reformas propuestas por aquella sean finalmente ratificadas en referéndum por mayoría simple. En términos similares, COLON-RÍOS, J.; HUTCHINSON, A., «Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?», en *Denver University Law Review*, vol. 89, n.º 3, 2012, págs. 605 y ss.

⁹ Véanse al respecto, entre otros, los trabajos de CAROLAN, E., «Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, págs. 733 y ss.; THORARENSEN, B., «The people's contribution to constitutional changes: Writing, Advising or Approving? – Lessons from Iceland», en CONTIADES, X.; FOTIADOU, A., *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Routledge, New York, 2017, págs. 103 y ss.

yente originario.¹⁰ Solo el pueblo soberano –se dice– puede *cambiar* –no reformar– la Constitución misma (su identidad).¹¹ De ahí surge, en efecto, la teoría de la sustitución constitucional. Por tanto, cuando el poder de reforma trate de modificar alguna de esas partes implícitamente indisponibles para él,¹² la reforma en cuestión será inconstitucional ya que estará afectando a una materia reservada al poder constituyente. En consecuencia, la falta de intervención directa del pueblo puede invalidar una reforma válida desde un punto de vista formalista.

2.2. Modelo normativo: La participación ciudadana directa como mecanismo incardinado en el poder constituyente-constituido

2.2.1. De la participación directa del pueblo a la participación directa de la ciudadanía

El lugar que ocupa el individuo en las reformas constitucionales, según el modelo anteriormente expuesto, puede parecer que eleva al máximo exponente la idea de la soberanía popular. Sin embargo, es radicalmente incompatible con la existencia de una Constitución, máxime si esta es democrática. Si la Constitución es verdaderamente la norma suprema de un determinado ordenamiento jurídico, constituyendo el parámetro de validez de las restantes (autorreferencialidad) y, al mismo tiempo, ostentando una capacidad ilimitada de creación jurídica (positividad),¹³ la Constitución es ella misma la soberana. Y es que, la soberanía es necesariamente una cualidad normativa, no subjetiva porque, en definitiva, quien quiera que sea el soberano lo será porque una norma así lo ha previsto.¹⁴ Si esto es así, no es jurídicamente posible que exista un sujeto –el pueblo en este caso– cuya

¹⁰ Las cláusulas de intangibilidad son límites vinculantes para el poder constituido de reforma constitucional, pero no para el poder constituyente que, por definición, es ilimitado. Así lo expone, entre muchos otros, JACKSON, V., «Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism» en BÄUERLE, M. et al. (eds.): *Demokratie-Perspektiven Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pág. 47, cuando dice que la intangibilidad no bloquea todas las «avenidas democráticas», sino solo una, la del poder constituido de reforma constitucional.

¹¹ Sobre la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales como un mecanismo de protección del poder constituyente originario, véase el amplio estudio realizado por ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017, especialmente las págs. 135 y ss.

¹² Si tales cláusulas fueran formalmente cláusulas de intangibilidad la cuestión sería totalmente diferente. La reforma constitucional que pretendiese cambiarlas sería inconstitucional al estar infringiendo un límite normativo impuesto por la Constitución misma.

¹³ Los conceptos de autorreferencialidad –que alude a la capacidad del sistema para crear normas a través de normas (clausura normativa)– y positividad –que se refiere a la capacidad de aquel para integrar nuevos contenidos del medio (apertura cognitiva)–, se toman de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann que puede consultarse, entre la extensa bibliografía del autor al respecto, en LUHMANN, N., *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990.

¹⁴ Sobre la soberanía como una cualidad únicamente atribuible a normas, véase KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, Comares, Granada, 2002, pág. 170, y también ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, págs. 79-81.

existencia preceda a aquella, dado que los poderes juridificados existen porque la Constitución los crea y limita.¹⁵ Por eso justamente donde hay Constitución no hay (pueblo) soberano.¹⁶ En consecuencia, no es posible admitir que el pueblo pueda expresarse al margen de los procedimientos normativos –en este caso de reforma constitucional– que aquella misma establece para su modificación. Aquel no puede manifestarse al margen del Derecho mismo sin violar el propio ordenamiento jurídico. Lo contrario supondría admitir, en definitiva, que la soberanía ya no le pertenece a la Constitución misma, sino a quien válidamente puede prescindir de ella para revelarse: al soberano *legibus solutus*.

La imposibilidad jurídica de que exista un soberano en el marco de una Constitución deviene todavía más clara cuando aquella es democrática. Lo que ambas nociones –Constitución y democracia– tienen en común, es precisamente la proscripción de un poder no sometido a normas.¹⁷ Y es que, en efecto, «no hay democracia sin Derecho».¹⁸ Para que pueda realizarse ese ideal de autogobierno –que el pueblo gobernado pueda ser pueblo gobernante– es necesario que existan normas que regulen, en condiciones de igualdad y libertad, la implicación de todos los individuos en dicha tarea. De ahí que resulte tremendamente difícil calificar de democráticos esos referéndums o asambleas constituyentes que tratan de canalizar reformas constitucionales *extra ordinem*. Sin sujeción a la normatividad, resulta muy difícil saber si su realización se sujeta a normas y, en su caso, quién se erige y cómo en autor de las mismas.

La función de la soberanía popular no es apuntalar la existencia de un soberano *legibus solutus*, sino justamente la contraria: evitar que alguien pueda convertirse en soberano.¹⁹ Esta es la única manera de cohonstar la existencia de una Constitución democrática con la noción de la soberanía popular: entender que este no es un apoderamiento para que el pueblo se exprese al margen de aquella, sino un mecanismo que trata de hacer que los sometidos a las normas –y no otros– participen, de forma directa o indirecta en su creación algo que, a su vez, reporta legitimidad al sistema. Es, en definitiva, una soberanía popular que se pone al servicio de la Constitución que la ampara: al involucrar a los destinatarios de las normas en su producción (autogobierno) y, al permitir que los contenidos sean mudables si se sigue el procedimiento establecido, aquella ve

¹⁵ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2010, pág. 38.

¹⁶ KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 149 y ss.; KIRCHHEIMER, O., *Costituzione senza sovrano*, De Donato, Bari, 1982, págs. 33 y ss. Asimismo, recogen posteriormente esta idea de que el reconocimiento de soberanías es incompatible con el propio Estado Constitucional, entre otros, DE OTTO, I., *op. cit.*, nota 15, pág. 138; FERRAJOLI, L., «La soberanía en el mundo moderno», en *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 139.

¹⁷ BASTIDA FREIJEDO, F., «Constitución, soberanía y democracia», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, 1991, pág. 10.

¹⁸ DE OTTO, I., *op. cit.*, nota 15, pág. 56.

¹⁹ De ahí que tradicionalmente se haya asignado una «función negativa» a esa atribución de la soberanía a la colectividad, en los clásicos términos expuestos por CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Sirey, Paris, págs. 168 y 176. En términos similares mucho más recientemente, habla de «garantía negativa» FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, pág. 36.

reforzada su autorreferencialidad y positividad respectivamente, en definitiva, su soberanía.²⁰

Así las cosas, el máximo poder que existe en un ordenamiento jurídico –el poder de reforma constitucional– es un poder jurificado, es decir, creado por el propio ordenamiento y sometido a este. Precisamente por ello, no es posible vindicar, al hilo de una comprensión distorsionada de la soberanía popular, la existencia de un poder constituyente en el seno de una Constitución democrática, susceptible de emerger en cualquier momento para expresar su voluntad al margen de los procedimientos que aquella diseñó para llevar a cabo su propia reforma. El poder constituyente se extingue tras la aprobación de la norma fundamental. Se domestica al jurificarse, pasando a ser un poder *constituyente-constituido*, gestado por el ordenamiento y obligado a operar dentro de sus confines normativos. Donde hay Constitución como norma suprema, no hay pueblo soberano alguno y, por lo tanto, se desvanece la idea misma del poder constituyente, máxima expresión de aquel. Donde hay Constitución solo es posible hablar de poder constituyente-constituido y, en consecuencia, de reforma constitucional, sea cual sea su objeto y su amplitud. Lo demás será revolución.

Situado el debate en estos términos, si la soberanía popular se incardina dentro del poder constituyente-constituido, la participación directa de los individuos en la reforma constitucional solo puede ser ejercicio de aquel. Es una participación necesariamente *juridificada*. La misma ya no constituye un criterio de validez externo al ordenamiento jurídico (heterorreferencial) –como en el modelo anterior– sino interno (autorreferencial). *Per se*, tal participación directa no sirve para enjuiciar la validez jurídica de la reforma en cuestión. Solo lo hará si el propio ordenamiento la ha previsto como parte del procedimiento, esto es, si dicha participación directa es norma, exigencia jurídica. La reforma constitucional será, entonces, legítima por válida, pero no a la inversa. Ya no existe legitimidad posible al margen de aquella, sino solo dentro de la misma.

En este sentido, cuando los individuos toman partido en la reforma constitucional, de acuerdo con las previsiones normativas al respecto, ahí ya no está actuando ningún sujeto político, prejurídico e ilimitado (el pueblo). Está interviniendo, por el contrario, el conjunto de individuos a los cuales el ordenamiento jurídico ha conferido la potestad para tomar parte, en este caso de forma directa, en los asuntos públicos: la ciudadanía. Por tanto, si antes se hablaba de la participación directa del *pueblo*, propia de un contexto jurídico donde la Constitución no es la norma suprema del ordenamiento, ya que se pliega a los designios de un sujeto político anterior y superior a la misma (el pueblo), ahora solo cabe hablar, coherentemente, de participación directa *ciudadana*, propia de unas coordinadas jurídicas en las que la Constitución, como norma soberana que es, regula jurídica-

²⁰ Esta idea de que la democracia condensa las dos cualidades que la Constitución precisa para ser soberana, fue expuesta por BASTIDA FREIJEDO, F., «La soberanía borrosa: la democracia», en PUNSET BLANCO (COORD.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, págs. 390 y ss.

mente su propio cambio y, por tanto, disciplina qué sujetos -ahora plenamente jurídicos- y cómo, deben intervenir en él.

No obstante, la cuestión que ahora nos ocupa no solo se resuelve sosteniendo que quien debe poder participar es ese sujeto jurídico en que la ciudadanía consiste. Resulta imprescindible saber, precisamente, en qué consiste la ciudadanía, es decir, cómo aparece configurada en términos normativos, quién es, en definitiva, ciudadano a efectos de un determinado ordenamiento. Unos diseños se aproximan más a esa idea de autogobierno, ínsita en la soberanía popular, que no consiste sino en que los gobernados puedan ser, en la medida de lo posible, también gobernantes. Conforme más próximos resulten ambos polos y, por ende, menos distancia exista entre el individuo y el ciudadano, más autorreferencial será ordenamiento en su conjunto y, consecuencia, también más democrático. Y, a la inversa: conforme menos gobernados -súbditos- ostenten la condición de gobernantes -ciudadanos activos-, menos autorreferencial será el sistema y, por ende, también menos democrático.

Por tanto, si de lo que se trata es de que los sometidos a las normas puedan participar en su creación, a la hora de delimitar quiénes son verdaderamente los gobernados -que son los potenciales gobernantes- el sistema democrático debe hacer abstracción de las condiciones sociales que rodean al individuo en sí mismo considerado, como la religión, la lengua, la nacionalidad, etcétera, poniendo el acento en su mera condición de sujetos sometidos por igual a las reglas de un determinado ordenamiento jurídico. Siendo esto así, quien debe poder participar en la reforma constitucional en un ordenamiento democrático, no es el nacional o el que comparta unos determinados rasgos culturales, sino más bien el residente, que es el que verdaderamente aparece sujeto al sistema normativo que la Carta Magna preside.²¹ Ello no es óbice, no obstante, para exigir, de cara a la obtención de la condición de residente -y por tanto de ciudadano- un tiempo mínimo de arraigo que garantice la incorporación más o menos estable del individuo a la comunidad jurídica de que se trate en cada caso.

No obstante, la cuestión de quién debe participar en la reforma de la Constitución no solo se resuelve maximizando el concepto de ciudadano, tal y como se ha visto previamente, sino que también pasa por ampliar el número de sujetos que puedan ejercer los derechos de participación política que confiere tal estatus jurídico. En otras palabras: no se trata solo de saber quién es ciudadano sino quién efectivamente puede actuar como tal, lo que conduce a la cuestión no tanto de la titularidad de los derechos fundamentales sino del ejercicio de los mismos. Esto no quiere decir que el sistema democrático no pueda restringir el ejercicio de los derechos de participación política de determinados individuos en base a determinadas circunstancias personales. Lo único que quiere decir es que tales restricciones deben estar debidamente justificadas, justificación que pasa, en definitiva, por demostrar que tales sujetos no son, por diversas circuns-

²¹ En este sentido, por ejemplo, BASTIDA FREJEDO, F., «La soberanía borrosa...», *loc. cit.*, nota 20, págs. 411 y ss.; PRESNO LINERA, M.A.: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 165 y ss. Mucho más extensamente sobre la cuestión de la ciudadanía, puede consultarse la obra de ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*, CEPC, Madrid, 2006.

tancias, capaces de autodeterminarse políticamente. Dicha consideración debe tenerse en cuenta, por ejemplo, a la hora de fijar la edad mínima requerida para participar –a la vista de las circunstancias sociológicas del momento y también de las distintas edades que el ordenamiento en cuestión exija para operar en el tráfico jurídico (contraer matrimonio, asumir responsabilidades penales, trabajar, testar, etcétera)– o a la hora de privar de dicha posibilidad a los individuos que adolezcan de algún tipo de discapacidad, pues ello no es siempre sinónimo de incapacidad para autodeterminarse políticamente.²²

2.2.2. La participación ciudadana directa como un mecanismo al servicio de la Constitución democrática soberana

En un sistema donde los destinatarios de las normas deben participar en su creación, la ciudadanía tiene que poder intervenir en la modificación de su Carta Magna. Lo que sucede es que los sistemas democráticos modernos son sumamente complejos y la mejor forma de gestionar tal complejidad es articulando dicha participación de forma indirecta, es decir, a través del instituto de la representación. Sin embargo, no es dicha participación en la reforma constitucional la que aquí interesa, sino la directa. La cuestión ahora reside en determinar qué función podría cumplir esta en un sistema democrático.

Para ello es necesario tomar como punto de partida el papel que desempeña la reforma constitucional para con el ordenamiento jurídico. A través de esta, la Constitución puede convertir las expectativas que habitan en el entorno social en normas jurídicas del máximo nivel jerárquico. Aquella desempeña así una función capital para el sistema normativo, pues asegura su propia supervivencia, su misma eficacia como sistema. Posibilitando que distintas expectativas sociales puedan adquirir validez jurídica, el ordenamiento reduce las posibilidades de que estas se vean indefectiblemente abocadas a reivindicarse e imponerse al margen del Derecho lo que, de suceder, pondría en tela de juicio la propia soberanía de la Constitución. En otras palabras: la reforma constitucional expresa la posibilidad ilimitada de creación jurídica del ordenamiento (positividad) y, al hacerlo, vela por su clausura normativa (autorreferencialidad).²³

Pues bien, si es la reforma constitucional el mecanismo por excelencia a través del cual el sistema jurídico se abre y mantiene en contacto con el medio social que le rodea, la participación ciudadana directa en tal proceso coadyuva a ese fin. Constituye un *canal de comunicación* entre el ordenamiento jurídico y el entorno social. Es una herramienta de que dispone el primero para estar más alerta, para conocer mejor o más fácilmente las expectativas del medio. Una suerte de altavoz o, si se quiere, de «sexto sentido». Por eso la participación directa

²² Estas cuestiones han sido analizadas más extensamente, aunque con ocasión del derecho de sufragio, por PRESNO LINERA, M.A.: *El derecho de voto*, loc. cit., nota 22, págs. 128 y ss.

²³ Sobre el papel que la reforma constitucional desempeña en el sistema jurídico, y que aquí se sigue, véase más extensamente la obra de ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 101 y ss.

no excluye ni se opone a la indirecta (representativa), sino que la complementa. De lo que se trata es de maximizar las formas de comunicación entre el sistema y el entorno para minimizar las tensiones que puedan surgir entre ambos y que, a la larga, pueden desembocar en huidas de la propia normatividad.²⁴

Allí donde esté en juego la soberanía de la Constitución, y eso sucede de forma excelsa en la reforma constitucional, la comunicación entre sistema y entorno debe intensificarse. A diferencia de otros procesos de creación normativa infraconstitucionales, en la reforma de la Carta Magna está en juego, en mucho mayor grado,²⁵ tanto la autorreferencialidad del sistema –pues se está tratando de cambiar la norma que es condición de validez de las restantes– como la positividad del mismo –al modificarse los límites de lo jurídicamente lícito–. Por tanto, la comunicación entre sistema y entorno debe fortalecerse o ser más fluida cuando de lo que se trata es de modificar los límites de lo jurídicamente válido, las fronteras mismas del Derecho. Cuanto más reconciliados aparezcan el ordenamiento y el entorno social en la base del sistema normativo, menos posibilidades habrá de que surjan posteriores tensiones que devengan en una amenaza para la soberanía del ordenamiento.

Ahora bien, si desde el punto de vista del sistema jurídico la participación ciudadana directa constituye un canal de comunicación entre aquel y el medio social, desde el punto de vista del individuo en sí mismo considerado, aquella es expresión del ejercicio del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos que los ciudadanos ostentan. Este es el que les permite tomar partido en la construcción del entramado constitucional, es decir, el que les permite ser partícipes de la soberanía de la Constitución que es, en definitiva, la idea que late tras la noción de la soberanía popular (autorreferencialidad). Aquí se aprecia claramente como en un sistema democrático los medios son, en esencia, un fin en sí mismos.

De lo expuesto hasta el momento no cabe colegir, no obstante, que si una Constitución no contempla la participación ciudadana directa en su procedimiento de reforma deviene no democrática. Es ella misma, desde su propia soberanía, la

²⁴ Precisamente porque la participación ciudadana directa actúa como un canal de comunicación entre el sistema jurídico y el entorno social, aquella es funcional desde el punto de vista de los ordenamientos democráticos independientemente de las expectativas sociales que permita comunicar. En otras palabras: no se está juzgando si aquella da lugar a reformas constitucionales más democráticas desde el punto de vista de su contenido. No parece demasiado adecuado, en términos jurídicos, reivindicar el uso de ciertos mecanismos si conducen a la obtención de ciertos resultados materiales y prescindir de ellos cuando no es así. El sistema democrático hace posible que las expectativas de la sociedad puedan llegar al sistema jurídico para ser discutidas y, en su caso, aprobadas y transformadas en norma; es decir, es proceso. En la medida en que la participación ciudadana directa contribuya a la apertura y eficacia de ese proceso será funcional, no dependiendo su bondad –al menos en términos jurídicos– de los concretos resultados normativos a que conduzca. No obstante, hay estudios que se encargan de analizar la relación entre el nivel de democratización de un país y los procedimientos participativos de reforma constitucional, como por ejemplo el de SAATI, A., *The Participation Myth: Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Print & Media, Umeå University, 2015; o los efectos más políticos que jurídicos que tienen los procesos participativos, como GINSBURG, T.; BLOUNT, J.; ELKINS, Z., «The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval», *Temple Law Review*, vol. 81, n.º 2, 2008, págs. 361 y ss.

²⁵ La gradualidad (o borrosidad) de estas condiciones funcionales del sistema ha sido puesta de manifiesto por BASTIDA FREJEDO, E., «La soberanía borrosa...», *loc. cit.*, nota 20, págs. 387 y ss.

que debe articular de qué manera y en qué grado implica a la ciudadanía en tal proceso de creación normativa. Dejaría de ser democrática si esta no tomase partido de ninguna forma, directa o indirecta. Lo único que sucede si la Constitución no prevé la participación ciudadana directa en su reforma es, simplemente, que estará prescindiendo de un canal comunicativo que le permitiría estar en contacto directo con el entorno y, por tanto, más próximo y receptivo a sus expectativas. El ordenamiento, si se permite la expresión, estaría un poco más «ciego» o «sordo» frente al medio social y sus correspondientes demandas, es decir, vería algo mermodos sus «sentidos».

3. La participación ciudadana directa en las distintas fases del procedimiento de reforma constitucional

Si bien la participación ciudadana directa en los procedimientos de reforma constitucional constituye un canal de comunicación entre el sistema democrático y el entorno social, dicha comunicación no ostenta siempre la misma finalidad. Aquella es un mecanismo jurídico complejo que alberga dentro de sí múltiples instrumentos que permiten llevar a cabo esa labor de contacto con el medio en distintos momentos del procedimiento comunicativo y, por tanto, de diversas formas y con distintas pretensiones. De esta manera, el ordenamiento se comunica directamente con el entorno social con diferentes propósitos, según lo haga al inicio -en el *input* del sistema- o al final de los mismos -en el *output*-. Veámoslo más detenidamente.

3.1. La participación ciudadana directa en el *input* del sistema: la participación-deliberación

Uno de los momentos en los que puede operar la participación ciudadana directa es el *input* del sistema, es decir, en las fases deliberativas que, en el procedimiento de reforma constitucional, podrían reducirse a dos: la fase inicial o de impulso de la reforma y la fase central de la misma. Pues bien, lo que permite la participación ciudadana directa en este punto no es que todos los individuos puedan decidir acerca de la reforma en cuestión, sino que todos puedan intervenir en su gestación. De ahí que aquella responda en este punto al binomio *participación-deliberación*, cuyo único fin es implicar activamente al ciudadano en el proceso comunicativo en que la reforma constitucional consiste, distanciándose así de las concepciones de democracia directa y alineándose más, por el contrario, con las ideas de democracia participativa o deliberativa.²⁶ Por tanto, la participación

²⁶ Entre la amplísima bibliografía que podría consultarse al efecto, pueden verse las obras de HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 363 y ss., en el capítulo dedicado a la política deliberativa; NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; FISHKIN, J., *When the people speak. Deliberative democracy and public consultation*, Oxford University Press, Oxford, 2009; GUTMANN, A., THOMPSON, D., *Why deliberative democracy?*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

ciudadana directa en el *input* incide, fundamentalmente, sobre la positividad del ordenamiento, es decir, sobre su grado de apertura hacia las expectativas sociales del entorno.

3.1.1. La fase de impulso

A través de la iniciativa ciudadana de reforma constitucional, la ciudadanía puede activar el ejercicio del poder constituyente-constituido formulando propuestas alternativas al texto constitucional vigente para su consideración. Y es que, si el cometido de la reforma constitucional, en especial en el seno de un sistema democrático, no es otro sino hacer permeable el texto constitucional a las expectativas sociales del entorno, de lo que se trata es de articular jurídicamente un procedimiento donde puedan tener cabida y discusión el mayor número posible de aquellas. El *input* del sistema debe ampliarse al máximo de forma que puedan revelarse, en condiciones de igualdad y libertad, todas las opciones políticas posibles –lo que también es una exigencia del pluralismo– pues eso contribuye a expandir la positividad del propio ordenamiento.

Tradicionalmente, el grado de positividad del sistema se ha analizado desde el punto de vista de los contenidos de las potenciales reformas, vinculándose, de forma paradigmática, a las cláusulas de intangibilidad. La ausencia de estas aumenta aquella dado que permite que puedan positivizarse, sin excepción, cualesquiera expectativas sociales. Sin embargo, el grado de positividad del ordenamiento, la amplitud de su *input*, no solo tiene que ver con los contenidos de las expectativas que quieren acceder al sistema jurídico, sino también con los sujetos emisores de las mismas. En otras palabras: no se trata solo de ver *qué* se puede comunicar –criterio objetivo al que atienden las cláusulas de intangibilidad–, sino *quién* puede comunicar –criterio subjetivo al que atiende la iniciativa de reforma–.

Pues bien, la iniciativa ciudadana de reforma constitucional es un mecanismo de participación ciudadana directa que posibilita el acceso de ciertas expectativas sociales –las procedentes de la ciudadanía– al ordenamiento. Aquí se aprecia claramente cómo esta funciona como un canal de comunicación entre sistema y entorno. Su función es, por tanto, eminentemente conductiva, trasmisora –*participación-deliberación*– nunca decisoria;²⁷ naturaleza que, por cierto, debería servir para aplacar los recelos demagógicos que en ocasiones se esgrimen contra este instrumento participativo.²⁸ La utilidad comunicativa de este mecanismo podría cuestionarse aduciendo que las expectativas de reforma constitucional de la ciudadanía ya pueden acceder al ordenamiento a través de los representantes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la iniciativa ciudadana vehicula aspiraciones que no encuentran hueco en sede parlamentaria. Se trata, en definitiva, de hacer

²⁷ PIZZORUSSO, A., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. 3, Cedam, Padua, 1973, pág. 1473.

²⁸ Véase sobre esta cuestión PRESNO LINERA, M. A., «La democracia directa y la falacia de sus riesgos», en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (COORD.), *La democracia indignada. Tensión entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, págs. 79 y ss.

llegar al sistema *otras* expectativas distintas a las existentes que, habitando en el medio social, no podrían llegar a ser simplemente debatidas si no existiera este canal para expresarlas.²⁹ La democracia participativa actúa así, como se apuntó previamente, como un complemento de la representativa.

En este orden de cosas, cuando la iniciativa ciudadana de reforma constitucional se prohíbe, tal y como sucede en el caso español (art. 166 CE),³⁰ el *input* del sistema se estrecha pues se bloquea un salvoconducto a través del cual podrían acceder a él ciertas expectativas sociales. El ordenamiento se pliega frente a la entrada de estas, no en función de *qué dicen* sino en atención a *quién* las formula –la ciudadanía– lo que contribuye a reducir la positividad del sistema. Al hacerlo, esas expectativas a las que se veta el acceso tienen más posibilidades de tratar de ser impuestas al margen del Derecho, recurriendo a un peligroso y espurio poder constituyente cuya emergencia pondría en tela de juicio la propia soberanía constitucional.³¹ En la máxima expresión de la soberanía del ordenamiento, que es el ejercicio del poder constituyente-constituido, no pueden suprimirse canales comunicativos, sino al revés.

En efecto, la iniciativa ciudadana de reforma constitucional, lejos de ser una *rara avis*, es un mecanismo relativamente común el Derecho Comparado. Suiza, por ejemplo, contempla esta opción tanto para la reforma total como para la parcial si se reúnen 100000 firmas (arts. 138-139 Bundesverfassung), al igual que Liechtenstein (arts. 64 y 112 Verfassung des Fürstentums Liechtenstein); o Austria, que demanda el aval de 200000 ciudadanos con derecho a voto o la mitad de los que tengan derecho a voto en cada uno de tres Estados (art. 41.2 en relación con el art. 44 Bundesverfassungsgesetz). En la misma línea se sitúan otros ordenamientos como Letonia, que exige el aval de la décima parte de electores (art. 78 Satversme); Lituania, el de 300000 votantes (art. 147 Lietuvos Respublikos Konstitucija); Rumanía, el de 500000 (art. 150 Constituția României); Georgia, el de 200000 (art. 102 Constitución de Georgia); Eslovenia, el de 30000 (art. 168 Ustava

²⁹ Esta función de integración de intereses que desempeña la participación ciudadana directa fue puesta de manifiesto por LARIOS PATERNA, M.J., *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, págs. 81 y ss. En este mismo sentido, CUESTA, V., *Participación directa e iniciativa legislativa en democracia constitucional*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 39.

³⁰ Para un análisis de las razones ofrecidas por los constituyentes para finalmente proscribir la iniciativa ciudadana de reforma constitucional en la Constitución Española, véase el trabajo de PRESNO LINERA, M.A., «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 27, 2012, págs. 96 y ss. En la misma línea crítica en la doctrina española, entre otros, DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 134. En sentido contrario, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. 142 y ss. A este respecto, debe tenerse en cuenta que ha habido una propuesta de reforma constitucional planteada por el Principado de Asturias en 2014, en la que se solicitaba una modificación del art. 166 CE para que la iniciativa de reforma constitucional pudiera ejercerse en los términos previstos en el art. 87 CE, aunque para ello se estableciese un número superior de firmas. Se encuentra disponible en <http://anleo.jgpa.es:8080/documentos/Boletines/pdf/9A-1614.pdf> (última consulta el 30 de julio de 2018).

³¹ ALÁEZ CORRAL, B., «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después», en PUNSET BLANCO, R.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (eds.), *Cuarenta años de una Constitución normativa (1978-2018)*, Aranzadi, Madrid, 2018, pág. 651.

Republike Slovenije); o Serbia y Macedonia, que requieren ambas el apoyo de 150 000 electores (art. 203. Constitución serbia y art. 130 Constitución de la República de Macedonia).

3.1.2. La fase central

Aunque la fase de impulso de la reforma constitucional materialice de forma genuina el *input* del sistema –su entrada–, lo cierto es que no lo agota. Aquel comprende todas aquellas fases de corte eminentemente deliberativo –no decisorio– en las que se debata la posibilidad de positivación de ciertas expectativas sociales lo que, además de en la fase inicial, sucede también en la fase central del procedimiento, una vez que la propuesta de reforma en cuestión ha alcanzado la sede parlamentaria. Estas consideraciones son relevantes porque es un lugar común, cuando se piensa en participación directa, tratar de reivindicar y condensar la intervención de la ciudadanía al inicio y al final de los procedimientos de creación normativa, desapareciendo o quedando relegada la misma a un segundo plano durante el transcurso de aquellos. Se olvida entonces que el *input* del sistema no se concentra solo en el momento estricto del acceso de las expectativas al ordenamiento, sino también en las fases posteriores de deliberación acerca de las mismas.

En tanto que en dichos momentos siguen vertiéndose y discutiéndose expectativas sociales –que es en lo que consiste propiamente deliberación– sigue siendo deseable que el sistema jurídico continúe manteniendo la comunicación directa con el entorno social. En este punto, la participación sigue respondiendo al binomio *participación-deliberación*. El objeto de esta es que los ciudadanos puedan tomar partido en la discusión de los proyectos o propuestas de reforma constitucional en curso, brindándoseles la oportunidad, sencillamente, de ser oídos al respecto. Aquellos pueden intervenir en la discusión en sede parlamentaria como un «sujeto deliberante» más, junto con los representantes, lo que contribuye a ampliar así el *input* del sistema y, por ende, su positividad.

Interviniendo en sede parlamentaria, la ciudadanía puede verter sus propias consideraciones acerca de la reforma constitucional en cuestión y, de forma singular, ofrecer información que habita en el medio social y que conoce, por su propia naturaleza y proximidad, de primera mano. Dicha información contribuye a enriquecer y avivar la deliberación, a ampliarla y conectarla con la realidad más inmediata, en la que la reforma constitucional en cuestión, de resultar aprobada, desplegaría sus efectos. Resulta evidente que las apreciaciones expresadas por los ciudadanos pueden no resultar acogidas. Sin embargo, lo único que el sistema jurídico puede garantizar es que aquellas puedan ser formuladas, facilitando así la permeabilidad social de las instituciones de representación.

Si la intervención ciudadana directa en este punto, como en la fase de impulso, tiene por objeto contribuir a la apertura del *input*, al ensanchamiento de la positividad del sistema, eso se logra permitiendo que el ciudadano acceda como tal a la sede parlamentaria y participe, pues con ello la deliberación sobre la reforma constitucional se abre a la recepción de expectativas diferentes que, en este caso,

proceden justamente del entorno social donde la potencial reforma operará. El ordenamiento, en definitiva, disciplina los canales comunicativos con el medio para que cierta información que puede resultar muy valiosa de cara a la configuración de la reforma que se está gestando, pueda ser efectivamente recibida por el ordenamiento, pero nada más. La participación se agota, en este sentido, en esa posibilidad de comunicar –desde el punto de vista del sujeto– y de recibir –desde la perspectiva del sistema–.

Siendo esto así, la siguiente pregunta a responder es cómo debería articular el ordenamiento jurídico esta participación ciudadana directa durante la fase central del procedimiento de reforma constitucional. Sin ánimo de exhaustividad –pues no es este el lugar para formular propuestas normativas muy concretas–, en el caso de que existiera iniciativa ciudadana de reforma constitucional, resultaría coherente que los promotores de la misma pudiesen participar en su tramitación parlamentaria, defendiéndola y respondiendo a las diversas objeciones o críticas que pudieran surgir acerca de la misma. La comunicación entre sistema-entorno será más fluida si una expectativa que surge del medio social y consigue acceder a la sede parlamentaria puede seguir contando con el respaldo y defensa de quien originariamente la ha formulado, que es quien sabe y apoya su contenido. Por otro lado, dicha participación también podría llevarse a cabo a través de audiencias públicas. A través de estas, podrían acceder al debate parlamentario, no solo expertos en la materia que sea objeto de discusión, sino también y especialmente personas o asociaciones representativas de los grupos sociales afectados por las mismas (jubilados, jóvenes, mujeres, estudiantes, etcétera) que constituyen, en definitiva, esa parte del entorno social que más puede contribuir a la deliberación originada al respecto.

3.2. La participación ciudadana directa en el output del sistema: la participación-codecisión

Tal y como se apuntaba previamente, la participación ciudadana directa puede producirse en distintos momentos y, con ello, desempeñar distintas funciones. Además de en el *input*, aquella puede operar en el *output* del sistema, conformado esencialmente por la fase de decisión. La propia naturaleza jurídica de este momento procesal condiciona el papel que desempeña la intervención directa de la ciudadanía en el mismo, muy distinto al que ostentaba en las previas fases deliberativas.

3.2.1. La función sistémica del referéndum de reforma constitucional

A diferencia de las fases de impulso y central del procedimiento, en la fase decisoria ya no hay pluralismo, sino solo minorías que llegan a formar la mayoría. La complejidad que provoca el pluralismo, la entrada en el sistema de muchas y variadas expectativas (*input*), en algún momento debe reducirse, transformándose en binariedad, para que pueda concluir el procedimiento de reforma iniciado

(*output*). No tanto porque este esté agotado, sino porque en algún momento hay que decidir, es decir, cerrar *provisionalmente* el proceso comunicativo hasta que el mismo vuelva a abrirse de nuevo.³² Esta necesidad de cierre, de decisión, destierra el elemento participativo-deliberativo como fundamento democrático de la intervención ciudadana en el momento final del procedimiento. Esta ya no tiene por fin insertar expectativas sociales en el circuito comunicativo del sistema (deliberación) sino pronunciarse de forma directa y definitiva, a través del referéndum, sobre la conversión en Derecho de una determinada expectativa social, es decir, sobre la aprobación de una norma (decisión).³³

El canal de comunicación en que aquella consiste sirve, en este caso, para saber qué opina la ciudadanía sobre una determinada reforma constitucional y, por consiguiente, si la acepta o no. De lo que trata ahora es de intensificar la conexión entre la voluntad ciudadana y la voluntad normativa, aproximando su identificación todo lo posible. Cuanto más coincidan o menos se distancien ambos extremos, más autorreferencial será el sistema democrático en su conjunto y, por consiguiente, más eficaz. De ahí que si la intervención ciudadana directa en el *input* del sistema respondía al binomio *participación-deliberación*, e incidía fundamentalmente sobre su positividad (apertura); ahora, en la fase final del procedimiento, aquella responda al binomio *participación-codecisión*,³⁴ afectando más intensamente a su autorreferencialidad (clausura).

No obstante, aunque el referéndum sea una herramienta de voto y no de voz y, por tanto, expresión de la *participación-codecisión*, el elemento participativo-deliberativo no está del todo ausente. La convocatoria de un referéndum de reforma constitucional trasciende el acto binario de la votación, generando una corriente discursiva acerca de la cuestión que es objeto de decisión, situándola en el centro del debate público y desencadenando así una sana actividad de deliberación pública. Este mecanismo, aunque sea puramente decisorio -de reducción de la complejidad- genera a su vez complejidad -al menos *ex ante*- porque fo-

³² HABERMAS, J., *op. cit.*, nota 26, pág. 601.

³³ Precisamente porque el referéndum es un instrumento binario (sí/no) al ser estrictamente decisorio, no son pocas las críticas democráticas que tradicionalmente se han vertido sobre el mismo. Esencialmente, se concentran en el «déficit deliberativo» que provoca este instrumento y en la amenaza que puede suponer para las minorías, dado que es una mayoría siempre la que se impone. Véanse, entre otros, TIERNEY, S., *op. cit.*, nota 2, págs. 27 y ss.; LEDUC, L., «Referéndums and deliberative democracy», en *Electoral Studies*, n.º 38, 2015, págs. 139 y ss.; SARTORI, G., *Teoría de la democracia. 1 El debate contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, pág. 156; QVORTRUP, M., *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester University Press, Manchester, 2002, pág. 158. Estos peligros sobre los que doctrinalmente se alerta existen, pero si el referéndum es un mecanismo decisorio que necesariamente opera en la fase del *output*, lo cierto es que dicha herramienta no puede dejar de ser binaria. Tales advertencias, a mi juicio, más que para demonizar al referéndum, sirven para señalar que no debe ser, tal vez, el único instrumento con el que se dé cabida a la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones, sino que debe acompañarse de otros más propiamente deliberativos, como los señalados con anterioridad. De lo que se trata, en definitiva, es de que el ciudadano participe, y eso no tiene que ver solo con decidir, sino con que aquel se exprese y forme parte activa de tales procesos.

³⁴ Se dice *participación-codecisión* y no *participación-decisión* porque las reformas sometidas a referéndum han sido previamente aprobadas por los respectivos Parlamentos. Son, por tanto, dos órganos del Estado -las Cortes y el cuerpo electoral- los que intervienen en la aprobación final de la reforma.

menta el intercambio de opiniones, el vertido de expectativas sociales al debate público, alentando así la expresión del pluralismo político.³⁵ En esa función deliberativa que desempeña el referéndum es esencial la campaña de información que se lleve a cabo. Esta debe estar presidida por el mayor grado posible de transparencia, neutralidad y heterogeneidad, a fin de que la misma pueda cumplir, no solo con ese fin informativo-deliberativo, sino con una posterior votación propiamente democrática.

Sentadas estas bases, la siguiente cuestión que habría que dilucidar es si el referéndum debiera exigirse para aprobar todas las reformas constitucionales. Si es en el ejercicio del poder constituyente-constituido donde la participación ciudadana ostenta sentido y funcionalidad democrática, dado que aquel, como se ha visto, es la máxima expresión de la soberanía del ordenamiento jurídico, parece lógico admitir que la ratificación en referéndum de las reformas constitucionales debiera exigirse siempre en términos democráticos.³⁶ Así lo prevén, en efecto, algunos ordenamientos europeos, como por ejemplo Irlanda (art. 46 Constitution of Ireland), Dinamarca (Parte X, sección 88 Danmarks Riges Grundlov), Suiza (art. 140 Bundesverfassung), Andorra (art. 106 Constitución del Principado de Andorra) o Rumanía (art. 147 Constituția României). De la misma forma lo exigen todas las Constituciones estatales de los Estados Unidos, salvo Delaware,³⁷ también Australia (art. 128 Commonwealth of Australia Constitution Act) Japón (art. 96 Constitución japonesa) y algunos Estados latinoamericanos como Uruguay (art. 331).³⁸

Sin embargo, contra esta exigencia incondicional de ratificación ciudadana se esgrime, en unas ocasiones, lo innecesario –y costoso– de convocar una consulta para avalar reformas constitucionales que revistan poca transcendencia o que resulten de menor calado³⁹ y, en otras, lo superfluo que resulta concitar a la ciudadanía para votar modificaciones que no alteran la esencia misma de la Constitución (las normas materialmente constitucionales). Esto es, de nuevo, un problema de punto de partida. Si lo que justifica la participación ciudadana directa en la reforma constitucional –que lleva a intensificar la comunicación entre sistema y entorno– es que esta afecta de forma muy intensa a la autorreferencialidad y la positividad del ordenamiento, dado que se alteran los límites de lo jurídicamente válido, la soberanía de este se ve interpelada en todo caso, independientemente de cuál sea el objeto de aquella (concepto formal de

³⁵ LEVY, R., «Deliberative voting: Reforming constitutional referéndum democracy», en *Public Law*, 2013, págs. 555 y ss.; TIERNEY, S., «Direct Democracy in the United Kingdom: Reflections from the Scottish Independence Referendum», en *Public Law*, n.º 4, 2015, págs. 633 y ss.

³⁶ En este sentido en la doctrina española, y entre otros, ALÁEZ CORRAL, B., «El procedimiento de reforma...», *loc. cit.*, nota 31, pág. 648; PÉREZ SOLA, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, Jaén, 1994, págs. 150-151.

³⁷ Este dato ha sido extraído de DONOVAN, T., «Referendums and Initiatives in North America», en QVORTRUP, M., *Referendums around the world. The Continued Growth of Direct Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, 2014, pág. 128.

³⁸ Esta exigencia democrática de ratificación popular para las reformas constitucionales choca, sin embargo, con el hecho de que menos de la mitad de las Constituciones del mundo lo exijan a tales efectos, como se demuestra en el trabajo de ANCKAR, D., «Constitutional referéndum in the countries of the world», en *Journal of Politics and Law*, n.º 7, 2014, págs. 1 y ss.

³⁹ DE ESTEBAN, J., *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984, pág. 96.

Constitución). Se están modificando siempre previsiones normativas que ostentan la posición de supremacía en el seno del ordenamiento. Por tanto, no hay reformas que no merezcan referéndum porque no hay reformas «menos constitucionales» que otras, es decir, que no interpelen a la soberanía del sistema en su conjunto.⁴⁰

3.2.2. La graduación de la participación directa en función de la afectación al principio democrático

A pesar de que todas las reformas constitucionales ponen en juego la soberanía misma de la Constitución (autorreferencialidad y positividad), no es menos cierto que no todas la comprometen con la misma intensidad. Esta resulta más interpelada en aquellas que afectan directamente al principio democrático –tal y como este aparezca normativamente configurado en cada concreto texto constitucional, no en términos abstractos–.⁴¹ Este expresa las mismas cualidades que condensa la soberanía en sí misma: el autogobierno –que responde a una idea autorreferencial– y la posibilidad de mudar el contenido de las normas siempre que se observe el procedimiento establecido –positividad–.⁴²

Ahora bien, expuesta la cuestión en estos términos, podría decirse que toda reforma constitucional afecta, de alguna forma, al principio democrático, al ser este uno de los principios estructurales del ordenamiento. No obstante, esa afectación, para ser verdaderamente tal e interpelar de forma directa a la soberanía del ordenamiento, debe ser de los *elementos nucleares* del principio democrático⁴³ y no de otros que resultan accesorios –a la vista de la concreta configuración

⁴⁰ Por el contrario, si se parte de una concepción material de Constitución, es casi forzoso admitir que el referéndum no será siempre necesario, sino que lo será para ratificar aquellas reformas que involucren a normas *materialmente constitucionales*. Dado que estas, precisamente por ser tales, no se encuentran únicamente en la norma jerárquicamente suprema, el referéndum se precisaría también para aprobar aquellas otras reformas normativas que conciernan a aspectos que, aunque formalmente se sitúan fuera de la Carta Magna, sean materialmente constitucionales. Esta es la comprensión, por ejemplo, que lleva a BECKMAN, L., «Democratic legitimacy does not require constitutional referendum. On «the Constitution» in theories of constituent power», en *European Constitutional Law Review*, n.º 14, 2018, págs. 567 y ss., a considerar que el referéndum no es un requisito necesario para la legitimidad democrática de las reformas constitucionales. Este punto de vista no se puede compartir si se parte de que lo que hace que una norma sea constitucional es su posición jerárquicamente suprema en el seno de un ordenamiento, no sus concretos contenidos.

⁴¹ Con ello quiere decirse que el principio democrático, como principio estructural que es, no es susceptible de ser interpretado al margen del concreto texto constitucional en el que se inserta. Ello rompería, en efecto, la propia autorreferencialidad del ordenamiento, ya que estaríamos sustrayéndonos del terreno positivo. Su contenido no puede precomprenderse, sino que debe deducirse de las reglas constitucionales específicas en las que aquel se plasma –diversas en cada sistema normativo– y que le dotan, posteriormente, de un contenido propio. Véase a este respecto DE OTTO, I., *op. cit.*, nota 15, pág. 141.

⁴² BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa...», *loc. cit.*, nota 20, págs. 390 y ss.

⁴³ Se sigue en este punto la interpretación que ALÁEZ CORRAL, B.: *Los límites materiales... loc. cit.*, nota 23, págs. 345 y ss., hace sobre el concepto de «afectar» utilizado por el art. 168 CE, para apuntar las materias que deben reformarse por el procedimiento agravado, una de las cuales son, justamente, los principios estructurales del ordenamiento al pertenecer al Título Preliminar.

constitucional de este- pues son ellos los que condensan verdaderamente la esencia del mismo. En consecuencia, si la reforma constitucional afecta a los elementos nucleares del principio democrático, más afectada se verá la propia soberanía del ordenamiento y, por tanto, más debe intensificarse la participación ciudadana directa en el momento decisorio. Y a la inversa, en la medida en que no lo haga, dicha participación puede rebajarse. Las variables son, así, directamente proporcionales.

¿Cómo graduar, entonces, esa distinta *intensidad* que debería revestir la participación? Podría hacerse a través del quórum de participación y el nivel de mayorías que se exijan para aprobar finalmente la reforma constitucional. En aquellas que no afectasen a los elementos esenciales del principio democrático, la participación ciudadana directa en el momento decisorio podría revestir una menor intensidad dado que se está comprometiendo la soberanía constitucional (autorreferencialidad y positividad) en menor grado. En este caso, sería suficiente con que la mayoría de los votantes no se opusiera a la reforma o, lo que es lo mismo, que esta resultara aprobada por mayoría simple de los votos emitidos y sin quórum. El referéndum operaría así como un «referéndum *oppositivo*»⁴⁴ al estilo italiano, que concede a las minorías la posibilidad de movilizarse, contradecir la decisión adoptada en las Cámaras y vencer a una mayoría pasiva o indiferente. Aquí, la función de *participación-codecisión* de la ratificación ciudadana desempeñaría más concretamente una función negativa o de control. A través de aquella, los ciudadanos podrían comprobar si la voluntad parlamentaria de reforma constitucional no se opone a la voluntad ciudadana, pues la primera se mantiene mientras que la segunda no diga lo contrario. La ciudadanía, en este caso, decide en negativo. El referéndum deviene así en un instrumento genuinamente «contrademocrático»,⁴⁵ de contrapeso y control de las instituciones por parte de la ciudadanía.⁴⁶

Ahora bien, en aquellos casos en los que la reforma constitucional en cuestión afecte directamente a los elementos esenciales del principio democrático -tal y como este aparezca constitucionalmente configurado- la participación ciudadana directa a través del referéndum debería intensificarse. Y ello pasa por exigir, no simplemente que la ciudadanía no se oponga a la reforma, sino que propiamente codecida. El referéndum, en este caso, desempeñaría una función positiva y no

⁴⁴ GUARINO, G., «La revisione della Costituzione - Il referendum», en *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1948, pág. 130.

⁴⁵ La idea de la contrademocracia se debe a la obra de ROSANVALLON, P., *La contra-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Paris, 2006.

⁴⁶ No obstante, esta función de control negativo que puede desempeñar el referéndum, también se lograría si su convocatoria se dejase en manos de la iniciativa ciudadana, como propone por ejemplo SÁENZ ROYO, E., «La regulación del referendo en el derecho comparado. Aportaciones para el debate en España», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 108, 2016, pág. 131. Ello permitiría que las minorías organizadas obligaran el pronunciamiento directo de la ciudadanía sobre una determinada cuestión, sirviendo así este mecanismo como resorte puramente contrademocrático. Con ello quiere decirse que el referéndum puede desempeñar esa función negativa o de control de diferentes maneras. En este trabajo, al optarse por su obligatoriedad independientemente del objeto de la reforma constitucional, el elemento de control trata de articularse a través del establecimiento de un referéndum por mayoría simple y sin quórum (*oppositivo*).

meramente negativa o de control como en el supuesto anterior.⁴⁷ Lo relevante ahora no es que la ciudadanía no diga que «no», sino que expresamente diga que «sí»: que «decida en positivo».⁴⁸ Para ello, debería establecerse un quórum mínimo de, al menos, el 50% de los electores.⁴⁹ Este asegura que el resultado sea socialmente representativo por estar implicada en la decisión, al menos, la mitad del electorado, evitando que la abstención juegue un papel decisivo en la aprobación o en el rechazo final de la reforma. Cumplido ese quórum, dado que, en esta ocasión, la ciudadanía debe decir expresamente «sí», no decir simplemente «no», podría exigirse la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos para entender aprobada finalmente la reforma.

Esta propuesta acerca del quórum y las mayorías exigidas trata de coherencia que el referéndum sirva para que la ciudadanía estrictamente codecida y, al mismo tiempo, que, en aras a lograrlo, no terminen por imponerse unos requisitos tan exigentes –quórum de participación superior al 50% y mayorías cualificadas– que acaben convirtiendo a aquel en un instrumento al servicio casi exclusivo de la rigidez constitucional,⁵⁰ frustrando así la propia función que la reforma constitucional está llamada a desempeñar en el seno de un ordenamiento, especialmente si es democrático. Se incorporan, por tanto, las «rigideces» imprescindibles para que el referéndum sea un instrumento de codecisión estricta y no meramente de control, desechando consiguientemente ese plus de elementos de rigidez que no añaden nada a la labor que aquel está llamado a desempeñar.

4. Bibliografía

- ACKERMANN, B., *We the People. Transformations*, Belknap Press for Harvard University Press, Harvard, 1998.
- ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000.
- *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*, CEPC, Madrid, 2006.

⁴⁷ Esta doble función –negativa y positiva– que desempeña el referéndum de reforma constitucional se pone de relieve, con otra terminología, en ALÁEZ CORRAL, B., «El procedimiento de reforma constitucional... *loc. cit.*, nota 31, págs. 652-653, quien entiende, al hilo del caso español, que el referéndum del art. 167 CE debería configurarse como un «mecanismo de control popular contradictorio» mientras que en el caso del art. 168 CE operaría como un «referéndum confirmativo».

⁴⁸ RESCIGNO, G., «Democracia e principio maggioritario», *Quaderni Costituzionali*, n.º 2, 1994, pág. 193.

⁴⁹ Entre las Constituciones europeas que exigen un determinado quórum para su ratificación en referéndum, este se sitúa en el 40% del censo electoral en Dinamarca (Parte X, sección 88) y en el 50 % en Eslovenia (art. 170) o Letonia (art. 79). Otros ordenamientos exigen un nivel de participación mucho más elevado, como Lituania que establece la necesidad de que los ¾ del censo electoral (75 %) voten a favor para reformar el art. 1 de la misma (forma republicana de gobierno).

⁵⁰ Ya LUTZ D. S., «Towards a theory of constitutional amendment», en *American Political Science Review*, vol. 8, n.º 2, 1994, pág. 259, había puesto de manifiesto que la rigidez constitucional aumentaba si se exigía ratificación popular y disminuía si la aprobación de la reforma era exclusivamente parlamentaria. En la misma línea y más recientemente, CONTIADES, X., FOTIADOU, A., «The people as amenders of the Constitution», en CONTIADES, X., FOTIADOU, A. (eds.), *op. cit.*, nota 8, pág. 25.

- «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después», en PUNSET BLANCO, R.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (Eds.), *Cuarenta años de una Constitución normativa (1978-2018)*, Aranzadi, Madrid, 2018, págs. 639 y ss.
- ALBERT, R., «Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations», en *Cornell International Law Journal*, n.º 169, 2017, págs. 169 y ss.
- «Discretionary Referenda in Constitutional Amendment», en *Boston College Law School Legal Studies Research Paper* No. 460, 2017
- «The Case for Presidential Illegality in Constitutional Amendment», en *Drake Law Review*, 2019.
- ANCKAR, D., «Constitutional referendum in the countries of the world», en *Journal of Politics and Law*, n.º 7, 2014, págs. 1 y ss.
- BASTIDA FREJEDO, F., «Constitución, soberanía y democracia», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, 1991, págs. 9 y ss.
- «La soberanía borrosa: la democracia», en Punset Blanco (coord.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pág. 381.
- BECKMAN, L., «Democratic legitimacy does not require constitutional referendum. On «the Constitution» in theories of constituent power», en *European Constitutional Law Review*, n.º 14, 2018, págs. 567 y ss.
- CAROLAN, E., «Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, págs. 733 y ss.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Sirey, Paris.
- COLON-RÍOS, J.; HUTCHINSON, A., «Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?», en *Denver University Law Review*, vol. 89, n.º 3, 2012, págs. 605 y ss.
- CONTIADES, X.; FOTIADOU, A., «The people as amenders of the Constitution», en ContiaDES, X.; Fotiadou, A. (eds.), en CONTIADES, X.; FOTIADOU, A., *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Routledge, New York, 2017, págs. 9 y ss.
- CUESTA, V., *Participación directa e iniciativa legislativa en democracia constitucional*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- DE ESTEBAN, J., *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2010.
- DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DONOVAN, T., «Referendums and Initiatives in North America», en QVORTRUP, M., *Referendums around the world. The Continued Growth of Direct Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, 2014, págs. 122 y ss.
- FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.
- FISHKIN, J., *When the people speak. Deliberative democracy and public consultation*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- GINSBURG, T.; BLOUNT, J.; ELKINS, Z., «The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval», *Temple Law Review*, vol. 81, n.º 2, 2008, págs. 361 y ss.
- GUARINO, G., «La revisione della Costituzione - Il referendum», en *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1948, págs. 130 y ss.
- GUTMANN, A.; THOMPSON, D., *Why deliberative democracy?*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- KIRCHHEIMER, O., *Costituzione senza sovrano*, De Donato, Bari, 1982.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

- JACKSON, V., «Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism» en BÄUERLE, M. *et al.* (eds.): *Demokratie-Perspektiven Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, págs. 47 y ss.
- KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, Comares, Granada, 2002.
- KIRCHHEIMER, O., *Costituzione senza sovrano*, De Donato, Bari, 1982.
- KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LARIOS PATERNA, M. J., *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.
- LEDUC, L., «Referéndums and deliberative democracy», en *Electoral Studies*, n.º 38, 2015, págs. 139 y ss.
- LEVY, R., «Deliberative voting: Reforming constitutional referendum democracy», en *Public Law*, 2013, págs. 555 y ss.
- LOCKE, J., *Two treatises of Government*, Guernsey Press, Londres, 1986.
- LUHMANN, N., *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990.
- LUTZ D. S., «Towards a theory of constitutional amendment», en *American Political Science Review*, vol. 8, n.º 2, 1994, págs. 355 y ss.
- NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- PÉREZ SOLA, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, Jaén, 1994.
- PIZZORUSSO, A., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. 3, Cedam, Padua, 1973.
- PRESNO LINERA, M. A.: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.
- «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 27, 2012, págs. 85 y ss.
- «La democracia directa y la falacia de sus riesgos», en Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), *La democracia indignada. Tensión entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, págs. 61 y ss.
- QVORTRUP, M., *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester University Press, Manchester, 2002.
- REED AMAR, A., «The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V», *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, págs. 457 y ss.
- RESCIGNO, G., «Democracia e principio maggioritario», *Quaderni Costituzionali*, n.º 2, 1994, págs. 187 y ss.
- ROSANVALLON, P., *La contra-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Paris, 2006.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.
- ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- SAATI, A., *The Participation Myth: Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Print & Media, Umeå University, 2015.
- SÁENZ ROYO, E., «La regulación del referendo en el derecho comparado. Aportaciones para el debate en España», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 108, 2016, págs. 142 y ss.
- SARTORI, G., *Teoría de la democracia. 1 El debate contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.

SIEYÈS, E., *Qu'est-ce que le tiers état?*, PUF, Paris, 1982.

SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971.

THORARENSEN, B., «The people's contribution to constitutional changes: Writing, Advising or Approving? - Lessons from Iceland», en CONTIADES, X.; FOTIADOU, A., *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Routledge, New York, 2017, págs. 103 y ss.

TIERNEY, S., *Constitutional Referendums -The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

----- «Direct Democracy in the United Kingdom: Reflections from the Scottish Independence Referendum», en *Public Law*, n.º 4, 2015, págs. 633 y ss.

MIGUEL A. PRESNO LINERA

Dos de las líneas de investigación más fructíferas del profesor Francisco Bastida Freijedo son las que tienen que ver con el estudio sistemático del sistema electoral español y del régimen jurídico de los partidos establecido por la Constitución española de 1978 y, como resulta lógico por su propia y conocida imbricación, ambas líneas han confluído con frecuencia a lo largo de su trayectoria académica; así, por mencionar algunos ejemplos de trabajos emblemáticos, cabe citar, como muestra de ese análisis conjunto, el estudio «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 21, 1987, págs. 199-228, y la coordinación del número monográfico de *Fundamentos* sobre la representación política (Oviedo, 2003).

Por lo que respecta a la atención prioritaria al sistema electoral cabe recordar «Principios y criterios que informan los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas» en el libro colectivo *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas: aspectos jurídicos y perspectivas políticas*, vol. 1, 1984, págs. 253-280; «Ley electoral y garantías judiciales», *Poder Judicial*, n.º 1, 1986, págs. 23-40; «Elecciones y Estado democrático de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991, págs. 115-134 y, en una línea tanto analítica como propositiva, «Proporcionalidad inversa en la representación e inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Propuesta para una reforma», *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del Informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009, págs. 705-734.

La aportación de propuestas y sugerencias dirigidas a mejorar la calidad del sistema electoral es una constante en la trayectoria del profesor Bastida y encontramos otros ejemplos en la revista electrónica *Debates Constitucionales*, n.º 6, 2004 («Mayor proporcionalidad del sistema electoral del Congreso y barrera electoral nacional», «Sobre la titularidad del sufragio» y «Sustitución temporal del di-

putado y del representante político en general»), en las comparecencias parlamentarias para reformar la legislación electoral asturiana y en decenas de artículos publicados en diferentes medios de comunicación.

En lo que al régimen jurídico-constitucional de los partidos se refiere, cabe citar los trabajos «La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados: la falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos», en *Derecho de partidos* (coord. por José Juan González Encinar), Tecnos 1992, págs. 67-92, y «La función constitucional de los partidos», en *Parlamento y partidos políticos* (coord. por Francesc Pau i Val) Tecnos, 2009, págs. 21-40; también su Informe crítico sobre el Borrador de la Ley Orgánica de partidos políticos, *Debatos constitucionales*, n.º 5, 2003.

Por lo que a mí respecta, el magisterio del profesor Bastida en estos ámbitos fue determinante para, primero, realizar la tesis doctoral sobre las distorsiones jurídicas que el sistema de partidos ha venido generando en el sistema democrático (1999), publicada como *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, 2000, y, un poco más adelante, presentar un segundo ejercicio para el concurso a una plaza de profesor titular de universidad que se publicó como libro con el título *El derecho de voto*, Tecnos, 2003.

Con los mencionados antecedentes me parece que la mejor forma de contribuir a este libro homenaje al profesor Bastida es con la inclusión del trabajo «Régimen electoral (“maquiavélico”) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)», publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, págs. 13 a 48, donde concluyo, en la línea de sus trabajos, que el régimen electoral español para las elecciones al Congreso de los diputados es un caso paradigmático en el derecho comparado de cómo se puede influir en el sistema de partidos, articulando formaciones muy disciplinadas, reduciendo el número de opciones que consiguen escaños, beneficiando en términos electorales y económicos a las candidaturas que obtienen mejores resultados y aumentando la probabilidad de que se produzcan cómodas victorias electorales del partido mayoritario, marginando así a las minoritarias. También, que este régimen tendría que ser modificado para hacer real la igualdad de oportunidades entre los partidos y para incentivar la participación política de la ciudadanía y su mayor implicación en el funcionamiento democrático de las instituciones.

Para concluir, no se me ocurre mejor fórmula que reproducir una frase del profesor Bastida extraída de su estudio «Elecciones y Estado democrático de Derecho»: «para poder razonar en toda su amplitud el sentido que tiene el que unos ciudadanos conformen a través de su voto la composición de órganos del Estado y la voluntad del propio ente estatal y el sentido político que se da a dicha participación, hay que ahondar en los presupuestos filosóficos e ideológicos que sostienen al Estado democrático de Derecho». Muchas gracias por todo, Paco.

Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)¹

Miguel A. Presno Linera

La elección del sistema electoral está entre las más importantes –y puede decirse que [es] la más importante– de todas las opciones constitucionales que tienen que hacer las democracias.

Arend Lijphart.

1. Aproximación

El régimen electoral español para las elecciones al Congreso de los Diputados, tejido a partir de unos mimbres constitucionales y legales muy rígidos, es un caso paradigmático en el derecho comparado de cómo se puede influir en el sistema de partidos, articulando formaciones muy disciplinadas, reduciendo el número de opciones que consiguen escaños, beneficiando en términos electorales y económicos a las candidaturas –sean las que sean– que obtienen mejores resultados y aumentando la probabilidad de que se produzcan cómodas victorias electorales del partido mayoritario.²

La «diferencia española» se evidencia, por recordar un dato elocuente, en que un sistema electoral teóricamente proporcional ha generado, en el espacio tem-

¹ Este trabajo se publicó en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, págs. 13 a 48. agradezco muy sinceramente al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que haya autorizado a publicarlo de nuevo en este *Libro homenaje al profesor Francisco Bastida*. El trabajo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación estatal I+D DER2013-40585-P, sobre *Crisis de la representación y reforma de los partidos políticos*, concedido por la Secretaría de Estado de investigación, desarrollo e innovación del Ministerio de Economía y Competitividad para el trienio 2014-2016, del que eran investigadores principales los profesores Paloma Biglino Campos y Francisco Javier Matía Portilla.

² Para una aproximación comparada véase el libro colectivo coordinado por Gerardo Ruíz-Rico y Silvio GAMBINO: *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

poral de 30 años, cuatro mayorías absolutas (elecciones de los años 1982, 1986, 2000 y 2011) sin que en ninguno de esos procesos la formación ganadora hubiera obtenido la mitad de los sufragios, sino poco más del 40% de los mismos.

De esta manera, en España tenemos opciones político-electorales sobrerrepresentadas y otras infrarrepresentadas, componiendo así un Congreso de los Diputados que no refleja como debiera las preferencias ciudadanas, menoscabando de esta manera el valor del pluralismo político que, conforme al artículo 6 de la Norma Fundamental, expresan los partidos. Lo que aquí se evidencia no es tanto, o no solo, la desigualdad en el «poder del voto»³ como la configuración deliberadamente desigual del régimen electoral, que se acaba trasladando al sistema de partidos.

Es fácil de intuir, y los estudios especializados⁴ y las declaraciones de los actores implicados confirman dicha impresión, que la configuración del régimen electoral español –y, probablemente, de todos los que se articulan en un Estado democrático– no fue casual sino que respondió a objetivos concretos en relación con la formación de futuros gobiernos y del sistema de partidos que se pretendía consolidar. Al respecto, son muy ilustrativas las palabras del profesor Óscar Alzaga:

El sistema electoral español es absolutamente original, e infinitamente más original de lo que parece a primera vista, y es bástame maquiavélico. Es original porque el procedimiento se basa en la Ley de 1908 y es bastante maquiavélico porque la ley actual es esencialmente una reproducción del Decreto-ley del 77, y tal Decreto, formalmente pactado por el Gobierno predemocrático con las fuerzas de la oposición, fue elaborado por expertos, entre los cuales tuve la fortuna de encontrarme, y el encargo político real consistía en formular una ley a través de la cual el Gobierno pudiese obtener mayoría absoluta. Puesto que los sondeos preelectorales concedían a la futura Unión de Centro Democrático un 36-37% de los votos, se buscó hacer una ley en la que la mayoría absoluta pudiese conseguirse con alrededor del 36-37%. Y con un mecanismo que en parte favorecía a las zonas rurales, donde en las proyecciones preelectorales UCD era predominante frente a las zonas industriales, en las que era mayor la incidencia del voto favorable al Partido Socialista [...]. [Además,] se procuraba que el logro de la mayoría absoluta para el Partido Socialista estuviera situado no en el 36-37%, sino en el 39-40%.⁵

³ Sobre la diferencia entre la «igualdad en los derechos de voto» (*equility in voting rights*) y la «igualdad del poder del voto» (*equility in voting power*) véase el *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report - Adopted by the Venice Commission at its 52nd session*. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad\(2002\)023rev-e&yearrelated=all](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad(2002)023rev-e&yearrelated=all), con versión en castellano: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2002\)023rev-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023rev-spa). A esta diferenciación, con cita de ese Código, se refiere el Consejo de Estado en *El informe sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009; pág. 124.

⁴ Véase el exhaustivo estudio de Ignacio LAGO y José Ramón MONTERO: «Todavía no sé quiénes, pero ganaremos»: manipulación política del sistema electoral español», *Zona Abierta*, 110-111, 2005, págs. 279 y ss.; con posterioridad, el de José Ramón MONTERO y Pedro RIERA: «Informe sobre la reforma del sistema electoral», *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos...*, págs. 375 y ss.

⁵ «I rapporti tra Capo dello Stato, Governo e Parlamento», en Giancarlo ROLLA (ed.): *Il X anniversario della Costituzione spagnuola: bilancio, problemi, prospettive*, Centro Stampa della Facoltà di Scienze Economiche e Bancarie, Siena, 1989, págs. 127 y 128.

Es cierto que estas razones explican el origen del régimen electoral español pero no su larga, y plácida, vida; como resumen Ignacio Lago y José Ramón Montero, esta última se debería a «la inercia de las instituciones y, en particular, la ausencia de incentivos para que el partido en el gobierno se decida a cambiar un sistema electoral tan mayoritario, precisamente cuando ha contribuido significativamente a su victoria».⁶

En las páginas siguientes nos ocuparemos de estas cuestiones con la pretensión, no de analizarlas con minuciosidad, sino con el objetivo mucho más modesto de presentar una panorámica de conjunto. Antes, haremos una breve referencia al régimen electoral y al sistema de partidos en la historia constitucional previa a 1977.

2. Régimen electoral y sistema de partidos en el pasado

En los 200 años de la historia electoral española ha habido una abrumadora presencia de regímenes electorales mayoritarios con el objetivo de consolidar la presencia parlamentaria de la opción política que gozase del favor del electorado, asegurando así, al menos en teoría, la existencia de gobiernos con fuerte respaldo en las Cámaras. Como es obvio, la teoría pasa a un segundo plano cuando, como ocurrió con frecuencia en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros años del XX, los resultados electorales dependían más de las componendas políticas y el fraude sistemático que del riguroso funcionamiento del sistema electoral.⁷ En palabras de Joaquín Costa: «no es el régimen parlamentario la regla, y excepción de ella los vicios y las corruptelas denunciadas en la prensa y en el Parlamento mismo durante sesenta años: al revés, eso que llamamos desviaciones y corruptelas constituyen el régimen, son la regla misma».⁸

Cabe decir, a modo de breve recordatorio, que, durante la vigencia del voto indirecto, entre 1810 y 1834, se combinaron las fórmulas de mayoría simple de votos y mayoría absoluta, si bien no siempre que se hablaba de mayoría absoluta se aludía a la fórmula consistente en obtener la mitad más uno de los votos emitidos. En los casos de empate entre candidatos con el mismo número de votos se acudía al sorteo. La circunscripción era la provincia. En la regulación de 1810 no se aludió al número total de diputados y la proporción era de uno por cada 50 000 personas; en 1820 se menciona la elección de 149 diputados, con una *ratio* de uno por cada 70000; en 1834 se elegían 188 diputados.

En las normas de 1836 y 1837 la proporción era de un diputado por cada 50000 personas para la elección de 258 diputados con un sistema de mayoría a dos vueltas.

⁶ *Op. cit.*, pág. 343; también, aunque con una visión más comprensiva de esas razones, Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA alude a la «clara tendencia inercial» y a la «acusada resistencia al cambio» de los regímenes electorales; *op. cit.*, págs. 676 y ss.

⁷ Me he ocupado de estas cuestiones en *Leyes y normas electorales en la historia constitucional española*, Iustel, Madrid, 2013.

⁸ *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12405085388048940221802/index.htm>.

Las disposiciones de 1846 y 1865 se caracterizaron por introducir la figura del distrito electoral, con una proporción en la primera de 1 diputado por 35000 y en la segunda de 1 por 45000; la fórmula es de mayoría absoluta y, de no conseguirse, la mayoría simple entre los más votados. Con la Ley de 1846 se elegían 349 diputados.

El Decreto de 1868 volvió al sistema de circunscripciones provinciales, aunque en el seno de las mayores podría haber varias divisiones. Se habló por vez primera de mayoría relativa para aludir a la elección del candidato más votado. Pero las normas posteriores de 1870, 1871 y 1877 retornaron al sistema de distritos con mayoría a dos vueltas.

En todo caso, y a partir sobre todo de la Constitución de 1876 y de su aceptación por los dos principales partidos, los textos legales quedaron sometidos a las exigencias del turno, que presuponía la victoria electoral automática del partido que consiguiera la disolución parlamentaria y la convocatoria de elecciones. La contrapartida era la vuelta en el próximo proceso del derrotado en el anterior y la asunción por el vencedor de las acciones legislativas y políticas del que debía abandonar el gobierno.

Las leyes de 1878 y 1890 siguieron con el sistema de distritos, aunque en algunos casos eran plurinominales y la novedad más importante para un sistema mayoritario fue la introducción del voto limitado, que en teoría es un instrumento para garantizar una presencia parlamentaria mínima de las fuerzas políticas de la oposición, pero que en España sirvió más para propiciar acuerdos entre los partidos mayoritarios que para favorecer la presencia de las candidaturas minoritarias. Y dichos acuerdos eran posibles por la existencia, como ha señalado Fernández Sarasola, de unos principios comunes que permitían políticas distintas pero no extremas, de manera que, como si se tratara de un sistema de equilibrio constitucional, el Partido Liberal adoptaba el papel de Cámara Baja (impulso) y el Conservador el de Cámara Alta (reflexión y templanza).⁹

El sistema mayoritario incorporó con la Ley de 1907 un nuevo instrumento propicio para la corrupción: la votación sin elección; el artículo 29 disponía que «en los distritos donde no resultaren proclamados candidatos en mayor número de los llamados a ser elegidos, la proclamación de candidatos equivale a su elección y les releva de la necesidad de someterse a ella...» Con este precepto, los partidos mayoritarios contaron con un instrumento adecuado para pactar las personas que debían ser elegidas sin necesidad de afrontar mayores gastos ni incómodas campañas electorales. Precisamente este instrumento fue uno de los derogados por el Decreto de 1931, que mantuvo el voto limitado con el nombre de «restringido» y volvió al sistema de circunscripciones provinciales.

Esta norma y la Ley de 1933 introdujeron la exigencia de que para resultar elegido no bastaba en primera vuelta tener el mayor número de votos, sino que además debían suponer un porcentaje mínimo de los emitidos (el 20% en 1931, el 40% en 1933); de no darse ambas circunstancias era precisa una segunda vuelta

⁹ *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 181.

el domingo siguiente. Lo que se pretendía era evitar un fraccionamiento excesivo de la Cámara y favorecer el agrupamiento en grandes formaciones pero en la práctica lo que produjo fueron uniones o coaliciones puramente coyunturales que primero polarizaron las elecciones pero luego dieron muestras de fragmentación y fragilidad en sede parlamentaria, lo que ocurrió primero con la CEDA y luego con el Frente Popular.¹⁰ Y es que se trataba ya de la coalición no entre tendencias disgregadas de una misma formación, como había ocurrido durante la Restauración, sino de auténticos partidos con ideología y organización propias y autónomas, lo que dificultó su cohesión parlamentaria.¹¹

3. Régimen electoral y sistema de partidos en el presente

3.1. *La opción por un régimen electoral supuestamente proporcional*

La transición de la dictadura a la democracia se articuló a partir de un régimen electoral que, en esencia, sigue vigente casi cuarenta años después. Ya la Ley para la Reforma Política estableció que la elección de 350 diputados al Congreso se llevaría a cabo de acuerdo con «criterios de representación territorial», pero con la significativa prevención de «dispositivos correctores para evitar fragmentaciones inconvenientes de la Cámara, a cuyo efecto se fijarán porcentajes mínimos de sufragios para acceder al Congreso» (Disposición Transitoria Primera).¹²

No menos gráfica es la Exposición de Motivos del Decreto-Ley sobre normas electorales, de 18 de marzo de 1977, donde se afirma –las cursivas son nuestras– que

determinado por la Ley para la Reforma Política el número total de diputados y senadores, corresponde al presente Real Decreto-Ley la distribución de dicho número entre las diferentes provincias españolas. En cuanto a los primeros *se ha considerado conveniente asegurar un mínimo inicial de dos diputados por provincia y dividir el resto de los diputados en función de la población... De esta forma se suavizan en alguna medida los efectos de nuestra irregular demografía y se atiende a un mayor equilibrio territorial en la representación...*

El sistema electoral para el Congreso se inspira en criterios de representación proporcional con candidaturas completas, bloqueadas y cerradas, cuya presenta-

¹⁰ Véase el análisis de Francesc DE CARRERAS y Josep M. VALLÉS: *Las elecciones. Apéndice: Ley para la Reforma Política y Ley Electoral comentada*, Editorial Blume, Barcelona, 1977, págs. 238 y ss.

¹¹ Véase, con más detalle, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los partidos políticos en el pensamiento español...*, págs. 268 y ss.

¹² Véase, sobre la aprobación de la Ley para la Reforma Política, Benito ÁLAEZ CORRAL: «La Constitución española de 1978: ¿Ruptura o reforma constitucional?», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 9, 1997, págs. 161 y ss.; sobre su influencia en nuestro vigente sistema electoral, Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA: «Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado», en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 521 y ss. y Ángel J. SÁNCHEZ NAVARRO: *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 66 y ss.; para una panorámica completa del proceso de transición y de consiguiente articulación del régimen electoral véase el trabajo, ya citado, de Ignacio LAGO y José Ramón MONTERO.

ción se reserva a los partidos y federaciones constitutivos de acuerdo con las normas reguladoras del derecho de asociación política, a las coaliciones de estas fuerzas que pueden formarse por mera declaración ante la Junta Electoral Central, y a los propios electores que deseen promover candidaturas determinadas y no de partido.

La distribución de escaños se realizará de acuerdo con la regla de «D'Hondt» que resume en una sola operación el funcionamiento del cociente electoral y el cómputo de restos de acuerdo con el sistema de la mayor media. Esta misma regla ya supone un poderoso corrector del excesivo fraccionamiento de las representaciones parlamentarias. A esta misma finalidad, responde la exclusión en la atribución de escaños de aquellas listas de candidatos que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos emitidos en la circunscripción.

Así pues, ya en este Real Decreto-Ley se establecieron las criterios para que el régimen electoral generara un sistema en el que no todos los partidos políticos tendrían una presencia parlamentaria proporcional a su aceptación entre el electorado, donde las formaciones políticas partieran en una situación de ventaja respecto a las meras agrupaciones temporales de ciudadanos y en el cual la determinación del orden de colocación en las listas electorales dependiera de los órganos de dirección de los partidos; se pretendía, en suma, fortalecer a los partidos políticos en general y a los que obtuvieran respaldo electoral mayoritario en particular.¹³

En lo que al sistema de partidos se refiere, y como explican Lago y Montero,¹⁴ lo que se buscaba, y se consiguió, fue «diseñar un sistema electoral que permitiera al partido en el Gobierno (UCD) alcanzar a la vez dos objetivos. El primero consistía en lograr que las fuerzas políticas a su derecha y a su izquierda apoyaran la combinación de los elementos del sistema electoral. El segundo radicaba en maximizar su representación parlamentaria de acuerdo con la información que poseían durante esa fase de la transición democrática. Al cumplirse el primer objetivo, el sistema electoral español comenzó su larga andadura institucional. Y al realizarse el segundo objetivo, la combinación de los efectos mayoritarios y conservadores se proyectó de modo diferenciado sobre los principales partidos de centro-derecha (como la propia UCD) o de centro-izquierda».

Estas previsiones normativas estuvieron muy presentes en el proceso de elaboración del texto constitucional y con su incorporación a la Norma Fundamental¹⁵

¹³ Para un análisis muy actualizado de esta cuestión véase el estudio de Roberto L. BLANCO VALDÉS: «La caída de los dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problema», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35, 2015, págs. 149 y ss.

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 283.

¹⁵ Con la objeción del Partido Comunista por la merma de proporcionalidad que suponían; al respecto son muy ilustrativas las palabras del diputado Solé Tura el 12 de julio de 1978 en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados que debatía el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 108, págs. 4184 y ss. Puede consultarse en <http://www.congreso.es> y en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, tomo II, págs. 2236 y ss.; véanse también las consideraciones incluidas en el estudio de Jordi SOLÉ TURA y Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984; me ocupé de esta cuestión en «Crónica de una desproporcionalidad anunciada», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Congreso de los Diputados, 2008, vol. 1, págs. 859-874.

se convirtieron en algo indisponible para las Cortes Generales,¹⁶ formando, en expresión gráfica, nuestra «Constitución electoral»,¹⁷ con su ejemplo más acabado en el artículo 68, que fija el número máximo y mínimo de diputados, el carácter del sufragio, la circunscripción provincial, la *proporcionalidad* de la representación, la duración del mandato, quiénes son electores y elegibles, y la franja temporal de celebración de las elecciones.¹⁸

Aquí están los elementos del sistema electoral para el Congreso de los Diputados, cuya articulación procedimental se deja en manos del Legislador,¹⁹ que cuando se decidió a desarrollarlo admitió sin pudor que su renovación no era en modo alguno radical, «debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-Ley» (Exposición de motivos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LOREG).

Y, como complemento de lo anterior y evidencia de la conexión entre partidos y régimen electoral, la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos, ya contempló el éxito electoral como una clave para la supervivencia económica de las formaciones políticas: según el artículo 6,

la Administración del Estado financiará las actividades de los partidos con arreglo a las siguientes normas: Cada Partido percibirá anualmente una cantidad fija por cada escaño obtenido en cada una de las dos cámaras y, asimismo, una cantidad fija por cada uno de los votos obtenidos por cada candidatura a cada una de las dos cámaras. En los Presupuestos Generales del Estado se consignará la cantidad global destinada a estos fines, así como los criterios para distribuirla con sujeción a lo dispuesto en el apartado anterior. Reglamentariamente se determinará el régimen de distribución de las cantidades mencionadas en el apartado a cuando los Partidos hubieran concurrido a las elecciones formando parte de federaciones o coaliciones.

¹⁶ Una postura crítica con la incorporación a la Norma Fundamental de numerosas prescripciones electorales es la de Enrique ARNALDO ALCUBILLA en *El carácter dinámico del régimen electoral español*, CEPC, Madrid, 2002, págs. 11 y ss.

¹⁷ FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: «Elecciones y Tribunal Constitucional. ¿Una intersección no deseada?», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 41, 1991, pág. 95.

¹⁸ «1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. 2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un diputado. La ley distribuirá el número total de diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población. 3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. 4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara. 5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España. 6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones».

¹⁹ MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ señala que «mientras que el sistema electoral demanda una mayor rigidez constitucional que evite su disponibilidad en manos de mayorías contingentes, se puede afirmar que la menor rigidez del procedimiento electoral facilita su adaptación a los cambios que impulsa y exige la experiencia de cada contienda electoral»; véase su trabajo «La dimensión constitucional del procedimiento electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 11-12, 2002-2003, págs. 425 y ss.; en concreto pág. 443.

3.2. *De los partidos como instrumento para la participación política a los partidos como «órganos de manifestación de la voluntad popular»*

Además, en el texto constitucional se reconoció el papel esencial que se quería otorgar a los partidos políticos –«expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política»– y, de manera muy significativa, se postergó cualquier mecanismo participativo que escapara al control de dichas formaciones.²⁰ Hay que situar las reticencias en el contexto de la transición de la dictadura a la democracia, pero se exageraron sus peligros, se desvirtuó su eficacia en el derecho comparado y nada se hizo después, y con la democracia ya consolidada, para atribuirles la relevancia que merecen. Más bien, como refleja el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, se consolidaron dichos prejuicios en contra de esta figura y a favor del papel omnipresente de los partidos políticos.²¹

Así, y a propósito del referéndum derogatorio, se pasó de darle cobertura constitucional a suprimirlo durante su paso por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas.²² Y es que, como recuerda Pedro Cruz Villalón,²³ a los constituyentes españoles les parecieron especialmente preocupantes los resultados del referéndum italiano de 11 de junio sobre la Ley de financiación de los partidos políticos, a favor de cuya derogación se pronunciaron el 43% de los votantes. Y, precisamente en esas fechas, el Tribunal Constitucional italiano recordó (Sentencia n.º 16, de 2 de febrero de 1978) que «la institución del referéndum derogatorio fue introducida en la Constitución, como instrumento de genuina manifestación de la soberanía popular».²⁴

En España, lo que hace la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum, es consolidar el papel de las formaciones políticas presentes en el Congreso de los Diputados pues (art. 14.1),

²⁰ Sobre el proceso constituyente en esta materia véase el libro de Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ: *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 51 y ss.

²¹ «...La participación popular en el gobierno del Estado y en la gestión de la cosa pública se encauza básicamente, por tanto, a través de la elección de representantes populares en los órganos de gobierno que alcanza su máxima expresión en las elecciones legislativas, en las que el pueblo designa a sus representantes en las Cortes Generales. Ello no es óbice para que, siguiendo la tendencia de los más modernos estados democráticos, la Constitución se proponga, como se señala en el número 2 del artículo 9, intensificar la participación de los ciudadanos y de los grupos en la vida pública... La regulación constitucional de la iniciativa legislativa popular recoge, asimismo, las limitaciones propias de este instituto, derivadas de las enseñanzas históricas. De ahí que la Constitución, amén de excluir de la iniciativa popular campos normativos particularmente delicados, encomiende al legislativo la misión de regular, mediante ley orgánica, la forma concreta del ejercicio de la iniciativa popular...».

²² Puede leerse el debate de la Sesión de 6 de junio de 1978 en la página (a 15 de noviembre de 2013): http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_081.PDF

²³ «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, 2006, 2.ª edición, pág. 270.

²⁴ Nos ocupamos de estas cuestiones en Miguel Ángel PRESNO LINERA/Roger CAMPIONE: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*, CEPC, Madrid, 2010.

durante la campaña de propaganda, los medios de difusión de titularidad pública deberán conceder espacios gratuitos. Solo tendrán derecho al uso de espacios gratuitos los grupos políticos con representación en las Cortes Generales, de acuerdo con los siguientes criterios: a. En el supuesto de que la consulta se extienda a todo el territorio del Estado, se concederán espacios de alcance nacional. En este caso serán beneficiarios de los espacios los grupos políticos con representación en las Cortes Generales, en proporción al número de diputados que hubieren obtenido en las últimas elecciones generales. b. En las restantes modalidades de referéndum reguladas en la presente Ley los espacios se concederán en emisiones, en las horas de gran audiencia, o publicaciones que cubran las provincias en que se celebre el referéndum. En este caso serán beneficiarios los grupos políticos en proporción a la representación obtenida en el Congreso de los Diputados, conseguida a través de cualquiera de las provincias a las que afecta el referéndum y en la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma o, en defecto de esta, en cualquiera de las Diputaciones Provinciales comprendidas en el ámbito territorial a que afecte el referéndum.

Y en relación con la iniciativa legislativa popular, Víctor Cuesta recuerda que, además de excluir las materias reservadas a la Ley Orgánica, el constituyente español ha optado por trasladar, casi literalmente, las restricciones materiales del referéndum abrogativo italiano previsto en el artículo 75 de la Constitución italiana²⁵ al artículo 87.3 de la española, lo que es cuestionable pues mientras esta última institución se dirige al cuerpo electoral que impone su voluntad a los representantes políticos, la iniciativa legislativa ciudadana siempre puede ser rechazada en sede parlamentaria. Como él concluye, se quiere ahorrar al Legislador eventuales presiones políticas externas respecto a un conjunto de materias especialmente sensibles.²⁶

Es bien significativo el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1984, donde se alude a

las limitaciones propias de este instituto, derivadas de *las enseñanzas históricas, que demuestran la facilidad con que el recurso al pronunciamiento popular directo puede servir de fácil cauce para manipulaciones demagógicas o, incluso, para intentar legitimar con un supuesto consenso popular; lo que no es en sustancia sino la antidemocrática imposición de la voluntad de una minoría...* La Ley Orgánica trata de recoger con la máxima fidelidad y sencillez el mandato constitucional, regulando el ejercicio de la iniciativa en forma tal, que *respetando al máximo el papel institucional de los partidos políticos como órganos de manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales de la participación política*, se canalice el ejercicio de la iniciativa con las máximas garantías...

Nótese que el Legislador se refiere a los partidos no ya como órganos que «concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular» (artículo 6 de

²⁵ No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales.

²⁶ *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Thomson Civitas, 2008, pág. 326; aquí recuerda ejemplos de iniciativas rechazadas por afectar a las materias vedadas.

la Constitución), sino como «órganos de manifestación de la voluntad popular». Con anterioridad se alude a la facilidad para manipular de forma demagógica el pronunciamiento popular directo, riesgo desde luego inexistente en el cauce de la iniciativa legislativa popular, pues la decisión final no es, por definición, competencia del cuerpo electoral, sino de las Cámaras parlamentarias.

El Legislador no consideró suficientes los límites impuestos por el constituyente a la intervención inmediata de los ciudadanos en los asuntos del Estado y ha cegado más los ya angostos canales previstos en nuestro texto constitucional para la interiorización directa de las informaciones políticas procedentes del medio social. De esta forma, los partidos han conseguido hacerse con el control total de los mecanismos jurídicos de interrelación entre el entramado social y la organización estatal, postergando cualquier fórmula externa y alternativa al propio sistema de partidos, con lo que se menoscaba tanto una vía de expresión directa del medio social, como la posibilidad de articular un sistema de verificación de la fiabilidad que ofrecen los partidos como instrumento adecuado de participación política.²⁷

3.3. Régimen electoral y sistema de partidos «disciplinados»

Como ya se ha dicho, el Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977 apostó, para el Congreso de los Diputados, por «candidaturas completas, bloqueadas y cerradas, cuya presentación se reserva a los partidos y federaciones constituidos de acuerdo con las normas reguladoras del derecho de asociación política, a las coaliciones de estas fuerzas que pueden formarse por mera declaración ante la Junta Electoral Central, y a los propios electores que deseen promover candidaturas determinadas y no de partido» y, en consecuencia, se dispuso que «cada uno de los electores de un distrito solo podrá dar su voto a una sola lista, sin introducir en ella modificación alguna ni alterar en la misma el orden de colocación de los candidatos» (art. 20.3).

En la misma línea, y años después de la entrada en vigor de la Norma Fundamental, la LOREG ha dispuesto (art. 96.4) que «serán también nulos en todos los procesos electorales los votos emitidos en papeletas en las que se hubieren modificado, añadido o tachado nombres de candidatos comprendidos en ellas o alterado su orden de colocación...»

El sistema de listas cerradas y bloqueadas –así se denominan en varias Leyes electorales autonómicas– favorece que quede en manos de los órganos de dirección de la formación que promueve la candidatura la composición y ordenación de la misma, a salvo de lo que puedan disponer los respectivos estatutos internos en materia de elecciones primarias, lo que, hasta la fecha, ha favorecido una férrea disciplina de partido. Y ello a pesar del mandato constitucional (art. 6) que impone una estructura interna y un funcionamiento democráticos,²⁸ cuyo desarrollo le-

²⁷ Me ocupé de estas cuestiones en *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

²⁸ Véanse, al respecto, los estudios de Fernando FLORES GIMÉNEZ *La democracia interna de los partidos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998 y José Ignacio NAVARRO MÉNDEZ *Partidos políticos y democracia interna*, CEPC, Madrid, 1999; más recientes los de Eduardo VÍRGALA FORURIA: «Ejercicio de derechos por los afiliados y control judicial de las sanciones impuestas por los partidos

gislativo se realizó en los preceptos no derogados de la Ley 21/1976, de 14 de junio, de Asociaciones Políticas; en la ya citada Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, aprobada antes que el propio texto constitucional, pero teniendo en cuenta los inmediatos dictados de este último, y, finalmente, en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, reformada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, que modifica, entre otros, aunque sin cambios trascendentales, los artículos 7 (sobre la organización y funcionamiento) y 8 (derechos y deberes de los afiliados).²⁹

Creo que, en esencia, siguen siendo válidas, veinte años y algunas reformas legales después, las palabras empleadas por el Tribunal Constitucional en 1995 para calificar la normativa entonces vigente: «el Legislador ha optado por establecer unas muy parcas reglas de organización y funcionamiento democráticos y por reconocer unos muy escuetos derechos de los afiliados» (STC 56/1995, de 6 de marzo, F 3.b). En esta resolución, el TC precisa, por vez primera de modo expreso, el contenido del último párrafo del artículo 6, conectándolo con el cumplimiento de las funciones públicas por parte de las formaciones políticas: «el mandato constitucional conforme al cual la organización y funcionamiento de los partidos políticos debe responder a los principios democráticos constituye, en primer lugar, una carga impuesta a los propios partidos con la que se pretende asegurar el efectivo cumplimiento de las funciones que estos tienen constitucional y legalmente encomendadas y, en último término, contribuir a garantizar el funcionamiento democrático del Estado» (F 3.1. a).

Un ámbito en el que una de las facetas de la democracia interna, entendida como participación de los militantes en las decisiones más relevantes del partido, es clave para contribuir al funcionamiento democrático del Estado es, precisamente, el de la formación de las candidaturas que esa entidad presentará para los órganos que ejercen funciones de representación política. Sin embargo, ni la normativa reguladora del régimen electoral ni la propia del sistema de partidos han querido propiciar instrumentos que hagan efectiva la exigencia constitucional.

Esta cerrazón se ha mantenido hasta la fecha, a pesar del creciente desapego ciudadano respecto a los partidos y al proceso que emplean habitualmente para la selección de dirigentes y candidatos;³⁰ valgan como muestra dos ejemplos, uno autonómico y otro estatal.

políticos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 6, 2000, págs. 83 y ss.; «Democracia interna y derechos de los afiliados a los partidos políticos», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 37, 2008, págs. 21 y ss. y «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35, 2015, págs. 225 y ss.

²⁹ Véase el estudio de Enrique ÁLVAREZ CONDE y Alexandre CATALÁ BAS: *El derecho de partidos*, Colex, 2013; puede verse una amplia panorámica doctrinal sobre la legislación de partidos en España en el número monográfico de *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35, 2015; pueden resultar de especial interés dos de las últimas encuestas de esa misma revista: la que se incluye en el número 31, de 2013, sobre el control del poder, con participación de los profesores BLANCO VALDÉS, CHUECA, CORCUERA, PRESNO y RODRÍGUEZ-DÍAZ (págs. 15 y ss.), y la que ofrece expresamente sobre los partidos en ese número 35, de 2015, con participación de los profesores ARAGÓN, BASTIDA, BILBAO, CÁMARA, CONTRERAS, CARMONA, ELVIRA, MORALES, PORRAS NADALES y TORRES MUÑOZ (págs. 15 y ss.).

³⁰ A lo largo de todo el año 2014, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) ha venido concluyendo que para la sociedad española los partidos políticos y la política en general representan el

El primero se produjo en Asturias: el 3 de octubre de 2013 los Grupos Parlamentarios Socialista, de Izquierda Unida y Mixto (UPyD) registraron en la Junta General del Principado de Asturias una Proposición de modificación de la Ley electoral de Asturias,³¹ que, en su Exposición de Motivos, admitía: «Durante el proceso de transición a la democracia en España se tomó la decisión de fortalecer unos débiles partidos políticos que, en muchos casos, salían de la clandestinidad. Para ello, se optó por la configuración de sistemas de listas cerradas y bloqueadas, algo excepcional en los países con sistemas electorales proporcionales pero común en aquellos que tienen transiciones pactadas. Este sistema se ha demostrado eficaz para asegurar la disciplina de voto y la fortaleza de las organizaciones políticas. Sin embargo, este hecho también ha fomentado una centralización del poder de selección de candidatos en las cúpulas. Más aún, el sistema ha implicado que ni el votante puede ejercer ningún tipo de control sobre la lista presentada por el partido ni puede señalar su consideración sobre los diputados de manera individual, rompiéndose así toda vinculación entre elector y elegible».

Para paliar esta situación se propusieron, entre otras reformas, la introducción obligatoria de un sistema de primarias –sin concretar de qué tipo– para la elección de la persona que encabezaría la candidatura³² y el desbloqueo de las listas entre los puestos 2 a 10.³³ Pues bien, tres semanas después del registro de esta iniciativa la formación política (PSOE) cuya firma la encabezaba voto en contra en el trámite de toma en consideración, alegando que otras dos formaciones de la Cámara (PP y FAC)

cuarto motivo de preocupación, por detrás del paro, los problemas económicos y, en tercer lugar, la corrupción y el fraude;

<http://datos.cis.es/anuarios/2014/1General/SIT7.pdf>.

El descrédito social de los partidos es mayor, incluso, que el padecido por las instituciones en las que se han instalado: conforme a la Sexta edición de la Encuesta Social Europea (<http://www.upf.edu/ess/>): hecha pública en enero de 2014 y que recoge datos de 29 Estados referidos a los años 2012 y 2013, el índice de confianza de los españoles en la política se encuentra en el nivel más bajo de los últimos diez años y está a la cola de Europa: los ciudadanos otorgan un 1,91 sobre 10 a los dirigentes políticos y a los partidos a los que pertenecen.

³¹ <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/10/proposicic3b3n-de-modificacic3b3n-de-la-ley-electoral-de-asturias.pdf>.

³² Para el nuevo artículo 21 se proponía la siguiente redacción: «Previamente a la presentación de las candidaturas los partidos y federaciones deberán seleccionar los candidatos que ocuparán el primer puesto de la lista para cada circunscripción mediante un procedimiento de primarias que garantice un proceso democrático de concurrencia de candidatos y la participación de, al menos, sus militantes».

³³ El artículo 13, de hacerse aprobado la reforma, dispondría: «a. Los electores podrán dar un voto preferencial a un máximo de 9 miembros de la candidatura, excepto al que ocupe la primera posición y a los que tengan la condición de suplente. b. Se considerará que el candidato percibe un voto preferencial cuando figure una «X» en la casilla que se establecerá al efecto contigua al nombre del candidato. c. Se adjudicarán a aquellos candidatos que hubiesen recibido un número de votos preferenciales igual o superior al 5 por ciento del total de los sufragios recibidos por la candidatura en la circunscripción de que se trate, hasta completar el máximo de escaños correspondientes a cada candidatura. d. En caso de que el número de candidatos que cumplen el requisito previsto en la letra anterior exceda el de escaños correspondientes a la candidatura, primará el número de votos preferenciales obtenidos por cada candidato. e. No se tendrán en cuenta los votos preferenciales obtenidos por cada candidato en aquellas papeletas en las que figuren más de nueve «X». Este supuesto no comportará en ningún caso la nulidad del voto. f. En caso de que ningún candidato cumpliera el requisito previsto en la letra c, o si tras aplicar el procedimiento anterior quedaran escaños vacantes, estos serán adjudicados a los candidatos de acuerdo con el orden de colocación en el que figurasen en la candidatura».

no la aceptaban, cosa que ya habían dejado claro en los meses anteriores. De haber votado los parlamentarios del PSOE a favor de su propia Proposición de Ley hoy podría contar la Comunidad Autónoma asturiana con un sistema obligatorio de primarias y listas parcialmente desbloqueadas, algo inédito en España.

El segundo ejemplo del inmovilismo de los partidos hasta ahora mayoritarios lo encontramos en la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Su preámbulo comienza diciendo: «Los partidos políticos son actores esenciales de la vida política, económica y social. Como cauce de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, son sujetos de derechos. Como partícipes en la estructura del propio Estado, han de ser y son, sujetos de obligaciones. Por ello, junto a la responsabilidad, debe ser la ejemplaridad la que presida las actuaciones de estos entes que sustentan la centralidad social de la democracia». Más adelante se señala que, entre las reformas que afectan a la Ley de partidos se detalla el contenido mínimo que los estatutos han de recoger, lo que permitirá superar la disparidad existente entre partidos políticos en la práctica y profundizar en su funcionamiento democrático...»

Esta aspiración resulta luego muy matizada por el nuevo articulado pues si bien se da nueva redacción al artículo 7.1 –«La estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos, estableciendo, en todo caso, fórmulas de participación directa de los afiliados en los términos que recojan sus Estatutos, especialmente en los procesos de elección de órgano superior de gobierno del partido»– nada cambia en lo que se refiere a los procesos de elaboración de candidaturas electorales ni tampoco se aprovecha para modificar la LOREG en ese ámbito.

En este ámbito, el Legislador no puede dejar en manos exclusivas de las formaciones políticas la decisión de si sus candidaturas electorales se aprobarán, o no, con la participación de los afiliados. La especial posición que la Constitución ha otorgado a los partidos es la que justifica que, entre otras ventajas, reciban cuantiosas ayudas públicas, económicas o no, pero al tiempo es la que demanda un cierto intervencionismo estatal en la vida interna del partido para asegurar que en los actos con trascendencia constitucional externa –la presentación de candidaturas lo es–³⁴ se respete la expresa exigencia constitucional de funcionamiento interno democrático. En palabras de Kelsen, la inserción constitucional de los partidos políticos hace también –debe hacer añadimos nosotros– posible la democratización de la formación de la voluntad colectiva dentro de esa esfera.³⁵

No se trata de que el Legislador imponga un concreto modelo de democracia interna entre los diferentes posibles, sino de que obligue, so pena de

³⁴ Véase, al respecto, su detallado estudio *La selección de candidatos electorales en los partidos*, CEPC, Madrid, 2012; en especial, las páginas 163 y ss., también el de Pippa NORRIS: «Recruitment» en Richard KATZ y William CROTTY: *Handbook of party politics*, Sage Publications, Londres, 2006.

³⁵ *De la esencia y valor de la democracia*, edición de Juan Luis REQUEJO PAGÉS, KRK, Oviedo, 2006, pág. 85.

no aceptar las candidaturas, a que su formación responda a un mínimo democrático.³⁶

Esta pretensión *optimista* –por utilizar la expresión de Pérez-Moneo–³⁷ de intervencionismo estatal en aspectos de la vida interna de los partidos ha sido cuestionada históricamente argumentado, entre otros, motivos *realistas* –decía Michels que si las leyes quieren poner coto al dominio de los dirigentes, poco a poco cederán las leyes, no los dirigentes–³⁸ pero también hace ya tiempo que está consolidada en realidades legislativas como la norteamericana.³⁹ En todo caso, y volviendo a Kelsen, la intervención del Estado en la vida del partido tiene como finalidad superar una realidad que, por lo general, «solo brinda al individuo... un mínimo de autodeterminación democrática».⁴⁰

Y, en lo que al régimen electoral español respecta, esa intervención ya se viene produciendo, por citar algún ejemplo, en la imposición a las candidaturas de un sistema de inelegibilidades, que podría ampliarse, y a través de la exigencia de una composición equilibrada entre hombres y mujeres, avalada esta última por el Tribunal Constitucional en la STC 12/2008, de 29 de enero.⁴¹

La exigencia legal de la elección democrática de los integrantes de las candidaturas no plantearía, a nuestro juicio, problemas de constitucionalidad; tampoco el desbloqueo de las listas. Como razona el Tribunal en la STC 12/2008, es evidente que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos (que, por lo demás, en esta como en sus demás actividades están sometidos a la Constitución y a la ley, como expresa el art. 6 CE) no es, ni puede ser, absoluta. Ya el Legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas).

Por ello, nuevas limitaciones orientadas a hacer realidad la democracia interna en las formaciones políticas y a favorecer las opciones de la ciudadanía que par-

³⁶ Fernando FLORES GIMÉNEZ expone los argumentos a favor de una legislación más intensa sobre los partidos: «Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35..., págs. 362 y ss.

³⁷ *La selección de candidatos electorales en los partidos*, CEPC, Madrid, 2012, págs. 111 y ss.

³⁸ En «Democracia formal y realidad oligárquica», Kurt LENK/Franz NEUMANN (eds.): *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Anagrama, Barcelona, 1980, pág. 257.

³⁹ En su estudio clásico sobre la Constitución y los partidos políticos, Heinrich TRIEPEL se ocupó, ya en 1927, del sistema norteamericano de primarias como una muestra de la penetración democrática por vía legislativa en el sistema de partidos para que este pueda convertirse en piedra angular de la organización del Estado; *La Constitución y los partidos políticos*, estudio preliminar de Ramón PUNSET, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 26 y ss.

⁴⁰ *Op. cit.*, págs. 85 y 86.

⁴¹ Véanse los comentarios a la sentencia de Paloma BIGLINO CAMPOS: «Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, 2008, págs. 277 y ss.; Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ/Ignacio TORRES MUÑO: «Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 7, 2008, págs. 13 y ss. y María LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN: «La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 142, 2008, págs. 105 y ss.

tipica en los procesos electorales ni son las únicas ni carecen de fundamento constitucional: en primer lugar porque son constitucionalmente legítimos fines como la consecución de la democracia interna en el seno de las formaciones políticas o favorecer la amplitud de opciones en el proceso electoral; en segundo lugar, porque no se trataría de imponer un concreto mecanismo de elección interna (primarias abiertas, cerradas...), sino de permitir que cada formación pudiese optar por una fórmula que, en todo caso, asegurase esa participación efectiva;⁴² en fin, porque es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo.

En esa línea, el nuevo artículo 7 de la Ley Orgánica 6/2002 ya prevé que la estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos, *estableciendo, en todo caso, fórmulas de participación directa de los afiliados en los términos que recojan sus Estatutos, especialmente en los procesos de elección de órgano superior de gobierno del partido*. A esta cláusula se podría añadir y «elección de los integrantes de las candidaturas que, en su caso, se presenten a los diferentes procesos electorales». Estas previsiones, de manera similar a lo que ocurre en Alemania,⁴³ tendrían que tener su correlato en la LOREG y en los estatutos de cada formación política; de esa manera se respetaría su libertad de autoorganización y el propio derecho de sus afiliados a tomar parte en esa decisión, contando para ello con los oportunos recursos internos y, especialmente, administrativo-electorales y judiciales que permitan verificar la corrección democrática del proceso.⁴⁴

⁴² Véase, al respecto, los trabajos de David Giménez Gluck: «El derecho de asociación de los partidos políticos y la regulación legal de las elecciones primarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, 2014, págs. 211 y ss. y Eduardo Virgala Foruria: «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España», *Teoría y Realidad Constitucional*..., págs. 236 y ss. que incluye un exhaustivo análisis de los procesos de primarias en España y, en general, de las exigencias de funcionamiento democrático que cabría imponer legalmente a los partidos.

⁴³ Una completa exposición de la legislación alemana en lengua española es la que realiza Yolanda Fernández Vivas en «El régimen de los partidos políticos en Alemania», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, págs. 457 y ss: otra muy reciente la de Martin Morlok: «Dos cuestiones clave en la regulación jurídica de los partidos políticos: financiación y democracia interna», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35, 2015, págs. 185 y ss. Una panorámica con perspectiva histórica dentro de la doctrina alemana es la que se ofrece en el libro colectivo coordinado por Dimitris Tsatsos: *30 Jahre Parteiengesetz in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 2002; también el estudio de Morlok «Parteienrecht als Wettbewerbsrecht», en P. Häberle/M. Morlok/V. Skouris (eds.), *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos*, Nomos, Baden-Baden, 2003, págs. 408 y ss

⁴⁴ Entre los estudios más completos de la doctrina española en esta materia cabe recordar, además de los ya citados, la ponencia presentada en el XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (Salamanca, 2014) por Emilio PAJARES MONTOLÍO: «Selección de candidatos y mejora del sistema electoral: consideraciones sobre las elecciones primarias», (pendiente de publicación; he consultado el original por cortesía del autor) y el trabajo de Paloma BIGLINO CAMPOS: «Intervención del Legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35..., págs. 203 y ss. Octavio SALAZAR BENÍTEZ y Alejandro SAIZ ARNAIZ se ocuparon de los primeros procesos: «Las primarias socialistas: una experiencia de democratización de la selección de candidatos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 6, 2000, págs. 135 y ss.; «Elecciones primarias, representación política y democracia interna en los partidos: entre la ilusión y el escepticismo», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 12-13, 2000-2001, págs. 179 y ss.

En ese proceso interno de elección de los integrantes de las candidaturas tendría que operar el principio de voto libre y secreto de los afiliados y el derecho de cualquiera de las personas afiliadas a ser candidata, ambas cosas previstas ya en la normativa vigente para la elección de los órganos directivos. En dichos comicios, como regla, operaría la de la mayoría simple; esta exigencia se ha incluido en el nuevo artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/2002, a propósito de los órganos de gobierno y representación -los Estatutos deberán incluir «las reglas de deliberación y la mayoría requerida para la adopción de acuerdos, que, por regla general, será la mayoría simple de los presentes, sean estos miembros de pleno derecho o compromisarios»-. Así, las disposiciones estatutarias podrían exigir mayorías cualificadas para la toma de decisiones como la presente si las consideran de especial relevancia para la vida del partido y a propósito de las cuales se busca un respaldo superior al de la mera mayoría simple. Nada impediría tampoco que la formación política abriera el proceso de elección a personas no afiliadas, bien para el sufragio activo, para el pasivo o para ambos.

Por lo que respecta al desbloqueo de las listas, tal reforma daría más libertad al votante, fomentaría la conexión entre electores y elegidos y liberaría algo más a los electos respecto a sus formaciones políticas. No obstante, tendría que compatibilizarse, en la LOREG, con el sistema de elección interna al que acabamos de referirnos y con la obligación de una composición equilibrada entre mujeres y hombres de las listas. A estos efectos, se mantendría la selección de candidatos realizada previamente en el seno de la formación que promueve la candidatura pues seguiría siendo una lista cerrada y, por tanto, no cabría incluir a personas ajenas a la misma; en segundo lugar, y teniendo en cuenta el especial valor político que se suele atribuir a la cabecera de la lista se podría prever que el desbloqueo no afectase a la persona que ocupa el primer lugar en la candidatura, posición que, además, tiene relevancia jurídica en las elecciones locales, dado que para optar a la Alcaldía la LOREG exige (art. 196 a) haber encabezado la correspondiente lista.⁴⁵

También, y afectos de no hacer especialmente complejo ni el voto ni el escrutinio en circunscripciones grandes, cabría optar por un desbloqueo parcial, limitándolo, como mucho, a los puestos 2 al 10. Otra cautela sería prever que el desbloqueo se condicionaría a la obtención de un mínimo de votos a favor por parte del electorado. Finalmente, y en aras a mantener la exigencia actual de composición equilibrada de mujeres y hombres, el desbloqueo tendría que realizarse en los dos primeros tramos de cinco puestos (del 2 al 5 y del 6 al 10).

En Italia, y a propósito del voto de preferencia, la Corte Costituzionale, ya en 1975 (Sentencia n.º 203), afirmó que *«la circostanza che il legislatore abbia lasciato ai partiti il compito di indicare l'ordine di presentazione delle candidature non lede in alcun modo la libertà di voto del cittadino: a condizione che quest'ultimo*

⁴⁵ Según la STC 31/1993, de 26 de enero, esta condición de cabeza de lista ha de conectarse a una determinada lista de candidatos en un determinado proceso electoral abierto, lista a la que se refiere el art. 44. 1 LOREG, que solo puede ser presentada por partidos y federaciones, coaliciones de partidos o agrupaciones de electores (F 3).

sia «pur sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza».

Respecto a la conveniencia del desbloqueo limitado, en la Sentencia n.º 1 de 2014 se argumenta que *«tale libertà risulta compromessa, posto che il cittadino è chiamato a determinare l'elezione di tutti i deputati e di tutti senatori, votando un elenco spesso assai lungo (nelle circoscrizioni più popolose) di candidati, che difficilmente conosce».*

Sobre lo que se podría incorporar el régimen electoral español, valga a modo de ejemplo práctico lo recogido en la Proposición de Ley que pretendía reformar la Ley electoral asturiana:

Previamente a la presentación de las candidaturas los partidos y federaciones deberán seleccionar los candidatos que ocuparán el primer puesto de la lista para cada circunscripción mediante un procedimiento de primarias que garantice un proceso democrático de concurrencia de candidatos y la participación de, al menos, sus militantes.

Los escaños correspondientes a cada candidatura se adjudicarán a los candidatos incluidos en ella, el primero al candidato que ocupe la primera posición de la lista, y los restantes de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a.- Los electores podrán dar un voto preferencial a un máximo de 9 miembros de la candidatura, excepto al que ocupe la primera posición y a los que tengan la condición de suplente.

b.- Se considerará que el candidato percibe un voto preferencial cuando figure una «X» en la casilla que se establecerá al efecto contigua al nombre del candidato.

c.- Se adjudicarán a aquellos candidatos que hubiesen recibido un número de votos preferenciales igual o superior al 5 por ciento del total de los sufragios recibidos por la candidatura en la circunscripción de que se trate, hasta completar el máximo de escaños correspondientes a cada candidatura.

d.- En caso de que el número de candidatos que cumplen el requisito previsto en la letra anterior exceda el de escaños correspondientes a la candidatura, primará el número de votos preferenciales obtenidos por cada candidato.

f- No se tendrán en cuenta los votos preferenciales obtenidos por cada candidato en aquellas papeletas en las que figuren más de nueve «X». Este supuesto no comportará en ningún caso la nulidad del voto.

e.- En caso de que ningún candidato cumpliera el requisito previsto en la letra c, o si tras aplicar el procedimiento anterior quedaran escaños vacantes, estos serán adjudicados a los candidatos de acuerdo con el orden de colocación en el que figurasen en la candidatura.

3.4. Régimen electoral y sistema de partidos desiguales

El pluralismo político, valor superior del ordenamiento que expresan, entre otras entidades, los partidos, se articula sobre la premisa de la existencia de

diversas maneras de entender la organización de la sociedad sin que ninguna sea, *a priori*, mejor o superior a las demás.⁴⁶ Esta igualdad tendría que irradiarse al régimen electoral y al propio sistema de partidos; sin embargo, como apuntaremos en las líneas siguientes y ya se ha esbozado en la aproximación inicial, ni el régimen electoral ni el sistema de partidos resultante ofrecen un nivel de igualdad constitucionalmente adecuado; una de las esferas en las que esta desigualdad es más evidente es la de la financiación de la vida política, como se comentará un poco más adelante.⁴⁷

Ahora cabe recordar que la presencia de los partidos en la fase de formación de las candidaturas resulta muy favorecida frente a la posición de salida en la que se encuentran las agrupaciones de electores, obligadas a reclutar una serie mínima de adhesiones a su proyecto político si quieren concurrir al proceso electoral, lo que supone una sucesión de esfuerzos materiales y económicos adicionales, que pueden ser determinantes para que tal presentación se produzca.⁴⁸

Hasta enero de 2011, cualquier partido podía presentar candidaturas mientras que una agrupación de electores estaba obligada a recabar la adhesión de cientos o miles de personas. A resultas de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, ha quedado modificado el artículo 169.3 LOREG y los partidos, federaciones o coaliciones que no hubieran obtenido representación en la anterior convocatoria de elecciones, para poder presentar una candidatura a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, necesitan la firma, al menos, del 0,1 por ciento de los electores inscritos en el censo electoral de la circunscripción por la que pretendan su elección. Además, ningún elector podrá prestar su firma a más de una candidatura.

Es decir, que una reforma legislativa que, en teoría, se orientaba al incremento de la proporcionalidad en la representación y a la mejora de la calidad democrática y del rendimiento de nuestras instituciones produce, como una de sus consecuencias y con el pretexto de favorecer «la seriedad de las candidaturas» –como ya había ocurrido en la República Federal de Alemania–, dificultades adicionales para que los partidos minoritarios cumplan la función, constitucionalmente reconocida, de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos.⁴⁹

⁴⁶ Javier JIMÉNEZ CAMPO: «La intervención estatal del pluralismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, 1981.

⁴⁷ Véase el detallado estudio de Yolanda FERNÁNDEZ VIVAS: *Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007; en especial, págs. 289 y ss.; ya antes el profesor SOLOZABAL ECHAVARRÍA había analizado esta cuestión: «Una visión institucional del proceso electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, 1993; «La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, 2004; muy reciente es el trabajo de Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES: *Estado de partidos: participación y representación*; Marcial Pons, Madrid, 2013; págs. 116 y ss.; me ocupé brevemente de esta cuestión en *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 48 y ss.

⁴⁸ Así, por ejemplo, en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, «las agrupaciones de electores necesitarán, al menos, la firma del 1 por 100 de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción» (artículo 169.3 LOREG).

⁴⁹ Véase el estudio de Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ y Juan Carlos GAVARA DE CARA: *La reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, CEP, Colección Foro, n.º 25, 2011, págs. 110 y ss.

Con toda probabilidad, y al igual que también ocurrió en Alemania,⁵⁰ el Tribunal Constitucional español no consideraría esta previsión contraria a la Constitución por no resultar desproporcionada en su exigencia, lo que no quiere decir que fuera necesaria o conveniente en aras al principio de igualdad de oportunidades. Más bien parece orientarse en la línea, ya comentada, de contener la fragmentación del sistema de partidos y, en última instancia, la expresión de la pluralidad política.

En segundo lugar, y por lo que hace referencia al proceso de formación y manifestación de la voluntad popular, la regulación que el Legislador español ha realizado de las campañas electorales en los medios de comunicación de titularidad pública tiende a reforzar el papel de los partidos y, en particular, de las formaciones sólidamente asentadas, puesto que «la distribución de espacios gratuitos para propaganda electoral se hace atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes» (artículo 61 LOREG).⁵¹

Dicha distribución de espacios tendría que posibilitar que las distintas opciones pudieran expresarse en un contexto de igualdad de oportunidades, que a su vez «guarda estrecha relación con los postulados de universalidad e igualdad de las elecciones, los cuales llevan a su vez la impronta del principio de la democracia...» (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 85, 264, pág. 297).⁵²

Donde sí tal vez el Alto Tribunal podría admitir la existencia de elementos de inconstitucionalidad es la previsión incorporada, también en enero de 2011, al artículo 66 de la LOREG, según la cual «durante el periodo electoral las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios de pluralismo e igualdad. Asimismo, en dicho periodo, las televisiones privadas deberán respetar también los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales así como en la información relativa a la campaña electoral de acuerdo a las Instrucciones que, a tal efecto, elabore la Junta Electoral competente». ⁵³ ¿Cuál es el fundamento para presumir que una televisión es neutral

⁵⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán *BVerfGE* 60, 16 (168); 71, 81 (96); 82, 353 (364).

⁵¹ Sobre la regulación de las campañas electorales véanse, entre otros, los estudios de Emilio PAJARES MONTOLÍO: *La financiación de las elecciones*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997; Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ: *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, CEP, Madrid, 2007; del mismo autor, «Cuestiones relativas a la financiación de los gastos electorales y al desarrollo de la campaña en los medios de comunicación», *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral...*, págs. 617 y ss. y Leyre BURGUERA AMEAVE: *Libertad de comunicación pública en las campañas electorales*, tesis doctoral, UNED, 2010.

⁵² También 73, 40, págs. 89 y 78, 350, pág. 358. En la sentencia citada, el Tribunal Constitucional Federal alemán aclara que «el derecho de los partidos políticos a una igualdad de oportunidades dimana de la importancia atribuida a la libertad de creación de partidos y al principio del pluripartidismo, propios de una democracia libre. Esto es válido en cuanto atañe no solo al acto electoral propiamente dicho, sino también a sus preparativos y a la campaña de los partidos para recaudar donativos, así como a la concesión, por parte del Estado, de ayuda financiera a los partidos políticos».

⁵³ Véanse los comentarios críticos de Juan José SOLOZABAL ECHAVARRÍA: «Una visión institucional del proceso electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional...*, pág. 78, y Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ: «Cuestiones relativas a la financiación de los gastos electorales y al desarrollo de la campaña en los medios de comunicación», *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral...*, págs. 648 y ss.

si opera en los debates y entrevistas electorales de acuerdo con los resultados de los comicios precedentes? De actuar así, más que la igualdad y el pluralismo estará favoreciendo la repetición de los resultados anteriores, a lo que ya «contribuyen» por mandato legal los medios públicos y el sistema de financiación electoral. En suma, el favorecimiento en los procesos electorales de las formaciones políticas mayoritarias ya no se mantendrá exclusivamente en las televisiones públicas sino también en las privadas, lo que abunda en la idea de que la pretensión de articular un sistema electoral más plural y participativo es algo que, al menos en las recientes reformas, «nunca pudo haber sido y no fue».⁵⁴

Pero si hay otro factor, y bien conocido, que ha venido incidiendo de manera muy relevante en la minoración del pluralismo representativo es el juego combinado de la fórmula electoral, el número de escaños a elegir por circunscripción y el tamaño de las entidades representativas: una cámara parlamentaria de 350 miembros –Montero y Riera hablan aquí de la «ley de la raíz cúbica»–⁵⁵ junto con un tamaño reducido de las circunscripciones provocará que, aunque se emplee una fórmula de carácter proporcional se asistirá a una «distribución desproporcionada de escaños», que beneficiará a los grandes partidos e incrementará la posibilidad de que se den mayorías parlamentarias artificiales de un partido que ha obtenido una victoria electoral mínima.⁵⁶

Eso es, precisamente, lo que ha venido ocurriendo en España como ya se anticipó en la presentación: en 1982 el Partido Socialista Obrero Español consiguió 202 escaños (57,71%) con el 48,11% de los votos; en 1986 esa misma formación política obtuvo 184 escaños (52,57%) con el 44,06% de sufragios; en las elecciones del año 2000 fue el Partido Popular el que con el 44,52% de votos llegó a los 183 escaños (52,28%) y en 2011 con el 44,63% de votos a los 186 (53,14%); en 1989 el PSOE llegó a 175 diputados (50%) con el 39,6% de votos.⁵⁷

Un régimen electoral que genera estos resultados ha sido, sin embargo, avalado por el Tribunal Constitucional, que, si bien comenzó señalando que «la representación proporcional es la que persigue atribuir a cada partido o a cada grupo de opinión un número de mandato en relación con su fuerza numérica. Cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada partido político o grupo de opinión una representación, si no matemática, cuando

⁵⁴ Enrique GUILLÉN LÓPEZ: «El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma (Lo que nunca pudo haber sido y no fue)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, 2011, págs. 195 y ss.

⁵⁵ *Op. cit.*, pág. 387; actualizando su cálculo (de 2009) para una población, a diciembre de 2014, de 46464000 habitantes la raíz cúbica sería 359.

⁵⁶ Véase al respecto, Arend LJPHART: *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 119 y ss. y 182 y ss. Recuerdan LAGO y MONTERO que, «tras décadas de investigación sobre las consecuencias políticas de los sistemas electorales, uno de los puntos básicos de encuentro es que la fragmentación de un sistema de partidos, la proporcionalidad electoral, los votos *malgastados* o la sobrerrepresentación de los partidos mayoritarios dependen de la magnitud de distrito (entendida como el número de escaños que se elige en una circunscripción)», *op. cit.* pág. 321. Me he ocupado de estas cuestiones en *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, libro electrónico, <http://presnolinera.files.wordpress.com/2011/10/el-derecho-de-voto-un-derecho-polc3adticofundamental-libro.pdf>, y en *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, Porrúa, México D. F., 2012.

⁵⁷ Fuente: Ministerio del Interior (<http://www.infoelectoral.interior.es/min/home.html>)

menos sensiblemente ajustada a su importancia real» (STC 40/1981, de 18 de diciembre, F.2), a continuación matizó que «la proporcionalidad en la representación, difícil de alcanzar de suyo, lo es tanto más cuanto menor sea el abanico de posibilidades dado por el número de puestos a cubrir en relación con el de las fuerzas concurrentes... Consecuencia de ello es que la «adecuada representación proporcional» exigida solo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la hagan flexible, siempre que no altere su esencia»; será preciso, «en todo caso, evitar la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección».

La jurisprudencia posterior ha ido en la línea de otorgar una gran deferencia al Legislador electoral (SSTC STC 75/1985, de 21 de junio; 225/1998, de 25 de noviembre y, más recientemente, 19/2011, de 3 de marzo). La STC 75/1985, que enjuició aspectos del Decreto-Ley de 1977 se limitó a decir que de la aplicación de la fórmula D'Hondt a nuestras circunscripciones «resulta *cierta ventaja relativa* -aunque no superior a la de otras fórmulas consideradas igualmente proporcionales- *para las listas más votadas*, y ello como consecuencia del peculiar sistema de cocientes sucesivos que dicha regla articula...»

Por su parte, en la STC 19/2011, que, aunque se refiere a la elección de una Cámara autonómica es extrapolable a las elecciones al Congreso, se concluye (F.3) que

las genéricas directrices constitucionales... a favor de la proporcionalidad determinan la existencia de un considerable ámbito de indefinición en cuanto al tipo de escrutinio, así como en cuanto a la regulación de otros aspectos del proceso electoral; y esta indefinición únicamente puede ser salvada mediante decisiones del legislador, y en la amplia diversidad de soluciones que este puede adoptar no cabe apreciar sino una confirmación de la naturaleza de las normas, que en otras ocasiones hemos considerado integrantes de un 'bloque de la constitucionalidad' como un espacio abierto a distintas posibilidades legislativas, naturaleza que, en cuanto entraña un bien constitucional en sí mismo valioso, lejos de resultar debilitada, ha de ser preservada y reforzada por este Tribunal. No se trata, en ningún caso, de la exigencia de un sistema puro de proporcionalidad, sino que, por el contrario, la proporcionalidad «es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral hasta el punto de que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa 'pureza' de la proporcionalidad abstractamente considerada» (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5).

«En tanto el legislador se funde en fines u objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales (STC193/1989)» (STC 45/1992, de 2 de abril, FJ 4; doctrina que reitera ATC 240/2008, de 22 de julio).

El problema es que lo que resulta de la vigente normativa es mucho más que «cierta ventaja relativa» y, desde luego, esa ventaja, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal, sí es superior a la de otras fórmulas consideradas igualmente proporcionales. Basta tomar el propio ejemplo práctico que facilita la LOREG en su artí-

culo 163 -y que reproducen luego las leyes electorales autonómicas- y comparar los resultados que ahí se muestran con los que generaría, por ejemplo, la fórmula Sainte-Laguë, que en lugar de dividir entre la sucesión de números naturales desde el 1 hasta el que coincida con el de escaños a elegir en la circunscripción (fórmula D'Hondt) divide entre los números impares.

Ejemplo del artículo 163 LOREG: 480000 votos válidos emitidos en una circunscripción que elija ocho diputados. Votación repartida entre seis candidaturas y aplicación de la fórmula D'Hondt (no se incluye la división hasta ocho para ahorrar espacio y porque no es necesaria para mostrar lo que se pretende):

División	1	2	3	4	5
A	168000	84000	56000	42000	33600
B	104000	52000	34666	26000	20800
C	72000	36000	24000	18000	14400
D	64000	32000	21333	16000	12800
E	40000	20000	13333	10000	8000
F	32000	16000	10666	8000	6400

En negrita el reparto de escaños: la candidatura A obtiene cuatro; la candidatura B, dos escaños y las candidaturas C y D, un escaño cada una.

Con esos mismos parámetros la aplicación de la fórmula Sainte-Laguë genera más proporcionalidad y pluralismo: la candidatura A obtiene tres escaños; la candidatura B, dos escaños y las candidaturas C, D y E, un escaño cada una.

División	1	3	5	7
A	168000	56000	33600	24000
B	104000	34666	20800	14857
C	72000	24000	14400	10285
D	64000	21333	12800	9142
E	40000	13333	8000	5714
F	32000	10666	6400	4571

Téngase en cuenta que este efecto de desproporcionalidad (la candidatura con más votos resulta sobrerrepresentada en ese ejemplo con un escaño), no casual como ya se ha apuntado, es probable que se produzca en todas las circunscripciones a las que se asignan pocos escaños.

Al respecto, conviene citar un estudio relativamente reciente de Alberto Penadés y Salvador Santauste, en el que se clasifican las circunscripciones al Congreso en tres categorías -circunscripciones pequeñas (de 1 a 5 escaños), medianas (de 6 a 9 escaños) y grandes (de 10 o más escaños)- y se analiza el funcionamiento del régimen electoral español.⁵⁸

⁵⁸ «La desigualdad en el sistema electoral español y el premio a la localización del voto», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 32, 2013, págs. 89 y ss.

Siguiendo a estos autores, en 2011 «el primer grupo [circunscripciones pequeñas] comprende 27 distritos que conjuntamente eligen 99 de los 350 diputados. Su magnitud media es de 3,7 y su mediana es de 4 escaños. El segundo grupo incluye 18 circunscripciones que suman 124 escaños. La magnitud media del grupo es de 6,9 –prácticamente igual a la media del sistema– pero la del mediano es de 7 escaños. El último grupo lo forman los 7 distritos mayores, que sumados eligen 127 diputados, o el 32,9 %. Las magnitudes mediana y media de este grupo son 18,1 y 12, respectivamente. Si es cierto que la magnitud es el determinante fundamental del sistema electoral, entonces puede decirse que los diputados al Congreso se dividen en tres tercios, cada uno elegido mediante un subsistema electoral distinto...

... las circunscripciones grandes (de 10 o más escaños) están generalmente infrarrepresentadas. En promedio alcanzan el 87% de la representación proporcional. Las circunscripciones pequeñas (hasta 5 escaños) están generalmente sobrerrepresentadas, en un 54% como media, aunque con una dispersión de los valores notablemente mayor. Las circunscripciones intermedias se encuentran, en promedio, proporcionalmente representadas...

A lo largo de las once elecciones, los dos mayores partidos recabaron el 79% de los votos y el 93,5% de los escaños en los distritos pequeños, mientras que en los medianos las cifras fueron el 73,5% y el 85,1%, y en los grandes 71,2% y 77,9%. En los distritos pequeños se observa un sistema bipartidista; en los distritos medianos y grandes un multipartidismo moderado...

¿Son todos los partidos iguales frente al sistema electoral? En la medida en que el sistema contiene un sesgo mayoritario, obtienen un premio de representación los partidos mayores sobre los menores (manteniendo constante su distribución territorial) y, entre los menores, los que concentran su apoyo en unos distritos (de modo que no son localmente menores sino mayores) frente a los que representan minorías dispersas. Ambos fenómenos se verifican en España. Este sesgo mayoritario es compatible con la igualdad de los votantes y, en teoría, podría ser anónimo, es decir, premiar por igual a cualquier partido ganador (global o localmente)...

...Lo peculiar del sistema electoral español no es solo que haya zonas más mayoritarias y zonas más proporcionales, sino que estas coinciden en ser también zonas sobrerrepresentadas e infrarrepresentadas respectivamente... De este modo, los dos mecanismos de ventaja, el reparto mayoritario y la sobrerrepresentación, se acumulan sobre los ganadores en ciertos distritos...

Para entender cómo funciona el doble mecanismo de ventaja podemos utilizar como ejemplo las provincias de Castilla y León. Por una parte, se trata de un conjunto de circunscripciones pequeñas. Una provincia de dos diputados, tres de tres diputados, dos de cuatro y dos de cinco. El reparto de escaños puede clasificarse como más bien mayoritario en todas ellas. Por otra parte, la comunidad en su conjunto se encuentra sobrerrepresentada en el parlamento, ya que con 2.166.857 censados –el 6% del censo– elige 32 diputados –el 9,1% del parlamento–. El peso del voto en la comunidad con respecto a la media del país es de 1,51 (aunque hay diferencias en cada provincia), es decir, un 51% mayor del ideal de votos iguales».

De acuerdo con este trabajo, si el sistema fuera realmente proporcional en las elecciones de 2011, por seguir con el mismo ejemplo, el PP tendría 158

escaños, 28 menos de los que consiguió; el PSOE 102 escaños, 8 menos; IU aumentaría sus escaños hasta 24-25, es decir, ganaría 14-15; UPyD aumentaría hasta 16-17, ganando 11-12; CiU y el PNV podrían perder uno de sus escaños, aunque en ese caso quedarían ligeramente infrarrepresentados.

Además de la anterior evidencia, tampoco parece muy acertado concluir, como hace el Tribunal Constitucional, que la proporcionalidad «es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral hasta el punto de que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa 'pureza' de la proporcionalidad abstractamente considerada» (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5). «En tanto el legislador se funde en fines u objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales (STC193/1989)» (STC 45/1992, de 2 de abril, FJ 4; doctrina que reitera ATC 240/2008, de 22 de julio).

Y es que, en primer lugar, la proporcionalidad no es un mero «criterio tendencial» sino un mandato constitucional orientado a hacer realidad, como mínimo, dos valores superiores del ordenamiento –la igualdad y el pluralismo político–; el mandato del artículo 9.2 –promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...–, el objeto protegido por los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 23.1 y 23.3, el carácter igual del sufragio en las elecciones al Congreso garantizado por el artículo 68.1 y que la elección se verifique atendiendo a criterios de representación proporcional (art. 68.3). Lo que cabe colegir de este último precepto, en palabras de Francisco Bastida, es que no es suficiente que en el resultado final haya proporcionalidad si esta no se produce también en cada circunscripción,⁵⁹ cosa que ya hemos visto que no ocurre en la mayoría. Por si fuera poco, como explica también Bastida, esa proporcionalidad tampoco se da –porque así lo quiso el Legislador preconstitucional y lo ha avalado el postconstitucional– en el resultado final de cada renovación del Congreso de los Diputados.

En segundo término, el Legislador sí está causando «discriminaciones entre las opciones en presencia», pues no las trata de la manera más igual posible, sino que se decanta por unos mecanismos (asignar un mínimo de 2 diputados por circunscripción, mantener la elección de 350 diputados y, por tanto, un Congreso de tamaño «pequeño», optar por una fórmula electoral que no es proporcional en circunscripciones pequeñas) que, de antemano, provocan desproporcionalidad y afectan al principio de igual (o similar) valor del voto; como se ha visto más arriba, los dos mecanismos de ventaja, el reparto mayoritario y la sobrerrepresentación, se acumulan sobre los ganadores en ciertos distritos.

Como concluyen Penadés y Santauste, «la competición electoral en España no tiene lugar en condiciones iguales en todas las circunscripciones, y los

⁵⁹ «Proporcionalidad inversa en la representación e inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Propuesta para una reforma», *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral...*, pág. 707.

votos no cuentan todos lo mismo. La variabilidad de la magnitud electoral de los distritos tiene consecuencias para el sistema de partidos. Además, el sistema electoral emplea un método de prorrateo de escaños entre las circunscripciones que introduce otra dimensión de desigualdad: la representación de los ciudadanos».⁶⁰

A esta perspectiva, que analiza la vulneración del principio de igualdad del sufragio, Lago y Montero añaden otra: este *malapportionment* (de origen) es un recurso institucional manejado estratégicamente por las élites partidistas para conseguir mayorías parlamentarias amplias, asegurar su acceso a la formación de gobiernos y facilitar la aprobación de sus políticas.⁶¹

El propio Consejo de Estado señaló, en su Informe de 2009 (pág. 157), «que el sistema electoral del Congreso de los Diputados..., presenta algunos aspectos que podrían ser susceptibles de mejora, en aras de garantizar la igualdad de electores y partidos políticos en el proceso electoral y de revalorizar la participación de los ciudadanos en la designación de sus representantes... Un avance en este sentido podría comportar efectos beneficiosos para el fomento de la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de estos en el funcionamiento democrático de las instituciones, en línea con lo ya dispuesto en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos».

Es obvio que el Legislador español –primero el preconstitucional y luego el postconstitucional– no ha introducido una prima explícita a la mayoría, como si ha sucedido en otros sistemas electorales de nuestro entorno,⁶² pero sí ha propiciado que exista esa prima encubierta, pues no cabe calificar de otro modo esa continuada diferencia entre votos conseguidos y escaños alcanzados.

Y una situación de desigualdad entre las opciones político-electorales como la que se produce en España sería calificada como inconstitucional en Alemania y así ha ocurrido en varias ocasiones (véase al respecto la BVferGE 121, 266, de 3 de julio de 2008):⁶³ la igualdad de oportunidades de los partidos se irradia sobre el régimen electoral en su conjunto (*Chancengleichheit*) y, en concreto, sobre la

⁶⁰ *Op. cit.*, pág. 90.

⁶¹ *Op. cit.*, pág. 327; para Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA la estabilidad parlamentaria y la gobernabilidad son, precisamente, evidencias de que el régimen electoral no es tan negativo; *op. cit.*, págs. 701 y ss.

⁶² Puede verse una sucinta exposición del premio de mayoría en el panorama electoral europeo en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Saccommanno y otros c. Italia*, de 13 de marzo de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110318>.

⁶³ Véanse los comentarios de H. H. von ARNIM.: «Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes aufgrund des «negativen Stimmgewichts» - Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008», en *Recht und Politik*, n.º 44, págs. 136-138, y Dieter NOHLEN: «Erfolgswertgleichheit als fixe Idee oder: Zurück zu Weimar? Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über das Bundeswahlgesetz vom 3. Juli 2008», *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, n.º 40, págs. 179-195; para una perspectiva completa del sistema electoral germano, Joachim BEHNKE: *Das Wahlsystem der Bundesrepublik Deutschland. Logik, Technik und Praxis der Verhältniswahl*, Nomos, Baden-Baden, 2007. Sobre el sistema electoral alemán en la doctrina española y su incidencia en el sistema de partidos, véase el ya citado estudio de Yolanda FERNÁNDEZ VIVAS: *Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos...*, en particular, págs. 37 y ss.; sobre las últimas reformas en la materia, Carlos VIDAL PRADO: «El sistema electoral alemán como modelo: ventajas e inconvenientes», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 26, 2012, págs. 217 y ss.

introducción de un determinado sistema, que, a su vez, condiciona la existencia de más o menos grupos parlamentarios.⁶⁴

Pero la tacha de inconstitucionalidad no se ha limitado a la legislación alemana; en el caso italiano, la vigencia de un sistema electoral (la Ley n.º 270/2005) con un ingente premio en escaños a la coalición electoral que obtuviera la mayoría relativa ha implicado, como recuerda Ferrajoli (2011, pág. 46), que la coalición vencedora pudiera acreditarse como mayoría absoluta, «sustituyendo en la propaganda la realidad por la ficción jurídica». Tales previsiones, como argumentó el Tribunal Constitucional italiano en la Sentencia 1/2014 al declarar que esa normativa era inconstitucional, alteraban «el circuito democrático» basado en el principio de esencial igualdad del sufragio y producían

un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente... dette norme producono una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.

Le condizioni stabilite dalle norme censurate sono, viceversa, tali da alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti. Anzi, impedendo che esso si costituisca correttamente e direttamente, coartano la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all'art. 48 Cost...⁶⁵

Finalmente, y como ya se ha apuntado, estos resultados electorales no suficientemente proporcionales condicionan de manera decisiva la supervivencia económica de los partidos, pues dichas entidades se nutren, de manera preferente, de la financiación pública⁶⁶ y esta, a su vez, depende de los escaños y votos con-

⁶⁴ Dieter NOHLEN: *Wahlrecht und Parteiensystem: Zur Theorie und Empirie der Wahlsysteme*, Verlag Barbara Budrich, 2009.

⁶⁵ Pueden leerse los numerosos comentarios a esta sentencia en la página <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

⁶⁶ Como señala en un estudio reciente Roberto BLANCO VALDÉS, entre las consecuencias más censurables provocadas por dicho régimen están la dependencia de los partidos españoles de una financiación pública que se ha demostrado incapaz de hacer frente a una tendencia irrefrenable hacia el crecimiento de los gastos y que esos mismos partidos acabasen por recurrir, para tratar de superar ese desequilibrio entre ingresos insuficientes y gastos, sobre todo electorales, fuera de control, a fuentes irregulares de financiación privada «La caída de los dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problema», *op. cit.*, págs. 158 y ss.; sobre estas cuestiones véanse, entre otros trabajos, los de Pilar CORTÉS BURETA: *Recursos públicos y partidos políticos: balances y perspectivas de reforma*, CEPC, Madrid, 2003; María HOLGADO GONZÁLEZ: *La financiación de los partidos políticos en España*, Tirant, Valencia, 2004, y Manuel MAROTO: *Qué hacemos con la financiación de los partidos políticos*, Akal, 2013, y Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ: «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, 2013, págs. 161 y ss.

seguidos en los comicios al Congreso y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.⁶⁷

Como es bien sabido, con el actual régimen de financiación lo que se promueve por el Legislador es, pura y simplemente, el mantenimiento del *statu quo* político en la medida que si tienen más dinero los partidos que consiguen mejores resultados electorales se están creando las condiciones para que dichos resultados se repitan; obviamente, no siempre es así pero cuando los cambios se producen tal cosa ocurre a pesar del régimen electoral, no gracias a él.⁶⁸

En este sentido, y además de las previsiones que incluye la Ley de Partidos, es bien significativo el artículo 175 LOREG, que vincula las subvenciones al éxito electoral; incluso a la formación de grupo parlamentario

1. El Estado subvenciona los gastos que originen las actividades electorales de acuerdo con las siguientes reglas:

a) 21 167,64 por cada escaño obtenido en el Congreso de los Diputados o en el Senado.

b) 0,81 euros por cada uno de los votos conseguidos por cada candidatura al Congreso, uno de cuyos miembros al menos, hubiera obtenido escaño de diputado.

c) 0,32 euros por cada uno de los votos conseguidos por cada candidato que hubiera obtenido escaño de senador.

2. Para las elecciones a las Cortes Generales o a cualquiera de sus Cámaras, el límite de los gastos electorales será el que resulte de multiplicar por 0,37 euros el número de habitantes correspondientes a la población de derecho de las circunscripciones donde presente sus candidaturas cada partido, federación, coalición o agrupación.

3. Además de las subvenciones a que se refieren los apartados anteriores, el Estado subvencionará a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral de acuerdo con las reglas siguientes:

⁶⁷ Según el artículo 3 de la Ley Orgánica 8/2007, «el Estado otorgará a los partidos políticos con representación en el Congreso de los Diputados, subvenciones anuales no condicionadas, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para atender sus gastos de funcionamiento... Dichas subvenciones se distribuirán en función del número de escaños y de votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones a la indicada Cámara. Para la asignación de tales subvenciones se dividirá la correspondiente consignación presupuestaria en tres cantidades iguales. Una de ellas se distribuirá en proporción al número de escaños obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones al Congreso de los Diputados y las dos restantes proporcionalmente a todos los votos obtenidos por cada partido en dichas elecciones. Igualmente, las Comunidades Autónomas podrán otorgar a los partidos políticos con representación en sus respectivas Asambleas Legislativas, subvenciones anuales no condicionadas, con cargo a los Presupuestos autonómicos correspondientes, para atender sus gastos de funcionamiento. Dichas subvenciones se distribuirán en función del número de escaños y de votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones a las indicadas Asambleas Legislativas, en proporción y de acuerdo con los criterios que establezca la correspondiente normativa autonómica. Las subvenciones a las que se refiere este apartado podrán ser también otorgadas por los Territorios Históricos vascos...»

⁶⁸ Más extensamente, Emilio PAJARES MONTOLÍO: *La financiación de las elecciones...*, págs. 224 y ss.

a) Se abonarán 0,18 euros por elector en cada una de las circunscripciones en las que haya presentado lista al Congreso de los Diputados y al Senado, siempre que la candidatura de referencia hubiera obtenido el número de diputados o senadores o de votos preciso para constituir un Grupo Parlamentario en una u otra Cámara...

En resumen, y como señala Sánchez Muñoz, «los criterios de la Ley, lejos de configurar un sistema de financiación pública destinado a compensar las diferencias *de facto* existentes entre los partidos en cuanto a recursos económicos, contribuyendo a optimizar la visibilidad de las distintas opciones políticas por el electorado, producen justamente el efecto contrario, pues benefician desproporcionadamente a los grandes partidos –que son, por otra parte, los que más facilidades tienen para acceder a la financiación privada– y penalizan a los pequeños, lo que en definitiva redundaría en la petrificación del sistema de partidos, sin apenas posibilidades para que nuevas opciones puedan poner en peligro el *statu quo* existente».⁶⁹

4. Epílogo: ¿régimen electoral y sistema de partidos en el futuro?

Parece difícilmente compatible con nuestra Constitución el mantenimiento de un régimen electoral que declara como objetivos explícitos «suavizar la demografía» y «corregir la representación parlamentaria» pero que, sobre todo, está pensado para facilitar que determinadas formaciones políticas puedan conseguir mayorías absolutas con porcentajes de votos de poco más del 40%. Es ese régimen el que ha venido provocando que, a lo largo de casi cuarenta años, y en las ya citadas palabras de Penadés y Santauste, la competición electoral en España no haya tenido lugar en condiciones iguales en todas las circunscripciones, y que los votos no valgan lo mismo. De esta manera, se han venido ocasionando menoscabos en la expresión de la representatividad, además de las distorsiones generadas en el sistema de partidos. Como concluyen Lago y Montero, estamos ante un recurso institucional manejado estratégicamente por las élites partidistas para conseguir mayorías parlamentarias amplias, asegurar su acceso a la formación de gobiernos y facilitar la aprobación de sus políticas.

No se trata, al menos no aquí, de proponer un régimen electoral alternativo; sí de insistir en que la proporcionalidad no es un mero «criterio tendencial» sino un mandato constitucional orientado a hacer realidad, como mínimo, dos valores superiores del ordenamiento –la igualdad y el pluralismo político–; el mandato del artículo 9.2 –promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...–, el objeto protegido por los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 23.1 y 23.3, el carácter igual del sufragio en las elecciones al Congreso garantizado por el artículo 68.1 y que la elección se verifique atendiendo a criterios de representación pro-

⁶⁹ «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *Revista Española de Derecho Constitucional...*, pág. 178.

porcional (art. 68.3). Y, como se ha visto, ni se consigue la proporcionalidad constitucionalmente querida en la mayoría de las circunscripciones ni tampoco en el resultado final de cada renovación del Congreso de los Diputados.

Las distorsiones maquiavélicas que el actual régimen electoral provoca en la vida política se evidencian también en todo lo que tiene que ver con su financiación y ello en aras al mantenimiento del *statuo quo* articulado desde los inicios de la transición de la dictadura a la democracia.

Por otro lado, el Legislador no puede dejar en manos exclusivas de las formaciones políticas la decisión de si sus candidaturas electorales se aprobarán, o no, con la participación de los afiliados. La especial posición que la Norma Fundamental ha otorgado a los partidos es la que demanda un cierto intervencionismo estatal en su vida interna para asegurar que en los actos con trascendencia constitucional externa como la presentación de candidaturas se respete la expresa exigencia constitucional de funcionamiento democrático. Estas previsiones, de manera similar a lo que ocurre en Alemania, tendrían que tener su correlato en la LOREG y en los estatutos de cada formación política; de esa manera se respetaría su libertad organizativa y el propio derecho de sus afiliados a tomar parte en esa decisión

En palabras del Consejo de Estado, «un avance en este sentido podría comportar efectos beneficiosos para el fomento de la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de estos en el funcionamiento democrático de las instituciones, en línea con lo ya dispuesto en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos».

PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ

GRACIAS, así, en mayúscula, es la primera palabra que me viene a la cabeza cuando pienso en Francisco Bastida. Le debo mucho a título individual y como miembro de un grupo que en gran medida lo es por él.

Bastida, Paco, ha sido generoso conmigo desde el comienzo. Se implicó en una tesis sobre el bloque constitucional, cuya dirección asumí de manera sobrevenida y sin conocerme, con el mismo entusiasmo y dedicación que si hubiera tenido por objeto el principio de igualdad, como él pretendía y yo me negué en redondo sin ninguna objeción por su parte. Antepuso, en definitiva, mi querencia por las fuentes y por la jurisdicción constitucional a su querencia por los derechos fundamentales; mi «disfrute» al suyo.

Esos años de tesis son para mí inolvidables, especialmente por el contacto tan estrecho y enriquecedor con Paco. Nunca aprendí tanto ni me quedó tan claro lo que era investigar. Recuerdo las primeras páginas que le entregué sobre la Constitución en sentido formal y en sentido material y la motivación que supuso su visto bueno. Fue un espejismo. Después los folios empezaron a ser devueltos con comentarios a mano en letra microscópica, que ocupaban los márgenes de las hojas expandiéndose en todas las direcciones, en los que me corregía y sacaba punta a cada palabra. Periódicamente le exponía mis ideas con argumentos que me parecían de peso y que él desmontaba con otros que sí lo tenían, ofreciéndome enfoques novedosos y sugerencias cruciales para mejorar el resultado final. Esas reuniones, sin reloj, acababan con un «dale una vuelta», que me obligaba a superarme y mostraba la incapacidad, que compartimos, de considerar que algo está bien del todo. Por eso, prefiero hablar de «la» tesis y no de «mi» tesis. Me quedaría corta si dijera que me ayudó a dar lo mejor de mí en ese proceso. Sin él no hubiera ido más allá de un concepto superficial de parámetro ni hubiera podido redefinir que ha de entenderse por bloque constitucional y por bloque de la constitucionalidad a partir de la cate-

goría de función normativa y de la contraposición entre apertura y abstracción constitucional.

Posteriormente continuó siendo igual de determinante. Me propuso como tema de investigación la protección de las minorías parlamentarias, que terminaría por convertirse en una de mis líneas con más recorrido. Nadie mejor para recordarme que el principio de mayoría en la adopción de decisiones no es el único rasgo definitorio del estado democrático; al contrario, preservar su esencia pasa por poner el foco en un principio de minoría, exigencia del pluralismo, que ha de estar presente sobre todo en la deliberación, pero también en ciertos casos en la propia toma de la decisión. Su confianza y su apoyo incondicional en ese momento, que coincidió con mi acceso a la plaza de titular de Universidad, fueron decisivos. Eso explica que haya escogido para este libro homenaje un texto relativo al papel de las minorías en la reforma constitucional, nuestro último Proyecto investigador en común, en el que de nuevo su inspiradora obra «La soberanía borrosa: la democracia» ha sido referencia ineludible.

Luego mis trabajos abordaron otras materias, muy distintas a las que más le interesan, pero la puerta de su despacho siempre está abierta para intercambiar ideas y recibir buenos consejos.

Su generosidad también ha resultado patente cuando ha contado conmigo en numerosos proyectos colectivos. Todos coincidiremos en que el ingenio y el «olfato» de Paco es fuente inagotable de iniciativas, tanto investigadoras, como docentes. Antes de acabar una ya está pensando en la próxima y conserva aún el don de hacernos creer que lo difícil, por no decir imposible, puede lograrse. Su intervención no queda en el liderazgo; se arremanga el primero y trabaja como el que más en la ejecución. Difícil mantener su ritmo trepidante y su nivel de exigencia. Así ha sido hasta el final.

En ocasiones he escuchado que en la Universidad de Oviedo tenemos una manera muy característica de entender el Derecho Constitucional y de hacer las cosas que ya casi se ha convertido en tradición. Se la debemos a todos y a cada uno de los que han formado, forman y siempre formarán parte de nuestra Área. Decía Gustav Mahler que la tradición consiste en preservar el fuego, no en reverenciar las cenizas. Paco lo preservó, transmitiéndolo. Transmitiéndolo a nosotros con su ejemplo; transmitiéndolo a la academia con aportaciones rigurosas y originales; transmitiéndolo a sus alumnos con clases excelentes en el fondo e innovadoras en la forma; transmitiéndolo a las instituciones con las que siempre ha colaborado lealmente y transmitiéndolo a la sociedad a través de su labor divulgativa en los medios de comunicación. Creo que el mejor homenaje que podemos rendirle es comprometernos a mantener ese fuego del Derecho Constitucional tan vivo como él lo deja.

GRACIAS, Paco.

El procedimiento de reforma de la Constitución española y las minorías parlamentarias^{*/**}

Paloma Requejo Rodríguez

I. Introducción

Cuando se habla de minorías y reforma constitucional se suele hacer hincapié en aspectos materiales, en la existencia de cláusulas de intangibilidad que en ocasiones pretenden su salvaguarda, pasando lo formal a un segundo plano. La ausencia de dichas cláusulas en la Constitución española obliga a atender a los aspectos procedimentales de la reforma, a fin de conocer cuál es el papel que las minorías, en este caso parlamentarias, están llamadas a jugar. Siempre he mantenido que para calificar un procedimiento de democrático, el de revisión constitucional incluido, no se ha de poner el acento únicamente en el momento decisional; más relevante que la aplicación de la regla de mayoría es que desde el inicio hasta el fin esté presente un principio inclusivo de mayoría que respete e involucre a las minorías. No basta con darles la oportunidad de que en el futuro puedan abandonar esa posición y llegar a revertir una decisión provisional. Hoy ya todos, los que son más y los que son menos, deben poder intervenir en el procedimiento, mostrando su pluralidad en la formación de la voluntad colectiva que les va a obligar; así será

* Este texto ya ha sido publicado con el mismo título en ALÁEZ CORRAL, B. (COORD.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, Foros y Debates, Universidad de Oviedo, CEPC, 2020, págs. 375-403. Mi agradecimiento al CEPC y al coordinador por haber permitido utilizarlo en este libro homenaje.

** Texto desarrollado en el marco del proyecto de I+D+i «Reforma constitucional y defensa de la democracia» (MINECO-DER2017-82196-P).

mejor aceptada la restricción que sufre la autodeterminación política de algunos a la hora de tomar la decisión.¹

Lejos de ofrecer un estudio exhaustivo de una tramitación de sobra conocida, me centraré en algunos aspectos concretos de las fases de impulso, central y decisoria, determinantes para identificar el grado de participación de las minorías parlamentarias en la reforma constitucional y calibrar si resulta bastante de cara a asegurar su debida protección. No son otros que la titularidad y el ejercicio de la iniciativa parlamentaria, la incidencia de los procedimientos especiales y abreviados en la deliberación y, por último, la exigencia y el sentido de las mayorías cualificadas. Veamos todos ellos.

II. La configuración de la iniciativa parlamentaria: un cuestionamiento necesario

En la fase inicial de la reforma constitucional ha de primar la «libertad» y el «pluralismo», de modo tal que desde el comienzo las minorías parlamentarias vean garantizada su intervención.²

El art. 166 CE se ocupa de la iniciativa.³ Una iniciativa común tanto para el procedimiento del art. 167 CE,⁴ como para el más agravado del art. 168 CE,⁵ que solo a estos efectos quedan equiparados. El precepto no entra a detallar quién puede ponerlos en marcha ni tampoco cómo ha de hacerlo. Se prefiere realizar una remisión al art. 87 CE, que regula la iniciativa legislativa de modo plural, asimilando una y otra con una única salvedad; la iniciativa popular es excluida de la reforma constitucional. Aquí pone su foco la crítica doctrinal, al haber desaparecido

¹ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000 y, de la misma autora, «Democracy and legislative proceedings in Spain», en *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 2, vol. 1, 2013, págs. 127-140 y «La posición de las minorías en el Estado democrático», en GUTIÉRREZ, I., (ed.), *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 101-117.

² REQUEJO RODRÍGUEZ, *Democracia...*, loc. cit., nota 1, pág. 93.

³ «La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87».

⁴ «1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de diputados y senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

⁵ «1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación».

ya la necesidad de afianzar el sistema representativo que en su momento pudo servir de justificación a tal restricción. Sin embargo, nada se suele objetar a la iniciativa parlamentaria, cuando presenta varios elementos cuestionables y mejorables desde la óptica de las minorías.

En primer lugar, aludiré a quiénes y cuántos actúan en la fase de iniciativa. La iniciativa de reforma constitucional, como la legislativa, pertenece al Congreso y al Senado de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos parlamentarios. Serán estos últimos los que introduzcan una diferencia entre ambas en lo que a su impulso se refiere. Si el de las proposiciones de ley corresponde a quince diputados, un grupo parlamentario del Congreso (art. 126 RC), un grupo parlamentario del Senado o veinticinco senadores (art. 108 RS), el de las proposiciones de reforma constitucional se deja en manos de una quinta parte de diputados, dos grupos parlamentarios del Congreso (art. 146 RC) o cincuenta senadores que no pertenezcan a un mismo grupo (art. 152 RS). Es obvio que vía reglamentaria se endurecen los requisitos numéricos en la reforma con el consiguiente perjuicio para las minorías parlamentarias más reducidas. Aunque, como señala Pérez Royo,⁶ el art. 87 CE hace un reenvío a los Reglamentos parlamentarios para que precisen los términos de la iniciativa, en ningún caso se trata de una remisión en blanco. Cualquier concreción debería ser acorde con una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y no parece que haya sido así. Sin necesidad de ir más allá del mencionado art. 166 CE, es posible deducir la igualación que se pretende entre la iniciativa parlamentaria de reforma constitucional y la legislativa, por lo que no cabría que los Reglamentos destinatarios de la remisión introdujeran distinciones que la Constitución tácitamente ha descartado. No poner en tela de juicio esta dificultad añadida en el impulso de la reforma supone interpretar la norma superior a la luz de la norma inferior que la desarrolla, en vez de su contrario, tal y como debería ser, lo que resulta especialmente preocupante cuando la implicada es la Constitución, está en juego el acceso de las minorías parlamentarias al procedimiento de su revisión y no es algo excepcional en este ámbito, como recuerda el Consejo de Estado en su Informe sobre las modificaciones de la Constitución española, de 16 de febrero de 2006, pág. 339. La «economía procesal» y la «racionalización parlamentaria», que recomiendan que las Cámaras no pierdan su tiempo con propuestas que atendiendo a sus exiguos avales difícilmente pueden salir adelante,⁷ junto al propósito de no banalizar este procedimiento⁸ o de subrayar su importancia,⁹ son argumentos que se suelen invocar a menudo en defensa de la regulación reglamentaria. No obstante, darla por buena supone terminar banalizando la propia supremacía de la Constitución y trasladando el con-

⁶ PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. 137.

⁷ GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, CEPC, Madrid, 2007, pág. 35; ARANDA ÁLVAREZ, E., «La «sustancialidad» del procedimiento para la reforma constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, págs. 397-398.

⁸ GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del art. 135 de la Constitución (especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)», en *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, pág. 191.

⁹ VERA SANTOS, J. M., *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 219.

senso, que ha de estar presente en el momento decisonal, a un momento anterior en el que no procede,¹⁰ pues el principio democrático aconseja dejar abierta la puerta del impulso de la reforma a las minorías en lugar de cerrarla.

Para corregir tal distorsión resulta innecesario revisar el texto constitucional; la equiparación entre iniciativa parlamentaria legislativa e iniciativa parlamentaria de reforma constitucional está suficientemente clara. Cosa distinta es que los Reglamentos parlamentarios la respeten; son ellos los que tendrían que ser modificados.

El segundo aspecto reseñable es, como ya he indicado, que estos parlamentarios, al margen de cuál sea su número, se limitan a arrancar la reforma. Tan solo se les permite presentar la proposición de reforma, esto es, realizar una mera «propuesta de iniciativa».¹¹ Al igual que en el procedimiento legislativo, Constitución y Reglamentos confieren la iniciativa al Congreso y al Senado; no pertenece a los que la han promovido, es institucional. Atañe entonces a la mayoría parlamentaria, porque solo existe como tal iniciativa con la toma en consideración de la proposición por el Pleno de las Cámaras,¹² que desencadena el comienzo de la fase central y «deliberante» del procedimiento.¹³ Una vez que el Congreso o el Senado hace suya la proposición es imposible que aquellos parlamentarios que la han formulado procedan a su retirada unilateral (arts. 129 RC y 109 RS); ahora la propuesta ya les es ajena y por eso son las Cámaras las que tienen que acordar la retirada desde la toma en consideración hasta el inicio de la votación sobre su aprobación.¹⁴ A lo largo de la tramitación parlamentaria la proposición podría ser alterada a través de enmiendas y terminar por salir adelante irreconocible respecto de lo inicialmente pretendido por sus propulsores, sin que estos puedan impedirlo, únicamente les cabe intentar evitarlo. Por ello, a mi juicio, en el procedimiento de reforma constitucional que nos ocupa, como también en el procedimiento legislativo, la iniciativa debiera pertenecer a los parlamentarios y no a las instituciones. Esta sugerencia no se aleja de lo que ya preveía el art. 80 del Anteproyecto de Constitución por remisión del art. 157; la iniciativa en la reforma allí correspondía a «los diputados bien directamente o bien a través de los grupos parlamentarios». Sin llegar a tanto como a entregar la iniciativa a la minoría más reducida, el parlamentario singular, lo que aquí se defiende es una revisión de la Constitución que confiera la iniciativa de su reforma a la misma fracción de parlamentarios o al mismo número de grupos que pueden ejercer la iniciativa legislativa y elimine la toma en consideración, de modo que nunca pierdan el control sobre la misma en lo que dure su tramitación.

¹⁰ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 166», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 2721.

¹¹ ARAGÓN REYES, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 330.

¹² *Ibid.*, págs. 193, 331; GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 7, págs. 55, 64 y, de la misma autora, «El procedimiento ordinario de reforma constitucional», en *Revista de las Cortes generales*, 100, 101, 102, 2017, pág. 151; ARANDA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 397.

¹³ ARAGÓN REYES, *loc. cit.*, nota 11, págs. 320, 331.

¹⁴ *Ibid.*, págs. 321, 331; GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *loc. cit.*, nota 7, págs. 64, 120-127 y *loc. cit.*, nota 12, págs. 151, 170, 171.

En tercer y último lugar, es importante detenerse en el alcance de la proposición de reforma constitucional. Si nadie duda del contenido articulado que ha de tener la del art. 167 CE, diferente es la del art. 168 CE. En la actualidad, según este precepto, las Cámaras deben aprobar en un primer momento «el principio de la reforma por mayoría de 2/3» y posteriormente, además de «ratificar la decisión», han de «proceder al estudio del nuevo texto constitucional», lo que da cabida a varias posibilidades.¹⁵ Que la proposición de reforma que formulen inicialmente los parlamentarios contenga, como la del art. 167 CE, un texto articulado, en el que se detalle qué va a reformarse y en qué términos, según se desprende de las normas reglamentarias,¹⁶ o que la proposición tan solo se limite a indicar los preceptos que se quieren cambiar y a explicar genéricamente el porqué y el para qué de su revisión, presentándose el texto articulado para su estudio una vez que tras las elecciones las nuevas Cámara hayan dado por buena la decisión adoptada por las anteriores, como no excluye el precepto constitucional.¹⁷ El Consejo de Estado, en su comentado Informe,¹⁸ se decanta por una proposición de «mínimos» –«ámbito», «alcance» y «razones» de la revisión– en la primera legislatura que aprueba el principio de reforma y por la presentación del texto articulado en la segunda. Esta opción resulta a su parecer más acorde con la Constitución y evita que las nuevas Cámaras se sientan condicionadas, al enfrentarse a una propuesta precisa sobre la que el Pueblo, aunque sea indirectamente, ya ha tenido ocasión de posicionarse. Al margen de cuál sea el contenido de la proposición, más o menos detallado, de ser asumido en la votación sobre el principio de reforma y luego ratificado por las nuevas Cámaras, estas se encuentran vinculadas por él, porque les corresponde bien tramitar una iniciativa ya diseñada en la anterior legislatura y susceptible de enmienda, bien formular a partir de la misma un texto si aquella no reunía ese nivel de concreción.¹⁹ En el primer caso, aunque avalada por la mayoría, al menos el contenido de la propuesta pudo ser predeterminado por una minoría, sin perjuicio de que *a posteriori* sea objeto de modificación o rechazo; en el segundo caso, la relevancia que adquiere la mayoría es más intensa, pues el Pleno aprueba y ratifica que siga adelante la tramitación de ese mínimo impulsado en origen por la minoría y una Ponencia, una Comisión o el propio Pleno especifica el tenor de lo que se quiere que sea el nuevo enunciado de los preceptos señalados en un principio.²⁰ Por tanto, en el escenario de una hipotética modificación de la iniciativa de reforma constitucional que favorezca a las minorías parlamentarias, si ya se sostuvo que su titularidad tendría que corresponder al

¹⁵ REQUEJO PAGÉS, J. L., «Art. 168», en CASAS, M.ª E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 2769.

¹⁶ PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, págs. 200, 201; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 168», en GARRIDO FALLA, E., *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 2745.

¹⁷ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 7, págs. 45, 60, 68; PUNSET BLANCO, R., «El Consejo de Estado y el procedimiento de reforma constitucional. Un inventario de certidumbres y perplejidades», en PUNSET BLANCO, R., *Potestades normativas y forma de gobierno*, CEPC, Madrid, 2014, pág. 226.

¹⁸ Informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la Constitución española, de 16 de febrero de 2006, págs. 337-351.

¹⁹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *loc. cit.*, nota 7, págs. 91, 96-98; PUNSET BLANCO, *loc. cit.*, nota 17, pág. 228.

²⁰ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 98. PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, pág. 201.

mismo número de diputados, senadores y grupos que intervienen en la iniciativa legislativa, no quedando su proposición sujeta a toma en consideración, se añadirá ahora en consonancia a lo anterior, que esta proposición debe ser un texto articulado, de contenido concreto, abierto a enmienda y debate en las Cámaras en los mismos términos que los proyectos de reforma y siempre en una sola legislación, no en dos, pues parece desmedido disolver las Cámaras y convocar elecciones por lo que no es más que una mera iniciativa, trasladándose con ello el protagonismo de la mayoría en el ámbito parlamentario a la decisión y el de los ciudadanos a un referéndum que ponga fin al procedimiento.

III. Las minorías parlamentarias en la deliberación: los discutibles procedimientos de lectura única y urgencia

Al igual que en la iniciativa, en la fase central de enmienda y debate las minorías han de tener un sitio preferencial. Su integración en un procedimiento democrático de reforma constitucional debe ser especialmente significativa en la discusión por exigencia de la libertad y el pluralismo que les son inherentes,²¹ contribuyendo sin duda con ello a la aceptación de su resultado.²² Lo relevante no solo es quién impulsa o quién aprueba la reforma, sino también cómo se toma esa decisión; los procedimientos democráticos son un viaje en el que el desarrollo del trayecto tiene tanta importancia como poder acceder al título de transporte o llegar a destino. Una deliberación de «calidad», en la que todos se vean involucrados, en la que puedan argumentar racionalmente desde sus respectivas adscripciones políticas e intentar que se incorporen sus aportaciones, legitimará el producto final, más allá del número que lo avale, y puede propiciar el logro de consensos, sin caer en la candidez de pensar que la excelencia de la discusión ha de llevar al acuerdo o al triunfo de la opción más satisfactoria.²³ Los «verdaderos destinatarios del debate son los ciudadanos y no tanto unos parlamentarios a los que hay que persuadir o con los que hay que colaborar para tomar la decisión más racional».²⁴ De lo que se trata es de dar a conocer la posición de los diferentes grupos en torno a la reforma de acuerdo con la representatividad que portan, para que así en último término pueda ser valorada por unos ciudadanos que en el procedimiento de revisión incluso quizás tengan ocasión de pronunciarse en referéndum y con ello oportunidad de dar un vuelco a la decisión adoptada en sede parlamentaria por una mayoría que, de ser así, dejará de serlo.

²¹ REQUEJO RODRÍGUEZ, *Democracia...*, *op. cit.*, nota 1, pág. 93 y «La posición...», *op. cit.*, nota 1, págs. 101, 102, 105; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 8, págs. 188, 189.

²² EXPÓSITO, E., «Mayorías en el Estado constitucional», en GUTIÉRREZ, I., (ed.), *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016. pág. 98.

²³ TAILLON, P., *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Dalloz, Paris, 2012, págs. 139-145.

²⁴ REQUEJO RODRÍGUEZ, «La posición...», *op. cit.*, nota 1, pág. 106 y *Democracia...*, *op. cit.*, nota 1, págs. 96, 97.

Desde esta perspectiva poco se puede criticar a la vigente regulación de la fase central de los procedimientos de reforma constitucional. Ante el silencio de la Constitución, son los Reglamentos parlamentarios los que concretan cómo ha de tener lugar. El Reglamento del Congreso remite a la tramitación de las proposiciones de ley las reformas del art. 167 CE (art. 146 RC) y al procedimiento legislativo común las del art. 168 CE (art. 147.5 RC), lo que descarta solo en este último supuesto el recurso a procedimientos especiales como el de lectura única, del que me ocuparé a continuación, no así al procedimiento de urgencia que sería en ambos factible.²⁵ En el Reglamento del Senado no hay reenvío al procedimiento legislativo ordinario, por eso se cree que la tramitación de la reforma puede durar más de dos meses.²⁶ Se ha preferido configurar un procedimiento similar, con mayor flexibilidad en los tiempos, porque se asegura la posibilidad de formular enmiendas al texto presentado y ya aprobado por el Congreso en el plazo que marque la Mesa y la intervención de los distintos grupos parlamentarios en la discusión en Comisión y en Pleno con una duración fijada por la Presidencia de acuerdo con la Mesa (Arts. 154, 155 y 159 RS).

La valoración positiva que globalmente considerado merece el tratamiento de esta fase desde el punto de vista de las minorías, al quedar abierta la presentación de enmiendas y la participación de todos en el debate, se ve empañada por la posible utilización en el Congreso de procedimientos especiales y abreviados con el fin de acortar la tramitación, sin que se garantice plenamente, entiendo, la libertad que hasta ahora se ha querido preservar y más si se acude a ellos de manera sistemática y no siempre justificada. Estos atajos, excluidos en otros ordenamientos, como el francés (arts. 89.2 CF y 117.3 Reglamento de la Asamblea nacional) y el alemán (art. 76 LFB), me parecen criticables. La razón la explicita el propio Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 139/2017, de 29 de noviembre, cuando afirma en relación al procedimiento legislativo, pero resultando plenamente extrapolable al de reforma constitucional, que

«el principio democrático exige que en el procedimiento legislativo la minoría pueda hacer propuestas y pronunciarse sobre las de la mayoría (STC 136/2011, FJ 5), de modo que, si bien es cierto, que la decisión final del procedimiento corresponde en nuestro ordenamiento por regla general... a la mayoría..., no es menos cierto, sin embargo, que aquella decisión, por exigirlo así la naturaleza democrática del procedimiento legislativo, no puede adoptarse sin la participación y sin haber oído antes a la minoría... En otras palabras, el ejercicio del derecho de enmienda y la consiguiente discusión parlamentaria sobre una iniciativa legislativa legítima democráticamente la norma que va a nacer como manifestación de la voluntad general así configurada (en este sentido, STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6)».

²⁵ GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 100.

²⁶ PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, pág. 167; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 167», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 2731; VERA SANTOS, *op. cit.*, nota 9, pág. 254; REQUEJO PAGÉS, J. L., «Art. 167», en CASAS, M.^a E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 2759; GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 12, pág. 161.

Todo esto sufre una merma considerable en el procedimiento de lectura única, al que se refieren los arts. 150 RC y 129 RS, y en el procedimiento de urgencia de los arts. 93 y 94 RC y arts. 133 a 136 RS. Si en uno se omiten trámites relevantes, en el otro se conservan todos, pero con una significativa reducción de plazos.

El procedimiento de lectura única, adoptado por el Pleno de las Cámaras a propuesta de las Mesas oídas las Juntas de Portavoces, es admisible cuando la «naturaleza» de la iniciativa lo aconseja o «su simplicidad de formulación lo permit[e]». Consiste en someter al texto a un debate de acuerdo a las normas de los de totalidad y a una única votación en el Pleno (150 RC y 129 RS). En el Congreso su Reglamento no contempla la presentación de enmiendas, lo que ha llevado a parte de la doctrina a mantener la «imposibilidad de presentar propuestas de modificación del articulado» de la iniciativa, con la consiguiente «restricción en el ejercicio del derecho de participación de las minorías parlamentarias» y desaparición de cualquier «negociación y transacción política sobre el texto originario».²⁷ Sin embargo, los usos parlamentarios consienten la formulación de enmiendas tras el acuerdo del Pleno de seguir esta tramitación, como ya se ha constatado en la práctica de las reformas constitucionales habidas hasta la fecha.²⁸ No podía ser de otro modo. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que la reciente STC 139/2017, de 29 de noviembre, es el mejor exponente, la naturaleza o la simplicidad de la iniciativa no «son razones bastantes... para impedir... el ejercicio del derecho de enmienda», al suponer «un menoscabo constitucionalmente inaceptable del procedimiento legislativo, también el de lectura única» y por extensión, creo, con mayor motivo, del de reforma constitucional. Este derecho, añade,

«opera como un instrumento eficaz en manos de los parlamentarios y de los grupos para manifestar sus posiciones sobre una determinada iniciativa legislativa y las razones o criterios, políticos o de otra índole, por los que han decidido apoyarla o rechazarla, así como para ofrecer alternativas a la misma, forzando a los demás parlamentarios y al resto de grupos de la Cámara a pronunciarse también sobre las propuestas que formulen a través de sus enmiendas. La presentación, el debate y la votación de las enmiendas cumplen igualmente la muy importante función de permitir a los ciudadanos conocer la postura de sus representantes respecto de una determinada iniciativa legislativa, así como las alternativas o modificaciones que puedan proponer en relación con la misma, y extraer sus propias conclusiones acerca de cómo aquellos asumen o se separan de sus respectivos programas electorales. Esta funcionalidad del derecho de enmienda... pone de manifiesto que aquel derecho sirve a la naturaleza democrática

²⁷ GÓMEZ LUGO, Y., «La tramitación legislativa en lectura única», en *Indret*, 4, 2007, pág. 5 y, de la misma autora, «La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales», en *Teoría y realidad constitucional*, 43, 2019, pág. 396; RIDAURA MARTÍNEZ, M.^a J., «La reforma del art. 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», en *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, pág. 255.

²⁸ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 8, pág. 173 y *op. cit.*, nota 12, pág. 158; ARANDA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 401.

del procedimiento legislativo y al valor del pluralismo político que debe presidir su desarrollo y del que las Cámaras parlamentarias son expresión y reflejo (STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ 3).

No siempre, desgraciadamente, el Tribunal ha sido tan explícito y ha hecho derivar las oportunas consecuencias de este planteamiento.

A diferencia de lo que sucede en el Congreso, en el Senado la lectura única, prevista en el art. 129 RS, parece desecharse en los procedimientos de reforma de los arts. 167 y 168 CE, dada su regulación específica en los arts. 154 y 159 RS, que aluden directamente en el primer caso y por remisión en el segundo a la intervención de la Comisión de Constitución. Una contradicción,²⁹ que debiera corregirse, a mi juicio, en la línea de la Cámara Alta.

Por su parte, la vía de urgencia mantiene todos los trámites, pero los agiliza considerablemente; en el Congreso los plazos ordinarios se rebajan a la mitad o incluso más si la Mesa los acorta (art. 91 RC) y en el Senado el procedimiento se desarrolla en 20 días. Para su adopción es necesario acuerdo de la Mesa de la Cámara baja a petición del Gobierno, dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los diputados (arts. 93 y 94 RC) y acuerdo de la Mesa del Senado de oficio o a instancia de un grupo o de veinticinco senadores, sin perjuicio de que también puedan seguir esa tramitación los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso (arts. 133 RS). Igualmente, fuera del art. 133 RS, la Mesa del Senado, a propuesta de la Junta de Portavoces, también podrá reducir la tramitación de proyectos legislativos a un mes (art. 136 RS). Al no prever que la iniciativa que siga este procedimiento de urgencia deba cumplir ninguna condición especial, su aplicación a la reforma constitucional encuentra en principio en el Congreso menos trabas que la lectura única. En el Senado debe descartarse, considerando la flexibilidad en la fijación de plazos que contempla su Reglamento para la revisión de la Constitución.

Por tanto, es la tramitación en el Congreso de la reforma del art. 167 en lectura única la que puede ser más discutible, en tanto la iniciativa no da la impresión de tener una naturaleza y una simplicidad acorde con este tipo de procedimiento, como exige el Reglamento parlamentario y el propio Tribunal Constitucional (SSTC 153/2016, de 22 de septiembre; 238/2012, de 13 de diciembre, y 274/2000, de 15 de noviembre), con matices.

El alto Tribunal con el argumento de que «se trata de cláusulas o conceptos abiertos» ha concedido a los órganos parlamentarios competentes un gran «margen de apreciación», dejando en sus manos la comprobación de estos requisitos y la decisión de si es oportuno seguir esta vía (SSTC 139/2017, de 29 de noviembre; 215/2016, de 15 de diciembre; 185/2016, de 3 de noviembre; 129/2013, de 4 de junio; 238/2012, de 13 de diciembre), sin que, sea cual sea la opción procedimental por la que se decanten, les vincule en el futuro (STC 215/2016, de 15 de diciembre). El Constitucional tan solo se limita a aclarar que

«ni la relevancia o trascendencia constitucional de un texto normativo, ni su repercusión pública, ni su complejidad material, ni, en fin, la existencia de una variedad de criterios

²⁹ *Ibid.*, págs. 400-401.

técnicos ni políticos sobre el mismo son incompatibles con la utilización de este procedimiento parlamentario, al que no le está vedada materia alguna, incluida la reforma constitucional. Asimismo, hemos referido la simplicidad de la formulación de la iniciativa legislativa no a su especial relevancia o trascendencia en el ordenamiento jurídico, sino a la comprensión, sencillez e inteligibilidad de su estructura, contenido y lenguaje [SSTC 129/2013, de 4 de junio, FJ 10; 153/2016, de 22 de septiembre, FJ 3 c); 185/2016, FJ 5 c), y 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 c), y el ATC 9/2012, de 13 de enero]. (STC 139/2017, de 29 de noviembre)».

En el ámbito doctrinal, por su parte, se ha sostenido que la lectura única encaja con iniciativas que sean breves y sencillas, iniciativas que generen un acuerdo que haga prever que no se querrá variar su texto, iniciativas que provoquen la misma conformidad sobre la tramitación a seguir o iniciativas que tan solo deban ser ratificadas por las Cámaras al haberse pactado fuera de las mismas.³⁰ La opinión que aquí se defiende en relación a las iniciativas de reforma es otra, como tendré ocasión de explicar.

¿Qué ha sucedido hasta ahora en la práctica? ¿Se han usado alguno de estos procedimientos en la reforma constitucional?

En torno a la primera reforma constitucional de 1992, que afectó al art. 13.2 CE, existió consenso respecto de su contenido y tramitación en el Congreso por lectura única y procedimiento de urgencia, como bien prueban una iniciativa ejercida por todos los grupos parlamentarios y los resultados de las votaciones en ambas Cámaras (http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primer_reforma.htm). Sin embargo, la situación fue bien distinta en la segunda reforma de 2011, (http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda_reforma.htm), que incidió en el art. 135 CE, hasta el punto de que doctrinalmente se cuestionó la legalidad y/o la oportunidad de seguir los procedimientos de lectura única y de urgencia por la ausencia de acuerdo, puesta ya de manifiesto en su impulso por tan solo los dos grupos mayoritarios, la complejidad del texto que se quería incorporar y la distorsión que una celeridad desmedida provocó en la debida «reflexión», «negociación» y «transacción» que parece exigir un tipo de procedimiento, el de revisión, que aquí salió adelante solo en 13 días con una reducción extrema de los plazos de presentación de enmiendas, rechazadas luego en su totalidad.³¹

En estas circunstancias resulta más claro el perjuicio que causa a las minorías parlamentarias una deliberación debilitada, pero, a mi entender, independientemente del nivel de consenso que genere la proposición y su tramitación, la lectura única puede ser improcedente, aunque haya unanimidad a su favor en el seno de la Cámara. Una reforma constitucional, por muy puntual que sea su objeto y sencilla que parezca su formulación, siempre es compleja y en todo caso tiene

³⁰ GÓMEZ LUGO, «La tramitación legislativa...», *op. cit.*, nota 27, págs. 8-11 y «La tramitación de la reforma...», *op. cit.*, nota 27, págs. 397, 398; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 8, págs. 173, 174 y *op. cit.*, nota 12, pág. 158.

³¹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *loc. cit.*, nota 8, págs. 173, 179, 197 y, de la misma autora, *loc. cit.*, nota 12, págs. 159, 175-179; ARANDA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 7, págs. 399, 400, 402; RIDAURA MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 27, págs. 256-259.

una naturaleza que obliga no a recortar, sino, al contrario, a intensificar el debate,³² en tanto se está modificando la norma suprema del ordenamiento y está actuando el poder constituyente-constituido mediante un procedimiento que, como se ha indicado, debería servir para legitimar su resultado y asegurar la eficacia y en último término la supremacía de la Constitución.³³ No contribuye a estos objetivos una mengua en la deliberación que tiene por principales receptores a los ciudadanos. El principio democrático no cumple con ofrecer tan solo cauces que permitan juridificar expectativas sociales; una vez que estas inician su recorrido por el circuito que se establezca, se debe mantener vivo un debate sobre ellas que implique a sus impulsores y a los que han de convertirlas en norma, pero también a aquellos otros a los que esta va a obligar. Si, como subraya Bastida Freijedo,³⁴ «la unanimidad no responde al principio de la mayoría», sino al de «proporcionalidad máxima», su obtención en sede parlamentaria no puede ser entendida como expresión de «la voluntad de todos»,³⁵ negadora de la existencia de otras voluntades y por ello justificativa de una ausencia o merma de la discusión por innecesaria. En las Cámaras puede haber unanimidad y, por tanto, desaparecer la dicotomía mayoría/minoría, pero fuera del Parlamento en una sociedad democrática lo que hay es pluralismo y unas minorías extraparlamentarias a las que, a falta de discusión parlamentaria que las tenga en cuenta, solo les es posible un monólogo paralelo, pues, habida cuenta de la regulación actual, tampoco tienen garantizada su participación en un debate posterior en el que puedan mostrar su desacuerdo, al no ser preceptiva la convocatoria de referéndum. El pluralismo presente entre los que son destinatarios de la decisión no puede ser ninguneado con una deliberación cicatera, que, al reducir al mínimo la explicación argumental, no respeta su dignidad como minoría, ya que les priva de participar, como interlocutores externos, en un diálogo, que ni siquiera es tal, porque un debate mutilado implícitamente parece rechazar «la posibilidad de lo otro».³⁶ Ni se les considera como minorías actuales, ni como mayorías potenciales. En democracia, recuerda Böckenförde³⁷ en otro ámbito, «nadie puede pretender que su propia concepción y objetivos sean los únicos válidos», ni impedir la discusión «a la concepción del oponente político», porque «se negaría al mismo tiempo la libertad y la igualdad políticas del que piensa de forma distinta, y, en último extremo se negaría su reconocimiento como sujeto en el proceso político». Cuando se devalúa el debate, no solo se atenta o debilitan los derechos de las minorías parlamentarias; a quienes se les

³² ARANDA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 400; GÓMEZ LUGO, «La tramitación de la reforma...», *op. cit.*, nota 27, págs. 411, 412.

³³ ALÁEZ CORRAL, B., «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después», en PUNSET BLANCO, R.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2018, pág. 641.

³⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa: la democracia», en *Fundamentos. Soberanía y Constitución*, 1, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pág. 432.

³⁵ *Ibid.*, pág. 428.

³⁶ DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 64.

³⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 96.

está hurtando sus derechos es a los ciudadanos. Y si no hay minorías en sede parlamentaria, porque hay unanimidad, eso no significa que desaparezcan fuera del Parlamento. Estas también han de verse reconocidas por él y en él, al menos con una discusión que les permita luego fijar su posición, interactuar y exteriorizar su disidencia. Lo que Bastida Freijedo³⁸ denomina «liturgia democrática» de los procesos de revisión, como cualquier otra liturgia, no es un ritual vacío; ha de reflejar que su resultado es fruto de un todo y no solo de una parte por numerosa que sea.

No lo entendió así el Tribunal Constitucional, ni siquiera en el supuesto que a mi juicio presenta menos dudas, el de existencia de minorías parlamentarias que se oponen a la reforma y a su tramitación especial o abreviada. En el ATC 9/2012, de 13 de enero, que inadmitió el recurso de amparo interpuesto por algunos de estos parlamentarios, mantuvo que la lectura única y la urgencia de la reforma del art. 135 CE no violaba los derechos que el art. 23.2 les reconocen a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos. El sacrificio del debate y la dificultad de lograr un mayor consenso no fueron argumentos de peso para el Tribunal Constitucional a pesar de su relevancia democrática; pluralismo de mínimos, en vez de máximos, como debiera regir en la deliberación. Según el alto Tribunal, ni la Constitución ni el Reglamento del Congreso excluyen de la lectura única, expresamente habría que añadir,³⁹ la aprobación de la reforma constitucional, como tampoco establecen «materias vedadas a dicha tramitación». Nada puede objetar, por tanto. Corresponde a los órganos parlamentarios en manos de la mayoría pronunciarse sobre la procedencia de la lectura única sin necesidad de motivarla. Con base en este «formalismo parlamentario enervante», como acertadamente lo califica Villaverde Menéndez,⁴⁰ el Tribunal no entra a valorar si la naturaleza o la simplicidad de la propuesta la hacen admisible. ¿Se ha impedido a las minorías presentar enmiendas e intervenir en el debate? No. ¿Han podido oponerse a la reforma? Sí. Eso es lo importante y lo que le lleva a considerar que no ha habido lesión del derecho fundamental invocado. El Tribunal Constitucional ya había reconocido en sentencias anteriores que los vicios procedimentales que generan irregularidades de tal calado que alteran sustancialmente el proceso de formación de voluntad de las Cámaras pueden llevar a declarar su nulidad. La naturaleza y complejidad de lo que se trata, una reforma constitucional, impone un debate sosegado y profundo, en el que para valorar el nivel de calidad de la deliberación es determinante no lo que las minorías han podido hacer, sino cómo han podido hacerlo. La lectura única somete el procedimiento a una «triple poda», como de manera expresiva señala Aranda Álvarez,⁴¹ «plazos, órganos que intervienen y acciones que se ejercitan», afectando a las minorías y a la opinión pública que puede quedar huérfana de todo tipo de explicaciones y al margen de un pro-

³⁸ BASTIDA FREIJEDO, F.J., «La reforma del art. 135 CE», en *Revista española de Derecho constitucional*, 93, 2011, pág. 175.

³⁹ GÓMEZ LUGO, «La tramitación de la reforma...», *op. cit.*, nota 27, págs. 408-413.

⁴⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oximorón constitucional? Comentario al ATC 9/2012», en *Teoría y realidad constitucional*, 30, 2012, pág. 487.

⁴¹ ARANDA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 399.

cedimiento que difícilmente puede ayudar a ver la reforma como algo propio. Sin embargo, el Tribunal hace primar aquí el principio mayoritario, entendido como regla de mayoría, vital «para el funcionamiento del sistema democrático y de la supremacía del Parlamento», sobre un principio minoritario definitorio, incluso más que aquel, de dicho sistema. Asegurar que la mayoría, sea quien sea, tome la decisión, no es suficiente; resulta imprescindible una deliberación plural en la que mayorías y minorías, consideradas iguales, dialoguen y aporten, legitimando aquella.⁴² El respaldo de la mayoría no salva ni compensa el déficit democrático de un debate cercenado.⁴³ El pluralismo democrático conlleva contradicción y debate, que han de ser más intensos cuando su objeto es la reforma de la propia norma que lo consagra.

El planteamiento que mantengo dista obviamente de lo descrito y está mucho más próximo a la sensibilidad democrática mostrada por el extracto de la STC 139/2017, de 29 de noviembre, anteriormente reproducido. Espero que sea el primer paso de un cambio de perspectiva, que tenga la continuidad que merece fuera del contexto concreto que ha dado lugar a tal reflexión y que permita conferir al principio minoritario un mayor peso en esta fase del procedimiento.

El Tribunal Constitucional en el ATC 9/2012, de 13 de enero, ha dado por buena igualmente la vía de urgencia en la reforma del art. 135 CE. Aunque en las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, y 238/2012, de 13 de diciembre, reconoció que en el procedimiento de urgencia «resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma» y que por ello se debe reforzar «el control respecto de que la decisión de adoptarlo respeta las condiciones reglamentariamente establecidas», descarta que la «adopción del procedimiento sea en sí inconstitucional» y suponga en principio «merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de voluntad del órgano» (SSTC 234/2000, de 3 de octubre; 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre). Lo que se ha de asegurar es que el procedimiento se aplique por igual a todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria y que la «reducción de tiempo» no «sea de tal magnitud que haya alterado... de forma sustancial, el proceso de formación de la voluntad de una Cámara, habiendo afectado, en consecuencia, al ejercicio de la función representativa inherente al estatuto del parlamentario» (SSTC 136/2011, de 13 de septiembre; 44/2015, de 5 de marzo; 143/2016, de 19 de septiembre; 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre), al haber «impedido, obstaculizado o limitado las facultades que a los diputados y a los grupos parlamentarios en los que se integran les corresponden» (SSTC 215/2016, de 15 de diciembre, y 143/2016, de 19 de septiembre). De nuevo los órganos parlamentarios son los competentes para determinar si siguen este camino, sin tener que justificar la urgencia, como sí hace el propio Tribunal en la revisión del art. 135 CE, apelando al anuncio de elecciones, dado que la estabilidad que se pretendía introducir ya era exigida normativamente.⁴⁴ La brevedad

⁴² GÓMEZ LUGO, «La tramitación de la reforma...», *op. cit.*, nota 27, págs. 410, 411.

⁴³ REQUEJO RODRÍGUEZ, «Democracy...», *op. cit.*, nota 1.

⁴⁴ RIDAURA MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 27, pág. 259.

de un procedimiento no pone necesariamente en cuestión su calidad; sin embargo, en el supuesto de la reforma constitucional, dada la complejidad de su objeto y de sus efectos, su finalidad última y la trascendencia de lo que está en juego, no parece lo más adecuado con los principios que han de guiarlo.⁴⁵ Si bien es cierto que al menos aquí no se omite ningún trámite, siempre se corre el riesgo de que tal celeridad los haga inoperantes, cayendo en el fraude de ley, por no decir de Constitución, del que alerta Aranda Álvarez.⁴⁶

IV. Las mayorías cualificadas a la hora de decidir: ¿instrumento de consenso o de bloqueo?

Como ya se ha indicado la libertad debe preponderar en las fases de iniciativa y deliberación; sin embargo, en la decisión, aunque la vinculación de la libertad con el principio de mayoría esté fuera de duda, suele primar la igualdad.

Así sucede en el procedimiento legislativo. En sus dos primeras etapas se concede a las minorías parlamentarias un papel significativo, impulsando el proceso, interviniendo en el debate de propuestas propias o ajenas e intentando que sus enmiendas sean incorporadas a las iniciativas de otros, mientras que en el momento final se recurre a una regla de mayoría, que, con neutralidad respecto de las distintas «opciones en presencia», confiere «igual validez a la voluntad personal de todos» e «identifica la decisión colectiva con la de la mayor parte».⁴⁷ En realidad, como apunta Böckenförde,⁴⁸ siguiendo a Kelsen,⁴⁹ la mayoría, más que una mera «solución técnica de necesidad» para poder llegar a tomar una decisión, es una exigencia de la libertad y de la igualdad vinculadas a la democracia, que obligan a que «los votos solo pueden ser contados, no ponderados».

No ocurre lo mismo en la reforma constitucional. En España las mayorías cualificadas en el momento decisonal⁵⁰ alteran sustancialmente lo dicho y con ello el lugar de las minorías. En el procedimiento del art. 167 se exige que ambas Cámaras aprueben la reforma con idéntico contenido en una votación final de conjunto por mayoría de 3/5.⁵¹ En caso de desacuerdo, no todo está perdido. La reforma aún puede prosperar, ya que una Comisión paritaria deberá redactar un

⁴⁵ GÓMEZ LUGO, «La tramitación de la reforma...», *op. cit.*, nota 27, pág. 413.

⁴⁶ ARANDA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 399.

⁴⁷ REQUEJO RODRÍGUEZ, *Democracia...*, *op. cit.*, nota 1, págs. 27, 29.

⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, nota 37, págs. 92, 93.

⁴⁹ KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.

⁵⁰ Recordemos que en el procedimiento del art. 168 CE también son exigibles 2/3 para aprobar el principio de reforma en el Congreso y en el Senado. Parece excesivo, según señala PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, pág. 202, considerando que la reforma se desarrolla en dos legislaturas y ya se introduce con ello una dificultad suficiente. Hubiera bastado una mayoría simple, como se requiere en primer término en otros países europeos, cuyos procedimientos de reforma también trascurren por dos legislaturas (AMÉRIGO ALONSO, J.; JEREZ CALDERÓN, J. J., «El procedimiento de revisión constitucional en dos legislaturas: un análisis comparado e histórico», en *Revista española de Derecho constitucional*, 76, 2006, págs. 182, 183, 187). La excepcionalidad de las mayorías cualificadas aconsejaría que se reservaran tan solo para la aprobación final de algunas iniciativas de reforma.

⁵¹ PÉREZ ROYO, *loc. cit.*, nota 6, pág. 165.

texto que supere las diferencias e intente lograr la conformidad del Congreso y del Senado por mayoría de 3/5. Salvo el dato de que estará integrada por el mismo número de diputados y senadores, no se ofrece ningún detalle; es razonable pensar, como destaca Pérez Royo,⁵² que ha de reflejar la representatividad y la proporcionalidad de la composición de las Cámaras a fin de asegurar que no se pervierta el procedimiento seguido hasta ahora. Por el mismo motivo la Comisión deberá centrarse exclusivamente en salvar las discrepancias, respetando en lo posible los acuerdos ya alcanzados por procedimientos mucho más garantistas en términos democráticos.⁵³ Si aun así el texto de la Comisión no obtiene las mayorías indicadas, pero al menos ha conseguido el apoyo de 3/5 de diputados y el aval de la mayoría absoluta de senadores, la reforma podrá ser aprobada en último extremo en el Congreso por mayoría de 2/3, quebrando el bicameralismo perfecto de origen que equiparaba a ambas Cámaras a la hora de decidir.⁵⁴ En las reformas del art. 168 CE, por la entidad normalmente de aquello que es su objeto o quizás para dificultar aún más un cambio indeseado, la mayoría que se establece para que salgan adelante es de 2/3 en las dos Cámaras en una votación final sobre el conjunto del proyecto.⁵⁵ Del tenor constitucional se desprende que aquí no hay segundas ni terceras oportunidades; de no lograr la propuesta el apoyo de esos 2/3 la reforma habría fracasado. Sin embargo, doctrinalmente se sostiene que, si el Senado enmendara por esa mayoría el texto aprobado en el Congreso, podría extrapolarse aquí el mecanismo de la Comisión mixta paritaria⁵⁶ o incluso articular una fórmula tipo «navette» entre las dos Cámaras.⁵⁷ Ello resulta coherente con el bicameralismo perfecto, presente durante todo el procedimiento del art. 168 CE, tal y como argumentan al justificar esta interpretación amplia; sin embargo, no tanto con la intención del constituyente de obstaculizar, por no decir impedir, este tipo de reformas.⁵⁸

El juego de estas mayorías cualificadas de 3/5 y, sobre todo, de 2/3 a la hora de aprobar la reforma trastocan la relación mayoría/minorías. En principio en un ordenamiento democrático la ausencia de mayorías agravadas parece lo más acorde con la positividad y el dinamismo que lo caracteriza.⁵⁹ Las mayorías cualificadas rompen la comentada neutralidad de la regla de mayoría y destruyen el principio de equivalencia de las opciones que asegura a «todas... la misma oportunidad de realización», favoreciendo a aquellas que quieren mantener el *statu quo*.⁶⁰ A diferencia de lo que sucede con la mayoría absoluta, que impide que «los menos» se impongan a «los más», pero asegura «la igual libertad política» de los

⁵² *Ibid.*, pág. 170.

⁵³ *Ibid.*, pág. 172; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 12, pág. 166.

⁵⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, *op. cit.*, nota 26, págs. 2730, 2731; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *loc. cit.*, nota 12, págs. 167, 168.

⁵⁵ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, nota 7, pág. 103.

⁵⁶ PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, pág. 206; SANTAOLALLA LÓPEZ, *op. cit.*, nota 16, pág. 2746; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *loc. cit.*, nota 7, pág. 106; REQUEJO PAGÉS, *op. cit.*, nota 15, pág. 2770.

⁵⁷ PUNSET BLANCO, *op. cit.*, nota 17, pág. 228.

⁵⁸ VERA SANTOS, *op. cit.*, nota 9, pág. 256.

⁵⁹ BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, nota 34, pág. 443.

⁶⁰ DE OTTO Y PARDO, *op. cit.*, nota 36, págs. 59, 60; BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, nota 37, pág. 93; TAILLON, *op. cit.*, nota 23, pág. 244.

que han de adoptar la decisión sin beneficiar desmedidamente a contenido alguno, con las mayorías reforzadas del recuento se pasa a la ponderación; no todos los votos tienen el mismo valor, en tanto gozan de mayor peso los partidarios de la opción privilegiada con la consiguiente quiebra de «la igual libertad... de participar en la elaboración de la voluntad colectiva».⁶¹

Aunque algunos advierten del peligro de visiones simplistas,⁶² que no reparan en que estas mayorías agravadas pueden poner en riesgo la democracia «manipulando las reglas del juego»⁶³ o «ralentizando o incluso impidiendo la adopción de decisiones necesarias y vitales»,⁶⁴ a mi juicio es posible encontrar una lectura admisible en términos democráticos, que permita aceptarlas, aunque sea excepcionalmente en «supuestos tasados», como defiende el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia constante relativa al procedimiento legislativo y ampliable a la reforma constitucional (SSTC 5/1981, 13 de febrero; 160/1987, de 27 de octubre; 127/1994, de 5 de mayo; 212/1996, de 19 de diciembre; 124/2003, de 19 de junio; 136/2011, de 13 de septiembre; 184/2012, de 17 de octubre; 212/2012, de 14 de noviembre; 238/2012, de 13 de diciembre; 185/2016, de 3 de noviembre; 215/2016, de 15 de diciembre; 224/2016, de 19 de diciembre; 225/2016, de 19 de diciembre; 71/2017, de 5 de junio; 31/2018, de 10 de abril)

«...el carácter democrático del Estado Español que proclama el art. 1 de la Constitución implica que ha de ser el principio de las mayorías el que regule la actuación de los órganos parlamentarios (estatales o autonómicos) en el proceso de toma de decisiones; pero ello no implica que tal mayoría haya de ser forzosamente la mayoría simple. Aun cuando efectivamente sea esta la norma generalmente seguida en los procedimientos parlamentarios, no cabe excluir que, en algunos de ellos, en aras de obtener un mayor consenso, para proteger más eficazmente los derechos e intereses de las minorías, o con otro objeto razonable, se exijan mayorías cualificadas; la misma Constitución prevé mayorías de este tipo en diversos supuestos (así, arts. 74.2, 81.1, 90.2, 99.3, 113.1, 150.3, 155.1 y 159.1, entre otros)». (STC 179/1989, de 2 de noviembre).

Pues, si bien es cierto, según él mismo señala, que el principio mayoritario, «vital para el funcionamiento» y «la garantía del principio democrático participativo» (STC 167/2001, de 16 de julio) que «reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados» (SSTC 12/2008, de 29 de enero y 136/2011, de 13 de septiembre), «es el instrumento por el que ha optado nuestra Constitución para encauzar la voluntad de los ciudadanos» (STC 136/2011, de 13 de septiembre), no lo es menos que el consenso y la salvaguarda del pluralismo político, también invocados en las SSTC 146/1993, de 29 de abril y 191/2016, de 15 de noviembre, se ven propiciados por unas mayorías cualificadas «necesarias cuando la naturaleza o carácter de las decisiones o acuerdos que han de ser tomados lo justifican» (STC 238/2012, de 13 de diciembre). Esto parece su-

⁶¹ *Ibid.*, págs. 240, 245-247.

⁶² BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, nota 37, pág. 93.

⁶³ TAILLON, *loc. cit.*, nota 23, pág. 249.

⁶⁴ EXPÓSITO, *op. cit.*, nota 22, pág. 91.

ceder en «determinadas cuestiones que, por afectar al fundamento mismo del sistema, solo se hacen accesibles a voluntades conformadas en procedimientos agravados y con mayorías cualificadas», excluyéndolas «del debate político» y basculando de este modo «la reversibilidad de las decisiones normativas... inherente a la idea de democracia» (SSTC 31/2010, de 28 de junio; 163/ 2012, de 20 de septiembre; 224/2012, de 9 de noviembre).

¿Qué razones pueden esgrimirse entonces para aceptar las mayorías cualificadas desde una perspectiva democrática?

Sustantivamente con las mayorías reforzadas se debería otorgar estabilidad a contenidos esenciales al propio principio democrático: el pluralismo, la participación o los derechos fundamentales, que no pueden quedar al albur de la mayoría de cada momento y sin los que la misma existencia de minorías o la propia apertura del sistema no estaría asegurada.⁶⁵ De no ser así, como sucede con algunas materias sujetas a la mayoría exigida en el art. 168 CE, pensemos en la regulación de la Corona o en algunos contenidos del Título preliminar de carácter simbólico,⁶⁶ resulta injustificable una «petrificación» abusiva que dificulta a la mayoría del futuro poder incorporar los cambios que considere oportunos,⁶⁷ mientras que otras merecedoras de tal rigidez, como la dignidad de la persona, la igualdad o el mismo procedimiento de reforma, incomprensiblemente no se ven sometidas a ella.⁶⁸ Aquellos contenidos de menor relevancia para la caracterización democrática del ordenamiento bien podrían reformarse expresamente por mayoría absoluta; una mayoría superior no demasiado severa solo se explicaría desde la conveniencia de facilitar una diferenciación en atención a la misma entre normas constitucionales y normas infraconstitucionales.

Procedimentalmente con las mayorías agravadas se quiere introducir un paralelismo con lo acontecido en el proceso constituyente, donde también se recurrió a ellas para conseguir su legitimación,⁶⁹ buscando lograr un amplio consenso que sume a «los menos». Solo así entendidas serían aceptables, como señala Bastida Freijedo,⁷⁰ pues persiguen garantizar «el acuerdo del mayor número posible de individuos» y aproximarse a la idea de proporcionalidad presente en la unanimi-

⁶⁵ DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, págs. 88, 89; DE OTTO Y PARDO, *op. cit.*, nota 36, págs. 60, 61; PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, pág. 197; BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, nota 37, págs. 93-95; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Título X, De la reforma constitucional», en GARRIDO FALLA, E., *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 2710; REQUEJO PAGÉS, *op. cit.*, nota 26, pág. 2758; TAILLON, *op. cit.*, nota 23, pág. 247; REQUEJO RODRÍGUEZ, «La posición...», *op. cit.*, nota 1, págs. 106, 107; ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, nota 33, pág. 647.

⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista de Derecho político*, 7, 1980, pág. 88; DE VEGA, *loc. cit.*, nota 65, pág. 148; TAJADURA TEJADA, J., «La reforma de la Constitución (Arts. 166-169)», en FREIXES SANJUÁN, T., GAVARA DE CARA, J. C., (COORDS.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, BOE-CEPC, Madrid, 2016, págs. 267-269; PÉREZ ROYO, *op. cit.*, nota 6, págs. 198-199.

⁶⁷ REQUEJO RODRÍGUEZ, «La posición...», *op. cit.*, nota 1, pág. 107.

⁶⁸ DE VEGA, *op. cit.*, nota 65, pág. 148; REQUEJO PAGÉS, *op. cit.*, nota 15, pág. 2766; TAJADURA TEJADA, *op. cit.*, nota 66, pág. 269; ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, nota 33, pág. 647.

⁶⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ, *op. cit.*, nota 65, pág. 2709; RUBIO LLORENTE, E., «Mayorías y minorías en el poder constituyente», en RUBIO LLORENTE, E., *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2012, pág. 58; REQUEJO PAGÉS, *op. cit.*, nota 26, pág. 2758.

⁷⁰ BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, nota 34, pág. 443.

dad.⁷¹ Es verdad, como afirma Kelsen,⁷² que, cuando se trata de reformar un orden establecido, la mayoría cualificada parece una «traba» para la «libertad individual», siendo más acorde con ella la mayoría absoluta, en tanto, «cuantas menos voluntades individuales sean necesarias», se facilita la «concordancia entre la voluntad del individuo y la del Estado». Pero, como él mismo reconoce,⁷³ el principio de mayoría se justifica asegurando que sean «libres, sino todos, sí al menos tantos hombres como sea posible», de modo que con las mayorías cualificadas se incrementa el número de los sometidos a la «propia voluntad», viéndose reducido el número de los sujetos a «imposición» ajena, lo que denota una tendencia a la unanimidad, que no queda circunscrita a ese plano meramente cuantitativo; se extiende también al plano cualitativo, en lo que la mayoría cualificada encierra de acuerdo integrador.⁷⁴ Un «compromiso» mayoría/minoría, que, si ya se manifestaba en las fases previas de iniciativa y deliberación,⁷⁵ ahora salta a la fase decisiva, instaurando «una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas», por utilizar la terminología manejada por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 5/1981, 13 de febrero; 160/1987, de 27 de octubre; 127/1994, de 5 de mayo; 212/1996, de 19 de diciembre; 124/2003 de 19 de junio; 136/2011, de 13 de septiembre; 184/2012, de 17 de octubre; 212/2012, de 14 de noviembre; 238/2012, de 13 de diciembre; 185/2016, de 3 de noviembre; 215/2016, de 15 de diciembre; 224/2016, de 19 de diciembre; 225/2016, de 19 de diciembre; 71/2017, de 5 de junio; 31/2018, de 10 de abril). Involucrando a «los menos» en la adopción de la decisión colectiva, la mayoría trasciende de mera regla a principio integrador y por ese motivo legitimador del resultado final.⁷⁶ En un estado democrático el «tradicional» principio de mayoría, coincidente con la regla del mismo nombre, no es suficiente; debe complementarse con un principio de minoría, que en el momento decisiva obligue a aglutinar a los más y a los menos bajo una mayoría reforzada, en cantidad y en calidad, cuando se refiere a elementos que permiten identificarlo. Así se hace ver que la necesaria protección de las minorías no se satisface con mecanismos que aseguren que potencialmente lleguen a ser mayoría en el futuro, sino sentando las bases de su incorporación en el presente al procedimiento de reforma, de principio a fin, a causa del respeto que merece la dignidad de cada uno de aquellos que se encuentra en esa situación como portadores de una «fracción de soberanía».⁷⁷

Indudablemente las mayorías cualificadas también tienen su lado negativo. Como la adopción de la decisión mayoritaria necesita del concurso de las minorías, el espacio que queda al pluralismo es más reducido y en él se sitúan minorías, por así decirlo, más recalcitrantes y radicalizadas. Pero, sin duda, el riesgo más evidente es que «los menos» escojan no sumarse y puedan bloquear así una decisión

⁷¹ *Ibid.*, pág. 457.

⁷² KELSEN, *op. cit.*, nota 49, págs. 50-52.

⁷³ *Ibid.*, págs. 42, 46, 52.

⁷⁴ *Ibid.*, págs. 142-145.

⁷⁵ *Ibid.*, págs. 146-148.

⁷⁶ RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, nota 69, pág. 56.

⁷⁷ BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, nota 34, págs. 439, 441.

«respaldada por una mayoría... insuficiente».⁷⁸ Sin embargo, este «obstruccionismo», sea cual sea su propósito, «dificultar o incluso hacer imposible la adopción de decisiones mayoritarias» o forzarla «en la línea de un compromiso entre mayoría y minoría» en los términos que esta desee,⁷⁹ no puede impedir, como señala el Tribunal Constitucional, el recurso a estas mayorías, cuando resulte imprescindible un acuerdo en la formación de la voluntad colectiva que disponga de cuantos más mejor, dada la naturaleza de lo que se pretende revisar y la consideración que merecen «los menos» en un Estado democrático.

«La exigencia de un mayor grado de consenso lleva aparejado el surgimiento de las minorías de bloqueo. Pero esta realidad, seguramente indeseable en el funcionamiento del sistema en la medida en que puede llevar al estancamiento en la toma de decisiones, no es por sí misma suficiente como para reputarse inconstitucional la introducción de una mayoría cualificada en el procedimiento de toma de decisiones..., habida cuenta de que existen razones que justifican el recurso a la misma, del mismo modo que en la Constitución se prevén mayorías de este tipo en diversos supuestos cuando así lo recomienda el tipo de decisión que debe ser adoptada...». (STC 238/20012, de 13 de diciembre).

V. Conclusión

Francamente mejorable es la posición de las minorías parlamentarias en los procedimientos de reforma constitucional de los arts. 167 y 168 CE, en especial en la fase de iniciativa y en la fase central. La consideración de la que son objeto en la fase decisional, en algún caso reprochable por desmedida, no compensa las deficiencias anteriores, que necesitan por fuerza ser subsanadas, ya que las minorías no pueden quedar relegadas en aquellos momentos en los que ha de primar la libertad. Paradójicamente en la reforma constitucional hoy por hoy se invierten los términos y con diferencia resultan favorecidas en ámbitos que por regla general les son ajenos, porque en ellos suele preponderar la igualdad.

La tramitación debe ser revisada, con el fin de colocar a las minorías parlamentarias en el lugar que les corresponde de acuerdo con un principio mayoritario que en un Estado democrático solo puede ser inclusivo. Mi propuesta consiste en un procedimiento único de reforma constitucional, cuyos cambios más significativos serían los siguientes:

Conferir la iniciativa parlamentaria de reforma constitucional y no su mero impulso a los mismos que en la actualidad pueden poner en marcha la iniciativa legislativa, de modo que sus proposiciones, que contendrían un texto articulado con la modificación que plantean, no necesiten ser tomadas en consideración por la mayoría y puedan ser retiradas por ellos antes de la votación final si lo creen conveniente.

⁷⁸ REQUEJO RODRÍGUEZ, «La posición...», *op. cit.*, nota 1, pág. 107; BASTIDA FREIJEDO, *loc. cit.*, nota 34, pág. 443; SANTAOLALLA LÓPEZ, *op. cit.*, nota 65, pág. 2710.

⁷⁹ KELSEN, *op. cit.*, nota 49, págs. 159, 160.

Excluir en la fase central los procedimientos de urgencia y de lectura única para asegurar a las minorías y a quienes representan una deliberación de calidad, a la altura de la naturaleza y de la complejidad de lo que se discute, que permita legitimar el producto final mediante la intervención de todos los implicados.

Reservar las mayorías cualificadas a la reforma de elementos definitorios del principio democrático –pluralismo, participación, derechos-. Solo si está en juego el fundamento del sistema será admisible quebrar la neutralidad de la regla decisonal y la equivalencia de las opciones con el propósito de aportar estabilidad a contenidos tan relevantes y buscar un consenso que aglutine el mayor número de voluntades, reduciendo los sometidos a imposición.

Incorporar un referéndum preceptivo en su convocatoria y vinculante en su resultado. El objeto de revisión también aquí será determinante para modular las mayorías requeridas y para identificar la función que el referéndum esté llamado a cumplir –instrumento de codecisión vs. instrumento de verificación-.

Una apuesta, en definitiva, por un procedimiento integrador, que garantice el respeto a las minorías parlamentarias en su condición de tales durante toda su tramitación.

Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, B., «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después», en Punset Blanco, R.; Álvarez Álvarez, L., (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2018, págs. 639-667.
- AMÉRIGO ALONSO, J.; JEREZ CALDERÓN, J.J., «El procedimiento de revisión constitucional en dos legislaturas: un análisis comparado e histórico», en *Revista española de Derecho constitucional*, 76, 2006, págs. 179-200.
- ARAGÓN REYES, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 1998.
- ARANDA ÁLVAREZ, E., «La «sustancialidad» del procedimiento para la reforma constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, págs. 389-408.
- BASTIDA FREJEDO, F.J., «La soberanía borrosa: la democracia», en *Fundamentos. Soberanía y Constitución*, 1, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, págs. 381-459.
- «La reforma del art. 135 CE», en *Revista española de Derecho constitucional*, 93, 2011, págs. 159-210.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- EXPÓSITO, E., «Mayorías en el Estado constitucional», en Gutiérrez, I., (ed.), *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 67-100.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, CEPC, Madrid, 2007.
- «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del art. 135 de la Constitución (especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de en-

- mienda en la reforma constitucional)», en *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, págs. 165-198.
- «El procedimiento ordinario de reforma constitucional», en *Revista de las Cortes generales*, 100, 101, 102, 2017, págs. 131-179.
- GÓMEZ LUGO, Y., «La tramitación legislativa en lectura única», en *Indret*, 4, 2007, págs. 1-16.
- «La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales», en *Teoría y realidad constitucional*, 43, 2019, págs. 389-419.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», en *Revista de Derecho político*, 7, 1980, págs. 81-103.
- KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.
- PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- PUNSET BLANCO, R., «El Consejo de Estado y el procedimiento de reforma constitucional. Un inventario de certidumbres y perplejidades», en Punset Blanco, R., *Potestades normativas y forma de gobierno*, CEPC, Madrid, 2014, págs. 219-228.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., «Art. 167», en Casas, M.^a E.; Rodríguez-Piñero, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 2757-2764.
- «Art. 168», en Casas, M.^a E.; Rodríguez-Piñero, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 2765-2770.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- «Democracy and legislative proceedings in Spain», en *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 2, vol. 1, 2013, págs. 127-140.
- «La posición de las minorías en el Estado democrático», en Gutiérrez, I., (ed.), *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 101-117.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.^a J., «La reforma del art. 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», en *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, págs. 237-260.
- RUBIO LLORENTE, F., «Mayorías y minorías en el poder constituyente», en Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2012.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Título X. De la reforma constitucional», en Garrido Falla F., *Comentarios a la Constitución*, 3^a edición ampliada, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2707-2715.
- «Artículo 166», en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a edición ampliada, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2716-2721.
- «Artículo 167», en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a edición ampliada, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2722-2737.
- «Artículo 168», en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a edición ampliada, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2738-2748.
- TAILLON, P., *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Dalloz, Paris, 2012.
- TAJADURA TEJADA, J., «La reforma de la Constitución (Arts. 166-169)», en FREIXES SANJUAN, T.; GAVARA DE CARA, J. C., (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, BOE-CEPC, Madrid, 2016, págs. 257-281.
- VERA SANTOS, J. M., *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid, 2007.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oximorón constitucional? Comentario al ATC 9/2012», en *Teoría y realidad constitucional*, 30, 2012, págs. 483-498.

MARÍA LUDIVINA VALVIDARES SUÁREZ

En 1998 comencé mis estudios de doctorado en el Área de Derecho Constitucional gracias a la generosidad del profesor Ramón Punset. Si bien no había sido alumna del profesor Francisco Bastida, tenía referencias de su excelencia como docente a través de antiguos compañeros de la carrera de Derecho. En poco tiempo pude comprobar que, además de un extraordinario investigador y docente, Paco Bastida era una persona generosa con su tiempo y su conocimiento, a la vez que acogedora y afectuosa en lo personal. Su trato cordial y accesible, junto con el del resto de compañeros del área, facilita que quien acaba de comenzar su carrera académica se pueda sentir parte de un equipo. Su gran sentido del humor nos ha hecho pasar muy buenos ratos, ¡aunque también algún apuro!

Desde el punto de vista académico, Paco siempre ha estado disponible para conversar y debatir ideas, propuestas, enfoques... con un talante riguroso y respetuoso. Como buen intelectual universitario, su mirada siempre ha estado abierta a los desarrollos de la asignatura que se realizaban tanto en nuestro entorno más cercano, como en otras culturas jurídicas. Por eso recuerdo perfectamente un día –diría que hace ya más de 20 años– en que me comentó que le habría gustado dirigir una tesis sobre los conceptos de discriminación positiva y discriminación inversa. En esa época, yo estaba centrada en el proceso de integración europea, si bien había entrado en contacto con diversas asociaciones que pronto despertarían mi interés por las reivindicaciones de derechos propias de los movimientos feministas. Con el tiempo, el interés social y político desembocó en un interés por abrir una nueva línea de investigación y docencia que me permitiera abordar las consecuencias del *género en el derecho*. En un momento en que, si bien los estudios de género en el ámbito de las ciencias sociales ganaban cada vez más reconocimiento, seguía siendo una empresa relativamente arriesgada, saber que un investigador de la altura intelectual de Paco Bastida le reconocía tanto valor como

para considerar adecuado que fuera objeto de una tesis doctoral, fue un motivo que –junto con los consejos de mi maestro, prudentes pero siempre respetuosos de mi libertad y autonomía investigadora– me reconfortó y me animó a transitar ese camino que, a día de hoy, tanto interés me sigue suscitando.

Esa es la razón por la cual decidí seleccionar para esta publicación un trabajo vertebrado por el principio de igualdad que, asimismo, se gestó en el marco de un proyecto compartido –entre otros compañeros, y bajo la dirección del profesor Benito Aláez– con el profesor Bastida. El proyecto, articulado a partir del estudio de los conflictos derivados del ejercicio de los derechos fundamentales en el espacio público, me permitió compartir con Paco Bastida estimulantes conversaciones al respecto durante un periodo en el que se daba la feliz casualidad de que nuestros horarios de clases nos hacían coincidir a la hora de la comida en la cafetería de la Facultad de Derecho.

Por estas y muchas otras razones, mi agradecimiento a Paco Bastida por su incondicional y generoso apoyo durante estos años es inmenso, al igual que lo es mi reconocimiento hacia su figura como riguroso intelectual universitario comprometido, de pensamiento y acción, con los problemas de su tiempo. Será siempre ejemplo a seguir.

La (des)igualdad por razón de sexo/género en el espacio público (de un Estado) social¹

María Ludivina Valvidares Suárez

1. El constitucionalismo feminista y la dicotomía espacio público *versus* espacio privado

Bien entrado el siglo XXI, los estudios feministas o de género² parecen gozar por fin de una cierta aceptación en el ámbito académico, incluso –de manera más tímida– en disciplinas que han sido tradicionalmente menos permeables a sus análisis, como puede ser la ciencia del Derecho Constitucional, perspectiva

¹ Este artículo se publicó originalmente en Benito Aláez Corral (coord.), *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*, Madrid, Marcial Pons, 2017. La autora agradece a Marcial Pons que haya autorizado su reproducción en este libro homenaje. Este trabajo se realizó en el marco de las actividades del Proyecto de investigación DER 2013-40719-R, «Espacio público, derechos fundamentales y democracia en la sociedad multicultural», coordinado por el profesor Benito Aláez Corral, al que agradezco que me haya invitado a formar parte del mismo.

² A riesgo de generalizar y ser imprecisa, hablaré en términos globales de estudios feministas o de género para aludir a aquellos trabajos que, desde múltiples perspectivas, reflexionan y buscan soluciones a la situación de desigualdad estructural, opresión y subordinación en la que se encuentran, desde una perspectiva colectiva, las mujeres. Esta equiparación supone un reconocimiento a los logros y al valor –político, social y académico– de los feminismos y las teorías feministas, al margen de que en la actualidad se acuda más habitualmente a la expresión de «estudios de género». Se comparte así el planteamiento según el cual «el feminismo se ha identificado con un movimiento de mujeres, lo cual es importante desde el punto de vista histórico, pero en el momento actual su autonomía como lugar en el que se sitúa la cuestión de género adquiere un significado político y teórico especial» (Griselda Pollock, citada por Linda McDowell en su artículo «La definición del género», en el volumen colectivo *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ecuador), 2009, págs. 7-8.

desde la que escribo este artículo. Esta falta de reconocimiento no deja de estar relacionada, sin duda, con la vinculación al método científico como un método objetivo y neutral, que en el ámbito jurídico se identifica especialmente con las teorías iuspositivistas del derecho, características ambas –objetividad, neutralidad– muy cuestionadas desde los estudios feministas.³ De esta manera, a menudo el feminismo se ha percibido –de buena o mala fe– como una propuesta que contradecía los postulados científicos⁴ y que, por lo tanto, era subjetiva y parcial, por lo que sus análisis y sus propuestas no deberían ser tenidas en cuenta, desconfianza acrecentada –entre otras razones– por su adhesión a un postulado o convicción política.⁵

Quienes nos dedicamos al estudio del Derecho Constitucional democrático y social, sin embargo, no podemos dejar de percibir con claridad los nexos entre el feminismo y el constitucionalismo. La relevancia del feminismo jurídico en la comprensión de los temas que aquí se estudiarán –la separación entre las esferas pública y privada, y la relación entre la idea de ciudadanía y las exclusiones de las mujeres– han sido puestas de relieve por la doctrina.⁶

Asimismo, la vinculación con una teoría política no debería ser ningún obstáculo para admitir los análisis y propuestas rigurosas, puesto que el propio Derecho Constitucional se construye sobre la tradición del constitucionalismo. La definición clásica del constitucionalismo lo describe como un conjunto de doctrinas político-jurídicas cuyo gran interés «ha sido el claro reconocimiento del papel del Estado en la sociedad, unido a la determinación controlar ese poder estatal gobierno y poner límites para su ejercicio».⁷ El objetivo político es indiscutible, y eso no empaña la rigurosidad de los estudios de historia del constitucionalismo (en los casos en que sean rigurosos, igual que puede suceder con los estudios con perspectiva de género) ni las aportaciones que ha generado para la teoría política y la teoría constitucional (puesto que nuestras actuales Constituciones democráticas y sociales no son más que la culminación del constitucionalismo). Por lo demás, esta definición se ve enriquecida a la luz del constitucionalismo democrático y social. Para el primero, no solo es relevante la pregunta acerca de los límites, sino también del fundamento del poder público. Para el segundo, la idea de limitar el

³ No es casualidad que las características del método científico tradicional se identifiquen con rasgos que la propia Ilustración asignó a los hombres (la razón, la objetividad), mientras que las críticas al feminismo utilizan los que se asignaron a las mujeres. Por lo demás, como es bien sabido, el feminismo no es, ni mucho menos, el único «movimiento» crítico. La idea de ciencia en sentido más tradicional ha sido muy cuestionada por la llamada filosofía posmoderna.

⁴ Para profundizar en las dificultades que deben abordar los estudios feministas o de género véase la obra de Sandra Harding, *Ciencia y feminismo*, Morata, Madrid, 1996.

⁵ En el ámbito jurídico, una breve referencia a tales críticas puede verse en Isabel Cristina Jaramillo, «La crítica feminista al Derecho», contenido en el volumen colectivo *El género en el derecho. Ensayos críticos*, op. cit., págs. 111-112, en la que da cuenta de la desconfianza que existe hacia las teorías feministas debido a su adhesión a «una convicción política».

⁶ Véase el trabajo de Ruth Mestre i Mestre, «Mujeres, derechos y ciudadanías», en la obra colectiva del mismo nombre coordinada por esta autora, editada en 2008 por Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 17-42, quien, al aludir a la supuesta objetividad del derecho, habla de «categorías saturadas de género» (p. 18).

⁷ Por usar las palabras de un clásico como M. J. C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, págs. 1-2.

poder sigue siendo válida, aunque se proyecte sobre poderes no estatales (privados), pues con el advenimiento del constitucionalismo social las relaciones de poder interpersonales e intergrupales no deben ser consideradas como asuntos ajenos al Estado. De esta manera, dos de las grandes reivindicaciones de los movimientos feministas entroncan con estas líneas del constitucionalismo: por un lado, la del *levantamiento del velo* de las desigualdades en las relaciones sociales, con su ruptura –o redefinición– de la separación de las esferas pública y privada.⁸ Por otra, el reconocimiento de la legitimidad de la actuación del Estado en la (re)configuración de las relaciones sociales como relaciones igualitarias.

De esta manera, siguiendo los diferentes estadios del constitucionalismo liberal, democrático y social, podemos encontrar también las grandes reivindicaciones de los movimientos feministas. Por ello considero que el feminismo debe considerarse como parte del movimiento del constitucionalismo, en tanto que movimiento dirigido a conocer los instrumentos del poder, con el objetivo fundamental de garantizar los derechos y las libertades de las personas.⁹ A lo largo de las siguientes páginas transitaré por temas centrales para estas dimensiones de las vindicaciones feministas y del constitucionalismo.¹⁰ En primer lugar, comenzaré haciendo una breve referencia a cómo los postulados del Estado liberal moderno generan la dicotomía entre el espacio público y privado que ha sido, con razón, objeto central de las críticas por parte de los estudios de género (puesto que, entre otras cosas, tal dicotomía sirve para traicionar no solo ese mismo postulado sino los ideales emancipatorios que las «luces» del siglo XVIII habían aportado a la teoría política y constitucional).¹¹ En el siglo XX los estudios de género romperán con fuerza esta cesura entre espacios gracias a un binomio conceptual que aún sigue dando sus frutos: el sistema sexo-género.

⁸ Particularmente contundente se muestra Frances Olsen: «La privacidad la disfrutan, mayoritariamente, quienes tienen poder. Con frecuencia, el reino de la privacidad no supone, para los desposeídos, una esfera de libertad, sino de incertidumbre e inseguridad». En «Constitutional Law: feminist critiques of the public/private distinction», *Constitutional Commentary*, vol. 10, n.º 2, 1993, pág. 325.

⁹ Cuestión distinta es que históricamente estas reivindicaciones de igualdad no hayan pertenecido al constitucionalismo «triunfante», aunque no podemos dejar de preguntarnos con qué objetividad estas aportaciones han sido silenciadas o ignoradas. Es el caso de un autor como Poulain de la Barre, quien «concibió en Europa toda una filosofía social basada en un concepto universal de igualdad y, a pesar de eso, solo se le conoce en el feminismo y la historiografía, pero el constitucionalismo lo ignora». En otros casos, se trata de autores consagrados por los estudios de Teoría del Estado y de la Constitución, como pueden ser Montesquieu o Condorcet, pero de los que no han sido sus ideas sobre la igualdad entre sexos las que habitualmente se destacan. Cfr. Jasone Astola Madariaga, «Las mujeres y el estado constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional», Ponencia presentada en el Congreso multidisciplinar *Mujeres y Derecho: pasado y presente*, organizado por la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, octubre de 2008, pág. 233-236. Las actas completas del Congreso están disponibles en https://www.ehu.es/documents/2007376/2109490/mujeres_y_derecho.pdf (última consulta: 13 de febrero de 2017).

¹⁰ De constitucionalismo feminista habla Nilda Garay en su artículo «Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial», publicado en el libro colectivo *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, 2014, págs. 265-279.

¹¹ Lo que permite a Celia Amorós afirmar que el feminismo bien pudiera erigirse en un «significativo test de la Ilustración». Cfr. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid, 1997, pág. 142.

Tras las primeras fases de feminismos liberales y democráticos, gracias a los cuales se conquista no solo la proclamación de la igualdad formal, sino también espacios institucionales de participación –sufragio activo, y en las últimas décadas, sufragio pasivo–, el objeto de interés se sitúa en el espacio público no institucional. La igualdad pasa necesariamente por una plena efectividad de los derechos fundamentales de las mujeres en los espacios públicos, relativa tanto a las libertades individuales (vida, integridad física y sexual, entre otras), como a la efectiva ocupación de espacios de participación. Como se verá, disciplinas como el urbanismo y la arquitectura han reflexionado en los últimos tiempos al respecto con perspectiva de género. La reivindicación del espacio físico es, como sucedía con las sufragistas, no solo un fin en sí mismo, sino también un medio para potenciar el ejercicio de otros derechos y, en general, para realizar el propio principio democrático. El constitucionalismo social, necesariamente atento por mandato constitucional a los obstáculos que impiden una ciudadanía plena, aporta una base jurídica indiscutible para afirmar que es una obligación de los poderes públicos estar atentos a las desigualdades en el uso de los lugares y los tiempos que se generan en la vía pública.

El feminismo converge con el constitucionalismo social desde el momento en que plantea su conocido lema «lo personal es político».¹² Con esta denuncia se evidencia la exclusión de la agenda política (pública) de muchas cuestiones que afectan prioritariamente a las mujeres, señalando además la manera en la que las relaciones privadas se constituyen en relaciones de poder que generan desigualdades que, una vez más, afectan al ejercicio de múltiples derechos fundamentales (baste citar los derechos sexuales y reproductivos o la violencia de género). De esta manera se da luz al peligro de la opacidad de género (la ilusión de haber conseguido una igualdad plena) generada por la consecución de la igualdad formal. Las consecuencias se proyectan en dos planos, algo consustancial al principio de Estado social. Por un lado, en la ya citada obligación para los poderes públicos que en nuestra Constitución tiene su consagración en el mandato del art. 9.2. Por otro, en el efecto de irradiación de los derechos fundamentales a la esfera privada, es decir, en el grado de eficacia horizontal de tales derechos.¹³ Hablar de eficacia horizontal no significa considerar que aquí ya no es relevante el papel del Estado: como Estado social que es, le corresponde asegurar la plena efectividad de los derechos en el marco de las relaciones privadas a través a través de garantías tanto normativas como jurisdiccionales.

¹² Reflexiona Nancy Fraser sobre las dificultades que afrontaron los feminismos en su relación con el Estado social, al ver en la protección social el reflejo de sistemas de dominio patriarcales (modelo paternalista, centrado en la idea de salario familiar...). *Cfr.* «Oltre l'ambivalenza: la nuova sfida del feminismo», en *Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine*, vol. xxviii, n.º 54, 2016, págs. 87-102.

¹³ *Cfr.* Francisco J. Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Ángel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 50-55.

1.1. *La construcción del Estado liberal y el sistema sexo-género*

Los primeros movimientos feministas («la primera ola») se consideran movimientos liberales centrados fundamentalmente en denunciar la falta de reconocimiento –a nivel constitucional y/o legal– del principio de igualdad entre hombres y mujeres, exigiendo la erradicación de cualquier discriminación por razón de sexo. De hecho, el primer feminismo nace vinculado a la Revolución Francesa y a sus ideales ilustrados. Olympe de Gouges redactó en 1791 la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, evidenciando la exclusión de las mujeres de la famosa *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Mary Wollstonecraft escribió la *Vindicación de los derechos de la mujer* (1792), denunciando cómo al pasar del plano abstracto de los principios al concreto de la regulación, las mujeres eran una vez más excluidas de los ideales emancipatorios.

En la actualidad, es bien conocida la obra de Carole Pateman *El contrato sexual*, en la que denuncia cómo las teorías del contrato social originan una exclusión radical (en su sentido etimológico: desde la raíz del origen del Estado moderno) basada en el sexo, de manera que –simplificando– el contrato social fue un pacto entre varones a través del cual se construyó una esfera pública de iguales asentada en la desigualdad de las mujeres en el ámbito privado, desigualdad que se legitimó dotando a las mujeres de una serie de atributos *por naturaleza*. Teorías que no nacen en la Ilustración pero que desde luego se ven reforzadas por algunos de sus pensadores más insignes, y que además chocan frontalmente con sus propios ideales emancipatorios¹⁴ (algo que fue señalado por varios autores contemporáneos, lo que debería ser suficiente para acallar las críticas que acusan a los estudios de historia con perspectiva de género de incurrir en anacronismo cuando denuncian esta situación).¹⁵ De hecho, la contradicción no se produce exclusivamente desde el punto de vista de la declaración de igualdad. El estatus de subdiscriminación¹⁶ en el que se sitúa a las mujeres contradice otro postulado básico del nacimiento del Estado moderno, simbolizado por la Revolución Francesa: el fin de las jurisdicciones particulares; esto es, de los privilegios estamentales

¹⁴ Indiscutible referencia para el estudio de las relaciones entre feminismo e Ilustración es Celia Amorós. Además del ya citado *Tiempo de feminismo*, véase su trabajo *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1985. Resulta imprescindible para conocer con profundidad la manera en que la Ilustración se asienta sobre el eje binario –y jerarquizado– de espacio público y privado, la obra de Cristina Molina Petit, *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Anthropos, Barcelona, 1994.

¹⁵ *Cfr.* la selección de textos realizada por Alicia H. Puelo en Condorcet, De Gouges, De Lambert y otros, *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo xviii*, Anthropos (Barcelona)/Comunidad de Madrid, 1993.

¹⁶ Imposible resistirse a este concepto tan sumamente expresivo elaborado por M.^a Ángeles Barrère Unzueta. Véase Barrère Unzueta, María Ángeles: «Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2003, 26 págs.; y Barrère Unzueta, María Ángeles; Morondo Taramundi, Dolores: «Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, 2011, págs. 15-42. Sobre la potencialidad del principio de antisubordinación en la lucha por la igualdad entre sexos –frente a las limitaciones del principio antidiscriminatorio– reflexiona Owen M. Fiss en «¿Qué es el feminismo?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 1993, págs. 319-335.

y señoriales. Como es sabido, en la configuración del Estado moderno, el poder del soberano debía ser único, indivisible y omnipotente. Sobre este modelo se fue articulando, en Europa, la concentración del poder en las manos de un sujeto (rey, Parlamento), único al que se le reconocía jurisdicción sobre los súbditos –posteriormente ciudadanos–. Sin embargo, en este proceso de construcción de la modernidad pública, la mitad de la humanidad siguió teniendo un estatuto jurídico sujeto en aspectos tanto civiles como mercantiles ¡e incluso penales! a la potestad del padre o del marido. En otras palabras: «si la República –el Estado– es el recto gobierno de lo que es común a las familias –de lo público–, debe quedar fuera lo que no es común, lo particular de cada una, lo privado/doméstico, lo que entra en las competencias del padre, cuya función en la familia la compara Bodino a la del soberano en su reino, de tal forma que el ámbito de la familia (madre, hijos, criados y propiedades) está excluido de la soberanía del Estado y sometido a la exclusiva soberanía (poder absoluto y perpetuo) del varón».¹⁷ De esta manera, si bien en el tránsito a la modernidad, las teorías del contrato social apuntalan la construcción de un Estado que debe respetar ciertas libertades individuales básicas frente a los privilegios medievales, la idea de los derechos naturales (pre-existentes) al Estado da base a ese *contrato sexual* que certifica la sumisión de las mujeres en el marco de una institución de carácter también *natural* como es la familia. En palabras de Carole Pateman, si bien la del contrato social «es una historia de libertad, el contrato sexual es una historia de sujeción».¹⁸

Resulta evidente, tras lo señalado, cómo la articulación política de las esferas pública y privada como esferas diferenciadas a las que uno u otro sexo pertenecían *por naturaleza* fue la llave para reconocer o para negar derechos.¹⁹ Se naturalizó la asignación a uno u otro espacio, y se jerarquizó lo público sobre lo privado, de manera que las mujeres no solo estaban excluidas del espacio público, sino que además las actividades que tenían lugar en dicho ámbito se consideraron más valiosas.²⁰

Además de construir normatividades jurídicas, la delimitación de espacios fue el trampolín para construir la normatividad social, en definitiva, un conglomerado de roles, estereotipos y moral que determinaba igualmente el estatuto de

¹⁷ M.ª del Mar Esquembre Cerdá, «Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una *reforma constituyente* de la Constitución Española», en Itziar Gómez Fernández (ed.), *Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género*, monográfico n.º 5 de los *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, págs. 80-81.

¹⁸ *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, pág. 10.

¹⁹ Alude M. Teresita de Barbieri –citando a Karin Hausen– a la creación en Alemania de los «caracteres de género» como «una mezcla de biología, destino y esencia»; véase: «Los ámbitos de acción de las mujeres», *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 53, n.º 1, 1991, pág. 211. Respecto de las mujeres en el espacio público y privado, véase Teresa del Valle, *Andamios para una nueva ciudad. Lecturas desde la antropología*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, particularmente capítulos II y III.

²⁰ El ejercicio del poder público es paradigmático. Un ejemplo de la pervivencia de la idea de que el poder público es masculino lo encontramos en el estudio de Adélaïde Remiche, «When Judging is Power. A gender perspective on the French and American Judiciaries», *Journal of Law and Courts*, vol. 3, n.º 1, 2015, págs. 95-114. En este trabajo se destaca la relación entre la imagen del juez y la mayor o menor feminización de la judicatura, de manera que cuando el juez es visibilizado más como un sujeto de poder (modelo estadounidense) que como un mero aplicador del derecho (imaginario francés), se reduce el acceso de las mujeres a la función judicial.

derechos y obligaciones de las mujeres, y que podía sobrevivir incluso al margen de la regulación legal, como efectivamente ha sucedido ya que la desigualdad social persiste a pesar de la consecución de la igualdad constitucional formal. La construcción de dos esferas diferenciadas, y la identificación de la esfera pública con la política, «naturalizó y despolitizó las relaciones sociales que tienen lugar en la esfera privada» de manera arraigada al menos hasta la segunda mitad del siglo xx.²¹ Queda claro por qué, una vez «desenmascarada» la construcción social de los géneros, los feminismos de la *segunda ola*²² centraron sus esfuerzos en repolitizar la esfera privada.

El derecho refleja de manera genuina el célebre binomio sexo-género difundido en las teorías sociales al menos desde la obra de Gayle Rubin, quien lo definió como «el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana».²³ El sistema sexo-género ha abierto la puerta a una relectura crítica del derecho, desplegando unos efectos aún inconclusos en el marco de la comprensión de las causas de la desigualdad entre mujeres y hombres e, igualmente, como instrumento radicalmente emancipador frente a otras situaciones de desigualdad y opresión.²⁴ Frente al contenido marcadamente biologicista del sexo, el género se interroga sobre el constructo social, cultural, educacional... que se superpone a aquel, reflexionando sobre las cualidades, características, roles y expectativas que los sistemas sociales asignan a las mujeres y que, en último término, condicionan también su estatus jurídico.

Este es el planteamiento desde el cual se entiende que la categoría de género constituye una herramienta para *desenmascarar* las relaciones de poder, de especial utilidad para un constitucionalismo feminista social, consolidando el género como una categoría de la «hermenéutica de la sospecha» que permite analizar las relaciones de poder que subyacen a las relaciones sociales y que condicionan tanto nuestras elecciones libres como nuestra propia subjetividad.²⁵ Sin lugar a dudas, el binomio sexo-género ha ayudado de manera extraordinaria a tender puentes entre la llamada igualdad formal y material, vislumbrando las situaciones de desigualdad que persisten tanto en el ámbito público como privado, y dando herramientas a los poderes públicos para combatirlas. Sus aportaciones críticas no significan, a mi juicio, reconstruir el Estado moderno negando la esfera privada de los individuos, aunque sí obligan a «redefinir» las relaciones entre la esfera pri-

²¹ M. Teresita de Barbieri, «Los ámbitos de acción de las mujeres», *op. cit.*, pág. 211. Sobre la construcción de espacios con género, también: María José Guerra Palmero, «Mujer, identidad y espacio público», *Contrastes. Revista interdisciplinaria de Filosofía*, vol. iv, 1999, págs. 45-64, que analiza las propuestas de autoras como Seyla Benhabib o Nancy Fraser para «feminizar» el ámbito público.

²² En la clasificación de Amelia Valcárcel y otras autoras, sería la tercera ola. La primera sería la de la Ilustración, la segunda la del sufragismo, y la tercera la vinculada a la igualdad real.

²³ Gayle Rubin, «El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo», *Revista Nueva Antropología*, vol. viii, número 030, noviembre 1986, pág. 97. Es traducción del artículo publicado originalmente en inglés en 1975.

²⁴ Algunos textos básicos al respecto pueden verse en el volumen colectivo *El género en el derecho*, *op. cit.*

²⁵ Alicia H. Puleo, «El concepto de género como hermenéutica de la sospecha: de la biología a la filosofía moral y política», en *Arbor*. 189 (763): a070, (septiembre-octubre 2013), pág. 2.

vada y la pública, así como a reconceptualizar ambas esferas lejos de las concepciones patrimoniales decimonónicas que consagraron el Estado liberal. En este sentido, se comparte la idea de que avanzar en la igualdad de las mujeres significa más –y no menos– Ilustración, edificada sobre la metáfora elaborada por Amelia Valcárcel que concibe al feminismo como «hijo no querido del igualitarismo ilustrado»; un feminismo que fue, en palabras de Celia Amorós, un «producto precoz y una radicalización de la Ilustración».²⁶ Se acepta así «la filiación cultural», «los ideales de la Ilustración y las derivaciones liberales de esos ideales, fundamentalmente con el lenguaje de los derechos».²⁷

1.2. *Reconceptualizando: de la división a la colaboración entre las esferas pública y privada*

El principio de la perpetuación de esta relación de dominación no reside realmente, o no fundamentalmente, en uno de los lugares más visibles de su ejercicio, es decir, en el seno de la unidad doméstica (...), sino en unas instituciones tales como la Escuela o el Estado –lugares de elaboración y de imposición de principios de dominación que se practican en el interior del más privado de los universos–

Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*

En la línea del constitucionalismo democrático, los movimientos sufragistas que exigían el reconocimiento del derecho al voto en igualdad de condiciones que los hombres, también tenían como destinatario principal de sus críticas al poder público, pues en ambos casos se trataba de exclusiones y subordinaciones amparadas por la ley. Cuestión distinta es que el sufragismo no era solo un fin en sí mismo, sino también una manera de abrir una puerta que permitiría combatir otras desigualdades, un medio para alcanzar otros objetivos en términos legislativos.²⁸ La representación democrática, la participación en las instituciones, tenía como objetivo paliar la situación de opresión en la esfera privada a la que ya se ha hecho referencia. Asimismo, en el ámbito laboral, en aquellas sociedades en que por razones de la revolución industrial era más frecuente que las mujeres (pobres) trabajaran en empresas, se consolidó no solo una segregación laboral sino también una brecha en las condiciones de trabajo, más precarias aún que las de los trabajadores varones.

²⁶ En la *Presentación* al volumen colectivo *Feminismo y filosofía*, editado por Celia Amorós, y de donde he extraído igualmente la cita de Amelia Valcárcel. Síntesis, Madrid, 2000, pág. 23.

²⁷ Elena Beltrán Pedreira, «Público y privado (sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político)». En *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pág. 390.

²⁸ Véase al respecto la *Introducción* de Celia Amorós y Ana de Miguel Álvarez a la obra *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Vol. 1. De la Ilustración al segundo sexo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005. En particular, págs. 64-69, así como el trabajo de Alicia Miyares que lo desarrolla, «El sufragismo», *ibid.*, págs. 245-293.

Esta primera *oleada* feminista centrada en la reivindicación de derechos encaja perfectamente en el constitucionalismo liberal y democrático,²⁹ por más que en el estudio tradicional de la historia del constitucionalismo no hallemos noticia de la misma salvo en contadas excepciones.³⁰ En este sentido, el constitucionalismo feminista democrático comparte con el liberal el objetivo principal de controlar al *gobierno*, esto es, al poder público, pero también despeja el camino hacia lo que podríamos llamar el constitucionalismo feminista social, el que pone su acento en las llamadas relaciones privadas. En este sentido, el objetivo último que inspira al constitucionalismo como movimiento político general puede ser perfectamente aplicable a las situaciones de poder y opresión que afectan a las personas, aunque ya no provengan de la esfera pública, puesto que la incorporación del principio de Estado social a nuestras Constituciones es justamente el reconocimiento de la existencia de posiciones de desigualdad en las relaciones sociales que pueden afectar al disfrute de los derechos y libertades. De esta manera, dentro del constitucionalismo social se encuentran, a mi juicio, los estudios feministas que denuncian cómo la edificación del Estado moderno sobre las categorías de esfera pública y privada sirvió no solo para justificar las exclusiones legales a las que se acaba de hacer referencia, sino también la subordinación de las mujeres en la esfera de las relaciones privadas. Así pues, una vez superadas las concepciones formalistas y falaces de la igualdad, según las cuales los particulares, en sus relaciones privadas, se sitúan en posiciones de igualdad y libertad, se cuestionen las teorías políticas que, en su momento, se utilizaron para explicar y justificar la creación del Estado moderno.

La propia participación política generó, en último término, el cuestionamiento no solo de quiénes eran los sujetos con derecho a ejercer los derechos políticos, sino también cuáles eran las cuestiones que debían ser sometidas a debate político. Es decir, se evidenció la relación entre el sujeto y el objeto: quienes son titulares del poder de decidir no solo determinan *cómo* han de regularse las cuestiones sujetas a debate, sino que determinan igualmente *cuáles* han de ser esas cuestiones reguladas (y cuáles, por el contrario, quedan excluidas del debate público, relegadas por tanto al nivel de expectativas sociales que nunca podrán transformarse en poder público). Este es la denuncia que realiza Catherine A. Mackinnon cuando se pregunta si las mujeres son hu-

²⁹ Para la relación entre ambos, véase Celina de Jesús Trimiño Velasquez, *Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos políticos de las mujeres*, Congreso de los Diputados, 2014.

³⁰ No me estoy refiriendo aquí, lógicamente, a los estudios de género que por fortuna y como señalaba al inicio, cada vez son más habituales. No podría reflejar en una nota el estado actual de la doctrina constitucionalista, y en su mayoría irá teniendo reflejo a lo largo del trabajo. Sirva como ejemplo de algunas de las publicaciones más recientes, y que apuntan directamente al corazón del constitucionalismo, el citado monográfico n.º 5 de los *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, publicado en febrero de 2017, coordinado por Itziar Gómez Fernández, dedicado a *Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género*, en el que participan constitucionalistas como Jasone Astola Madariga, Octavio Salazar Benítez, M.ª del Mar Esquembre Cerdá o la propia coordinadora del volumen, que desde hace tiempo son voces imprescindibles en el estudio de la desigualdad y la discriminación de las mujeres desde el punto de vista constitucional.

manas,³¹ a la luz de las tardanzas y las ausencias a la hora de codificar en el derecho internacional, como derechos universales, cuestiones de importancia crucial para las mujeres (ya se ha citado, en otro momento, el tema de los derechos reproductivos). También constituye el trasfondo del interesantísimo debate que se produce en el marco de las teorías sobre democracia deliberativa animado por autoras como Seyla Benhabib, dirigido justamente a reflexionar sobre las exclusiones –de sujeto y objeto– que las concepciones tradicionales de la esfera pública no fueron capaces de superar.³² No es el objeto de este artículo centrarse en el espacio público en su dimensión institucional, pero las reflexiones acerca del ámbito público en sentido habermasiano –espacio de deliberación ciudadana sobre los asuntos comunes– sí guardan una estrecha relación con la tarea de «repensar»³³ las esferas pública y privada que intentaré desarrollar en ámbitos concretos.

La crítica a la confrontación de las esferas pública y privada no debe llevar, a mi juicio, a considerar que debe desaparecer toda distinción entre ambas, sino a preguntar cuál debe ser la función que cumpla el ámbito de privacidad de una persona, y cuáles han de ser sus límites a la luz de un constitucionalismo social que se adhiera sin fisuras al principio de igualdad entre mujeres y hombres y reconozca un derecho específico al respecto.³⁴ La reconceptualización de la división público/privado pasa, entonces, por afirmar la recíproca influencia de dichas esferas entre sí³⁵ y, como consecuencia, la *necesidad* de actuar en ambas para atajar la desigualdad. La reflexión se mueve en la línea de las posturas que, desde hace tiempo, han puesto de relieve que los derechos fundamentales no pueden abordarse como si se tratara de compartimentos estancos, ya que están interconectados entre sí. En este sentido, es evidente que el mantenimiento de las categorías de público y privado no debe servir de justificación a la preemi-

³¹ *Are women human? And other international dialogues*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2006. El texto en concreto al que hago referencia se publicó en 1999 y se recoge en las págs. 41-43. En el mismo sentido, en nuestro país, Jasone Astola Madariaga, «De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, número especial 99-100, 2014, págs. 465-492.

³² Véase, por ejemplo, su contribución «Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy», en la obra colectiva *Democracy and the difference* de la que es también editora, publicada por Princeton University Press, 1996, págs. 67-94.

³³ Por referencia al trabajo de Nancy Fraser, «Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente», indispensable para abordar este asunto. Puede consultarse en la recopilación de textos de Nancy Fraser realizada por M.^a Antonia Carbonero Gamundí y Joaquín Valdivieso (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Tecsed, Universitat de les Illes Balears, 2011, págs. 139-176.

³⁴ Véanse las reflexiones de Jasone Astola Madariaga, «Las mujeres y el estado constitucional», *op. cit.*, págs. 257 y ss. donde subraya cómo en el marco del Tratado de la Unión Europea, la igualdad (en abstracto) es un valor común a los Estados miembros, mientras que la igualdad entre hombres y mujeres «una característica de la sociedad», y sus consecuencias.

³⁵ Al reflexionar sobre las intersecciones entre ambas esferas, señala Ken Plummer que la distinción es «en cierta manera, falsa». *Intimate citizenship. Private Decisions and Public Dialogues*, University of Washington Press, Seattle & London, 2003, pág. 70.

nencia de uno u otro sexo, pero creo que sí sirve a otros objetivos jurídicos. En particular, desde el punto de vista de la igualdad no debe renunciarse al reconocimiento de una esfera privada de autodeterminación exenta de influencias estatales, entendida como ámbitos de libertades fundamentales inasequibles a la heteronormación salvo en circunstancias extraordinarias. Y creo que es necesaria para evitar que la consecución de la igualdad por razón de sexo y/o género legitime injerencias del poder público en el ejercicio de otros derechos fundamentales (de la misma persona), incluso aunque pudiera aceptarse -como planteamiento teórico- que tal injerencia se produce precisamente para tutelar la igualdad de dicha persona.³⁶

Es fácil deducir que tengo en mente la prohibición de usar un velo integral en el espacio público, debate sobre el que no existe consenso los movimientos feministas, pero en el que la pendiente resbaladiza del paternalismo es, a mi juicio, tan evidente, que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desviado el encaje convencional de la ley francesa a las obligaciones del *vivre ensemble*, cerrando la puerta a la posibilidad de que la desigualdad entre hombres y mujeres se convirtiera en justificación para la restricción de la libertad religiosa.³⁷

Ciertamente, plantear la *colaboración* entre las esferas pública y privada implica que, allí donde se constate la existencia de una situación de desigualdad entre mujeres y hombres, será *necesario* actuar. Es decir, la esfera pública estará implicada en la definición democrática de las políticas públicas -regulaciones legales incluidas- a adoptar para erradicar la desigualdad, pero no debe poner en discusión si debe o no actuarse sobre tales situaciones. Me explico: la decisión sobre en *qué* ámbitos intervenir deberá venir marcado por la evidencia de la desigualdad, sin que deba someterse a deliberación pública si se trata o no de una cuestión de interés común o público, o de un interés privado. Parafraseando a Jefferson, *sostengo como evidente en sí misma esta verdad: que si todos los hombres son creados iguales, la desigualdad ha de ser siempre un asunto de interés público*. Si la igualdad es, como en nuestra Constitución, un valor superior del ordenamiento (art. 1.1), un mandato a los poderes públicos (art. 9.2) y un derecho fundamental (art. 14), no cabe excluir de la deliberación pública ninguna situación de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres, ni calificarla como un asunto privado. La cuestión del *cómo* intervenir sí puede -debe- ser sometida a

³⁶ Como dice Amelia Valcárcel en el prólogo de su libro *Feminismo en el mundo global*: «El espacio está dejando de clasificarse en función del género... Ahora la línea interior-exterior ya no divide en masculino y femenino, como correlatos de privado y público; la separación entre interior y exterior está trazada, por el contrario, para delimitar el derecho a la intimidad». Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, 2012 (4.ª ed.), pág. 9.

³⁷ No quiero decir con ello que comparta la argumentación de la Sentencia (S.A.S. contra Francia, 1 de julio de 2014), puesto que me siento más próxima a las reflexiones del voto particular. Esta problemática ha sido objeto de estudio particular en el marco del proyecto de I+D en el que se enmarca mi trabajo: *cf.* José Ramón Polo Sabau, «La prohibición del velo islámico integral en el espacio público: el concepto de vida en comunidad como límite a los derechos fundamentales en el caso S.A.S. contra Francia», en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 75-155. Volveré sobre este tema en el siguiente epígrafe.

la esfera pública, precisamente para poder confrontar diferentes planteamientos –racionalidades– respecto de cuál puede ser la actuación más eficaz del Estado al respecto.

Se excluye, con las anteriores consideraciones, que la defensa de la existencia de un ámbito de autonomía, expresión de la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la persona que se articulan a través de los derechos individuales, se convierta en una *excusa* para confundir lo *domestico* con la privacidad y los derechos individuales (tal vez la terminología anglosajona de los *private rights*, derechos vinculados a la individualidad de las personas, resulta más clara).³⁸ Precisamente la afirmación de la existencia de un espacio privado, exclusivo del individuo, que no debe ser vulnerado por el Estado, y que el Estado debe asegurar frente a terceros, excluye que alguien se escude en lo *domestico* para admitir la legitimidad de vulneraciones de derechos entre particulares excluidas de la jurisdicción del Estado. Queda claro, pues, que la esfera privada se defiende como un lugar –físico y mental– de autodeterminación,³⁹ y no como un espacio exento de control ante las eventuales vulneraciones de dicha autonomía y los derechos de libertad que le son consustanciales. Si las inferencias estatales se aceptan solo en circunstancias excepcionales, las *jurisdicciones* particulares deberían estar completamente excluidas. Las acciones realizadas en la intimidad no son, pues, sinónimo de acciones privadas⁴⁰ ni pueden quedar ocultas por la protección constitucional de las esferas de la intimidad o privacidad familiar, imponiéndose el *levantamiento del velo* de las desigualdades en las relaciones privadas, incluso aunque ello suponga *levantar la cortina* en el caso de las más íntimas.⁴¹ Con una metáfora *cara* a los estudios de género, podría decirse que la protección constitucional de los derechos, y la concepción de una igualdad *real* en las relaciones entre mujeres y

³⁸ Ha puesto el acento en estas diferencias una autora indispensable para repensar las esferas pública y privada a la luz de las exigencias del feminismo como es Seyla Benhabib. Cfr. sus trabajos «Modelos de espacio público: Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas», en Seyla Benhabib: *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Gedisa, Barcelona, 2006, págs. 105-138; y «Feminist Theory and Hannah Arendt's concept of public space», en *History of the Human Sciences*, vol. 6, n.º 2, 1993, págs. 97-114. Puede verse la categorización del *privato-domestico* y el *privato-personale* hecha por una gran estudiosa italiana del tema de la igualdad, Letizia Gianformaggio, en su trabajo «Soggettività política delle donne: strategie contro», incluido en una recopilación de sus trabajos editada bajo el título *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, págs. 85-105.

³⁹ En muchas ocasiones se utiliza como imagen o metáfora la necesidad de tener *Una habitación propia* que planteaba Virginia Woolf. En versión española podemos quedarnos con el *metro cuadrado* que reivindicaba Vainica doble.

⁴⁰ Cfr. Isabel Turégano Mansilla, «La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 24, 2001, págs. 19-20.

⁴¹ Por usar la expresión de la Corte Suprema de Carolina del Norte en el caso *State v. A. B. Rodhes* (61 N.C. 453; 1868), en el que un hombre estaba acusado de agredir a su esposa: *We will not inflict upon society the greater evil of raising the curtain upon domestic privacy; to punish the lesser evil of trifling violence*, tras haber concluido *that family government is recognized by law as being as complete in itself as the State government is in itself*. Respecto de cómo la construcción del ámbito doméstico privado se ha usado para no perseguir la violencia de género o los abusos a menores en EE. UU., puede verse la bibliografía citada por una autora central para la *feminist legal theory* como es Frances Olsen en «Constitutional Law: feminist critiques...», *op. cit.*, pág. 321.

hombres, permite abrir persianas, cortinas y poner el foco en muchos espacios que no habían sido iluminados por las *luces* igualitarias de la Ilustración.⁴²

Lo relevante para intervenir en tales espacios es la existencia de relaciones de desigualdad lesivas de derechos fundamentales, como puede suceder con la violencia de género. En este ejemplo, las conductas en presencia no parecen quedar amparadas, *a priori*, bajo ningún derecho fundamental. El derecho a la intimidad no da cobertura a la pretensión de que la comisión de un delito o una lesión a un derecho se traten como una información reservada, protegida frente al conocimiento ajeno. Creo que es más complejo afirmar la legitimidad de la injerencia en la esfera privada de autonomía respecto de comportamientos y actitudes de la propia persona, incluso si estas pueden ser percibidas como símbolos -mensajes- contrarios al principio de igualdad, puesto que en este caso nos encontramos, al menos *prima facie*, ante conductas amparadas por uno o varios derechos. Volvéré sobre esta idea en páginas posteriores.

La reivindicación del espacio privado/autónomo desde los feminismos puede ser vista como algo especialmente relevante si se comparte la paradoja según la cual «aquello de lo cual están más privadas las mujeres es de la privacidad», paradoja que no solo enfatiza la distinción entre lo privado y *lo doméstico*, sino que también sirve para denunciar cómo la diferenciación de esferas no generó un ámbito de autodeterminación de las mujeres ni siquiera en el hogar (privado-doméstico), puesto que la ocupación de los espacios no es una cuestión tan solo física, sino también *comportamental*. De manera que las mujeres ocuparon el espacio privado del hogar como «esposas y madres» y no tanto como un espacio de autonomía individual.⁴³ Estas reflexiones sobre la forma de *ocupar* el espacio resultan, a mi juicio, de gran interés para poder realizar un análisis *cualitativo* sobre la ciudadanía de las mujeres, puesto que también se proyectan en el ámbito público, como en parte se verá al hablar del derecho de las mujeres a la ciudad.

Con este hilo conductor, exploraré en primer lugar el espacio público desde su concepción más tradicional: la vía pública, el espacio en sentido físico, y la

⁴² Un ejemplo paradigmático de cómo se han construido y valorizado de manera diferente ambos espacios lo constituye la falta de consideración de las *tareas domésticas* como trabajo en sentido estricto -lo que implica falta de remuneración- y, además -y en gran medida como consecuencia de lo anterior- de relevancia o prestigio social. La mera calificación de estas actividades como «trabajo» podría haber cambiado la consideración del espacio en que se desarrollan como estrictamente privado o íntimo, pues su publicación vendría de la mano del ejercicio de un derecho fundamental. En todo caso, la evidente conexión del desigual reparto de tareas domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres con el desigual acceso al mercado laboral, hace que en los últimos años se haya puesto el acento de las políticas de igualdad en la conciliación y, más recientemente, en la idea de corresponsabilidad. Véase, a modo de ejemplo: María Ángeles Durán, «Los derechos constitucionales de las amas de casa y los trabajadores autónomos», en Teresa Freixes Sanjuán (coord.), *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 495-534; Octavio Salazar Benítez, «La dimensión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14, 2012, págs. 1-39; y Catalina Ruiz-Rico Ruiz, «La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14, 2012, págs. 1-19.

⁴³ Especialmente sugerentes estas reflexiones de Françoise Collin, «Espacio doméstico. Espacio público. Vida privada», en *Ciudad y Mujer* (Actas del Curso: urbanismo y mujer. Nuevas visiones del espacio público y privado), Seminario Permanente «Ciudad y Mujer», 1995, págs. 231-237.

forma en que su creación y regulación pueden afectar a la igualdad. En un segundo momento, apoyándome en una definición funcional del espacio público⁴⁴ -condicionada por su relación con el ejercicio de derechos fundamentales- indagaré en situaciones que, afectando a espacios «privados», deberían verse a mi juicio moduladas por esta idea funcional del espacio público como espacio comunicativo. El objetivo es, por tanto, seguir explorando las vías para una expansión de la eficacia horizontal de la prohibición de discriminación, pero también del derecho a la igualdad. En esencia, la idea es explorar situaciones en las que nos podemos preguntar: ¿qué se puede hacer desde el ámbito público para ayudar a conseguir la igualdad en el ámbito privado? Y también: ¿qué consecuencias para la igualdad en el ámbito público puede tener remover desigualdades en el ámbito privado?

2. Igualdad en el espacio público social

Debido al hecho de que el espacio social está inscripto a la vez en las estructuras espaciales y las estructuras mentales (...) el espacio es uno de los lugares donde se afirma y se ejerce el poder, y sin duda en la forma más sutil, la de la violencia simbólica como violencia inadvertida.

Pierre Bourdieu, «Efectos de lugar», *La miseria del mundo*

Como ya se ha anticipado, este artículo se centra en el espacio público en el sentido de *vía* pública, toda vez que el estudio del espacio público en sentido institucional ha recibido cumplida atención por parte de la doctrina constitucionalista (sin querer decir con ello que su estudio se haya agotado).⁴⁵ Por ello, en este apartado se abordarán en primer lugar las reivindicaciones que en los últimos años han apuntalado el derecho de las mujeres a las ciudades, es decir, a una *vía* pública en la que de manera efectiva se protejan sus libertades individuales (particularmente la integridad física y sexual, aunque no solo), y que, por otro lado, se configure para potenciar al máximo los derechos de participación de las mujeres. En un segundo momento, me centraré en explorar las posibilidades de que *la calle* se transforme en un lugar de aprendizaje para el ejercicio de los derechos.

⁴⁴ Cfr. Francisco Bastida Freijedo, «El concepto de espacio público iusfundamental» (Espacio público y ejercicio de derechos fundamentales), en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público...* *op. cit.*, págs. 13-36.

⁴⁵ Sin ánimo de exhaustividad, pues sería imposible referenciar aquí el *estado del arte*, una referencia imprescindible es la de la profesora Julia Sevilla Merino. Véase por todos, su trabajo *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Valencia, 2004. Véanse asimismo la obra coordinada por Teresa Freixes Sanjuán y Julia Sevilla Merino, *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005; y la monografía de María Macías Jara, *La democracia participativa paritaria: consideraciones al hilo de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Universidad de Córdoba, 2009, entre otros. Un trabajo muy reciente es el de Bernabé Aldeguez Cerdà, *Democracia paritaria y cuotas electorales: El acceso de las mujeres a las instituciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. En sentido crítico, puede verse la monografía de Elviro Aranda Álvarez, *Democracia paritaria. Un estudio crítico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

La referencia al espacio público como espacio social no busca indicar que se trata de un espacio de la sociedad -de encuentro entre *iguales*-; al contrario, se quiere enfatizar que se trata de un ámbito público sujeto al principio de Estado social, en el que los poderes públicos tienen la obligación de intervenir, tal y como señala el art. 9.2 de nuestra Constitución, para remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos fundamentales. Y esta intervención puede darse, a mi juicio, con mayor intensidad precisamente por tratarse de un espacio público y no de uno privado. Ello no obsta a recordar que tal intervención en el espacio público deberá tener presente cuándo el comportamiento de la persona es la proyección exterior (pública) de una libertad individual que pertenece a la esfera de autonomía de la persona. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional afirma sin dudar que «la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado» (STC 7/2014, FJ 4.º), recordando además que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la protección de la vida privada «se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar otros ámbitos de interacción social» (STC 12/2012, FJ 5.º). Si en ciertos ámbitos públicos cabe mantener una cierta expectativa razonable de privacidad, parece en todo punto razonable afirmar la protección frente a injerencias respecto de decisiones que, afectando a la esfera íntima (por ejemplo, vestirse según las propias creencias religiosas) se ven además reforzadas por la dimensión externa de otros derechos fundamentales (la propia libertad religiosa, en el ejemplo usado).⁴⁶

2.1. *El derecho de las mujeres a la ciudad*

Vivo en la ciudad más triste que jamás
un triste urbanista pudo proyectar.
Hay que prender fuego a esta ciudad.
Yo me creía muerto, pero hoy sé que estoy vivo
y que concibo otro lugar.
Saldremos... a exigir que nos devuelvan la ciudad.

Nacho Vegas, *Ciudad vampira*

Dice Pietro Costa que «ser ciudadanos significa pertenecer a una *civitas*: la ciudadanía es la relación de pertenencia a una comunidad política que determina

⁴⁶ Tal vez el razonamiento no resulta claro. Lo que pretendo afirmar es la analogía entre la posibilidad de proteger información íntima respecto del uso que otras personas puedan hacer, y la posibilidad de proteger las decisiones individuales vinculadas con una esfera igualmente íntima, de la pretensión de terceros o del Estado de influir en ellas o limitarlas. Porque la posibilidad de intimidad en el ámbito público no tiene que ver con que no se conozca determinada información íntima (por ejemplo, una relación afectiva), sino con que no pueda ser usado por terceras personas (no ser fotografiado; que no se difunda a través de medios de comunicación). De la misma manera, el hecho de proyectar en el espacio público una determinada creencia religiosa no debería dar pie, *a priori*, a entender que por el hecho de estar en un ámbito público la posibilidad de restringir tales expresiones es mayor basándose en la idea de que la religión es una faceta individual que pertenece al ámbito privado.

la identidad política de sus miembros, les atribuye deberes y derechos, establece las formas de obediencia y participación, y dicta las reglas de la inclusión y la exclusión». ⁴⁷ La ciudad es considerada por la Carta Europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad, redactada en Saint-Denis en el año 2000, como «el futuro del ser humano», al ser «el espacio de todos los encuentros y, por lo tanto, de todas las posibilidades».

La relación entre la ciudad y las desigualdades de las mujeres en el disfrute de derechos se ha convertido en los últimos años en un relevante ámbito de estudio, ⁴⁸ que guarda una evidente conexión con el objeto de este trabajo. Si «el espacio público ciudadano» es algo más que «el espacio residual entre calles y edificios», si la «historia de la ciudad es la de su espacio público», caracterizado como «espacio físico, simbólico y político», ⁴⁹ parece lógico que, frente a la tradicional exclusión de las mujeres de la esfera pública, los movimientos feministas hayan comenzado a reivindicar el derecho de las mujeres a la ciudad. La reivindicación del reconocimiento del derecho de las mujeres a la ciudad implica, tanto en el análisis como en las soluciones, una serie de conocimientos y reflexiones interdisciplinares entre los que se encuentran principalmente la sociología, la psicología, la arquitectura y el urbanismo (vinculados a los estudios de geografía y antropología). ⁵⁰ Asimismo, para la efectividad de este derecho son relevantes, como parece evidente, tanto la dimensión horizontal de los derechos –respeto a los derechos fundamentales en la convivencia– como la vertical. ⁵¹ El interés por estudiar las ciudades con perspectiva de género ha propiciado un mayor conocimiento sobre los modos en que las mujeres ocupan –o se ven excluidas de– los espacios y los tiempos de la ciudadanía. ⁵² Es muy gráfica la descripción antropológica de una mujer que parecía ir siempre con prisa, «como si su paso por el espacio exterior fuera una cuña temporal que introducía en sus muchas ocupaciones domésticas». ⁵³

⁴⁷ Cfr. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. Vol. 2. L'età delle Rivoluzioni (1789-1848)*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pág. vii.

⁴⁸ A modo de ejemplo véase Inés Sánchez de Madariaga, María Bruquetas Callejo, Javier Ruiz Sánchez: «Una agenda de investigación en España sobre género y urbanismo», *Asparkia*, n.º 21, 2010, págs. 193-197.

⁴⁹ Jordi Borja, Zaida Muxí, *El espacio público, ciudad y ciudadanía*, págs. 7-8, disponible en <http://server2.docfoc.us/uploads/Z2015/11/18/7Cgehhzy6S/ef5e25dfbfd1ae6214f17c9aaf00b3af.pdf> (fecha última consulta: 23 de febrero de 2017).

⁵⁰ De esta diversidad da cuenta la antropóloga Teresa del Valle, recordando un monográfico de *Cabiers du grif* sobre las mujeres y las ciudades, y la apertura de espacios interdisciplinares para reflexionar sobre «la capacidad del espacio para diferenciar y jerarquizar». En *Andamios para una nueva ciudad. Op. cit.*, págs. 27-28. También puede verse: Zaida Muxí Martínez, Roser Casanovas, Adriana Ciocoletto, Marta Fonseca y Blanca Gutiérrez Valdivia, «¿Qué le aporta la perspectiva de género al urbanismo?», *Feminismo/s*, n.º 17, 2011, págs. 105-129.

⁵¹ Un ejemplo del interés de las administraciones por su papel como urbanizadoras con perspectiva de género se encuentra en los diferentes estudios que al respecto han ido encargando. Como botón de muestra: *Urbanismo inclusivo. Las calles tienen género*, actas del Congreso del mismo nombre, editado por el Departamento de Vivienda, obras públicas y transporte del Gobierno Vasco, 2012.

⁵² Reivindicando así los «nuevos sujetos de la arquitectura» a los que alude María-Ángeles Durán, preguntándose «¿Cómo detectar las no-presencias, las negaciones, los olvidos planificados y no casuales?», en *La ciudad compartida. Conocimiento, afecto y uso*. Ediciones Sur, 2008, págs. 20-21.

⁵³ Teresa del Valle, *Andamios para una nueva ciudad. op. cit.*, pág. 54.

En términos generales, se ha constatado que la manera de construir las ciudades –realizada con la exclusión de las mujeres del ámbito de poder político– «tiene correspondencia con la división social y sexual del trabajo».⁵⁴ De esta manera, la organización de los espacios urbanos refleja y refuerza los estereotipos sociales y culturales que asignan a las mujeres los espacios privados –entendidos sobre todo como domésticos– y a los hombres los espacios públicos.⁵⁵ En las ciudades difusas u horizontales, en las que se desarrollan viviendas en zonas de periferia o rurales, se intensifica la división de esferas pública y privada, reduciendo las posibilidades de disfrute de «fuentes de satisfacción» no vinculadas a la casa o la familia,⁵⁶ lo que implica menores posibilidades de participar en la *esfera pública* y, por tanto, de ejercer una ciudadanía más participativa. En este sentido, los principales obstáculos que se han identificado, junto con el hecho de que se generen menos actividades sociales desligadas de los intereses domésticos, tienen que ver con las distancias a las áreas en que tales actividades tienen lugar, la falta de transporte y los condicionantes temporales vinculados a las tareas de cuidado, mayoritariamente asumidas por mujeres. Como es bien sabido, el desequilibrio en el reparto del tiempo entre mujeres y hombres es un factor que sigue plenamente vigente y que afecta también a las ciudades compactas, típicas de los países mediterráneos como el nuestro.⁵⁷

Por el contrario, una variable que parece afectar más la ciudad compacta o vertical, y que tiene impacto de género, es la sensación de inseguridad. Una de las principales reivindicaciones del «derecho de las mujeres a la ciudad» es la exigencia de ciudades seguras desde el punto de vista del derecho a la vida o la integridad física y sexual.⁵⁸ La sensación de inseguridad puede deberse a unas altas tasas de

⁵⁴ Paula Soto Villagrán, «Ciudad, ciudadanía y género. Problemas y paradojas», *Territorios*, 16-17, 2007, pág. 32. En el mismo sentido, el estudio de Inés Sánchez de Madariaga, *Urbanismo con perspectiva de género*, Instituto Andaluz de la Mujer/ Junta de Andalucía, Sevilla, 2004, también pone de relieve «la diversidad de necesidades de las mujeres», toda vez que, como sabemos –pero conviene recordar–, «no son un grupo homogéneo» (p. 19).

⁵⁵ Cfr. Octavio Salazar Benítez, «Espacio público y paz social», en *Revista Paz y conflictos*, n.º 3, 2010, págs. 23-43.

⁵⁶ Cfr. Susan Saegert, «Masculine Cities and Feminine Suburbs: Polarized Ideas, Contradictory Realities», en *Signs*, vol. 5, n.º 3, *Supplement. Women and the American City*. Spring, 1980, pág. 100. Aunque el estudio tiene una cierta antigüedad, y se focaliza en los Estados Unidos de Norteamérica, muchas de sus conclusiones siguen siendo relevantes para reflexionar hoy día sobre la ciudad con perspectiva de género.

⁵⁷ Las estadísticas sobre empleo del tiempo desagregadas por sexo muestran que las mujeres (el 91,9%) dedican una media de 4:29 horas a tareas domésticas y de cuidado, frente a las 2:34 horas de los hombres (el 74,7%), según se deriva de la Encuesta de tiempo del INE, cuyos datos y análisis puede verse actualizados a 2016 en (publicaciones/publicaciones/descarga gratuita/periódicas/hombres y mujeres en España): http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDeTalle¶m3=1259924822888 (última consulta: 18 de febrero de 2017).

⁵⁸ En el ya citado estudio de Susan Saegert, se señala que una de las razones por las que «los urbanitas mostraron insatisfacción respecto de sus casas con mayor frecuencia» fue, a pesar de tratarse de uno de los mejores barrios residenciales de la ciudad de New York, «la sensación de falta de seguridad, sobre todo entre las mujeres» (*op. cit.*, pág. 102. La traducción es mía). Alude Tamar Pitch a la «paradoja del miedo» para señalar el miedo aprendido de las mujeres a las calles y la noche, toda vez que las estadísticas señalan que las mujeres son víctimas en menos ocasiones de los delitos en el ámbito público por comparación con el doméstico. Cfr. «El género de la seguridad urbana», *Masculinidad y vida cotidiana*, Congreso SARE, Instituto Vasco de la Mujer, 2007, pág. 284.

criminalidad que tengan una alta incidencia en delitos específicos contra las mujeres, o también a una percepción psicológica de las mujeres, que les hace identificar las ciudades como lugares peligrosos para ser transitados cuando van solas, particularmente en ciertas zonas y a determinados horarios.⁵⁹ No es difícil reconocer en esta última afirmación, la pervivencia de fuertes estereotipos respecto de lo inadecuado que resulta para las mujeres caminar solas –sin la compañía de un hombre– por la ciudad, especialmente de noche. Baste recordar que en nuestro país, el Tribunal Constitucional tuvo que hacer frente a una cláusula de convenio colectivo que reconocía a las mujeres –y no a los hombres– un plus de transporte nocturno para compensar el hecho de que, debido a «la presunción subjetiva de la peligrosidad del ámbito urbano para las mujeres», no debían volver a casa en transporte público.⁶⁰

Esta situación contribuye al control social de manera intensa y efectiva: el miedo –más o menos real– a sufrir una agresión es un factor obstativo al ejercicio de derechos fundamentales de primer orden,⁶¹ que fácilmente puede conseguir el mismo efecto que otros condicionantes sociales que pueden haber quedado más desfasados, como puede ser la idea de la falta de decencia de la mujer que sale sola de noche. Podría resultar anecdótico si no fuera que las recomendaciones de no transitar por lugares oscuros y solitarios, evitar paradas de autobús solitarias (actualizando así la argumentación rebatida por el Tribunal Constitucional en la sentencia que acaba de citarse), o entrar en un ascensor ocupado por un extraño, destinadas a la «prevención de la violación», fueron realizadas por el Ministerio de Interior.⁶² Más grave aún resultan, a mi juicio, las situaciones de sexismo institu-

Las denuncias por inseguridad ciudadana son una constante en los artículos doctrinales sobre el derecho a la ciudad de autoras de América Latina. Remito de nuevo al interesante artículo de Paula Soto Villagrán previamente citado, en particular págs. 40 y ss. Véanse, además: Virginia Vargas Valente, *Espacio público, seguridad ciudadana y violencia de género: reflexiones a partir de un proceso de debate* (2006-2007), dentro del Programa regional: Ciudades sin violencia hacia las mujeres. Ciudades seguras para todas y todos, Red Mujer y Hábitat de América Latina y el Caribe, Unifem; AA. VV., *Construyendo ciudades seguras. Experiencias de redes de mujeres en América Latina*, op. cit.

⁵⁹ Analiza ambas variables el estudio de Lucía Dammert, «Entre el temor difuso y la realidad de la victimización femenina en América Latina», en Ana Falú y Olga Segovia (eds.), *Ciudades para convivir: sin violencia hacia las mujeres*, Ediciones Sur, 2007, págs. 89-107.

⁶⁰ STC 28/1992, de 9 de marzo.

⁶¹ Hasta el punto de haberse desarrollado indicadores al respecto: Liliana Rainero y Maite Rodigou, «Indicadores urbanos de género. Instrumentos para la gobernabilidad urbana», ponencia presentada en la Mesa: «Espacio y género en el campo y la ciudad latinoamericana» durante el 51.º Congreso Internacional de Americanistas - Santiago de Chile, 14 al 18 de julio de 2003; o el de Luz Marina Lurduy Ortegón, «Formulación de un índice de seguridad urbana para las mujeres», en la obra colectiva *Construyendo ciudades seguras. Experiencias de redes de mujeres en América Latina*, Red Mujer y Hábitat de América Latina, 2011, págs. 85-95.

En el ámbito español, pueden verse los trabajos de María Naredo Molero, «Adecuación de las políticas públicas de seguridad a las necesidades de las mujeres: una cuestión urgente», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2009, págs. 67-77; y «El miedo de las mujeres como instrumento del patriarcado», en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 109, 2010, págs. 79-86.

⁶² Las críticas a este tipo de sugerencias, que trasladan la responsabilidad a las mujeres y actúan como elementos de culpabilización, consiguieron la retirada de estas indicaciones de la web del Ministerio, motivo por el cual actualmente solo pueden rastrearse a través de las noticias de prensa. Véase a modo de ejemplo la información publicada por el ABC (<http://www.abc.es/espana/20140818/abci-decalogo-prevenir-violaciones-201408181641.html>) o por *Público* (<http://www.publico.es/actualidad/consejos-interior-violaciones-llevar-silbato.html>). Fecha de última consulta: 18 de febrero de 2017.

cional que se producen en sede jurisdiccional cuando se aceptan como elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar si hubo o no consentimiento en una denuncia por agresión sexual, el lugar y horario de la agresión, la forma en que iba vestida la mujer o la manera en que se pudiera relacionar con los hombres en general, situaciones todas ellas que sí remiten a los estereotipos según los cuales la calle no es lugar para las mujeres por lo que, las que ocupen lugares no apropiados, deben asumir las consecuencias de desprotección de sus derechos.⁶³

Es fácil deducir que, en cualquiera de estos casos, la consecuencia es la reducción de la movilidad de las mujeres. O mejor aún: la limitación de su derecho a la libertad personal entendida como derecho a deambular libremente por el espacio público. Y esta consecuencia, siendo muy grave en sí misma, no es la única, sino que se proyecta sobre otras esferas vitales –otros derechos fundamentales–⁶⁴ puesto que, como ya se ha mencionado, los derechos están interrelacionados y son interdependientes. La limitación en la movilidad debido a la falta de tiempo,⁶⁵ de transporte, al miedo o la percepción de riesgo, afectará indudablemente a la participación de las mujeres en la esfera pública en sentido amplio (formarse, informarse, debatir, opinar, asociarse, manifestarse...).⁶⁶ Afectará, por tanto, a la cantidad y calidad de su participación democrática. Lo que merma, sin duda, la calidad del principio democrático, por no cumplir satisfactoriamente las exigencias de una democracia participativa paritaria –o, si se prefiere, de una ciudadanía democrática plena.⁶⁷

Los estudios sobre el uso de los espacios por las mujeres ponen igualmente de relieve cómo la falta de perspectiva de género en el diseño urbanístico afecta a otras facetas de la vida de las personas. Como ejemplos, la decisión de construir

⁶³ Véase una referencia genérica en Isabel Cristina Jaramillo, «La crítica feminista al derecho», *op. cit.*, pág. 122. Joanne Entwistle, en *El cuerpo y la moda*, Paidós, Barcelona, 2002, reflexiona sobre cómo «los discursos sobre la sexualidad femenina y el aspecto de la mujer» se han permeado al ámbito jurídico, cobrando relevancia en asuntos relativos a las agresiones sexuales (págs. 29-30).

⁶⁴ A modo de ejemplo: Pilar Navarro Rivas, «Influencia de la ciudad en la salud de las mujeres», en *Ciudad y Mujer*, *op. cit.*, págs. 211-213.

⁶⁵ Respetto de la relación entre las variables de espacio y tiempo y la «geografía del tiempo» con perspectiva de género, véase: María Ángeles Díaz Muñoz, «El espacio-tiempo cotidiano», en *Ciudad y Mujer*, *op. cit.*, págs. 107-117.

⁶⁶ Cfr. Shelley Buckingham, «Análisis del derecho a la ciudad desde una perspectiva de género», *Revista de Derechos humanos*, n.º 4, abril 2011, págs. 6-11.

⁶⁷ El término de democracia paritaria se ha consolidado, tanto en los textos internacionales –a partir de la Declaración de Atenas de 1992– como en la doctrina, referido sobre todo a la democracia representativa y a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las instituciones de toma de decisiones políticas. Ello no obsta, sin embargo, a una concepción amplia de la democracia paritaria como participación efectiva en la *esfera pública* y en la formación de una opinión pública libre; así como a la consideración de que una sociedad en la que las mujeres no tienen las mismas oportunidades de disfrutar de cualquiera de sus derechos es, en términos generales, una sociedad menos democrática. Letizia Gianformaggio habla de la «dimensión horizontal de la política» para referirse a la participación de las mujeres en el espacio público, como sujetos políticos. Véase su trabajo «Soggettività politica delle donne...», *op. cit.*, pág. 165. Sobre el disfrute de los derechos en la ciudad, cfr. Ana Milena Montoya Ruiz, «Seguridad humana para las mujeres en las ciudades: reflexiones para políticas públicas urbanas con enfoque de género», *Revista Estudios socio-jurídicos*, 2013, 15 (1), págs. 115-137. En general, sobre la proyección de democracia paritaria en los ámbitos económicos, sociales y políticos, Octavio Salazar Benítez, «Género, poder y ciudadanía», en Itziar Gómez Fernández (ed.), *Revisar el pacto constituyente...*, *op. cit.*, págs. 58-74.

espacios deportivos que primen los practicados mayoritariamente por hombres o la falta de espacios «de socialización» tradicionales.⁶⁸ Asimismo, otras contribuciones apuntan a la potencialidad de la planificación urbanística a la hora de ayudar a superar estereotipos: por ejemplo, diseñando *campus* universitarios donde se mezclen las carreras feminizadas y las masculinizadas.⁶⁹

Todas estas cuestiones se ven reflejadas en diversas declaraciones que avanzan en la idea del *derecho* de las mujeres a la ciudad, un derecho a tener derechos que se desgrana o proyecta, como se ha visto, en el ámbito político, social, cultural,⁷⁰ económico... Así lo reflejan, por ejemplo, la *Carta Europea de las Mujeres en la Ciudad* (1995), y la *Carta por el derecho de las mujeres a la ciudad*, presentada en el contexto del Foro Mundial de las Culturas celebrado en Barcelona en el año 2004.

2.2. El espacio público como espacio de (des)encuentros

Un espacio que no puede definirse
ni como espacio de identidad
ni como relacional ni como histórico,
definirá un no-lugar

Marc Augé, *Los no-lugares. Espacios del anonimato*.

Siendo indiscutible la incidencia del diseño y la planificación urbanística de las ciudades para el pleno disfrute de la ciudadanía en condiciones de igualdad, cabe hacer una breve reflexión relativa al papel del espacio público como *escenario* del ejercicio de los derechos fundamentales. La idea que vertebra las siguientes reflexiones parte de considerar que la configuración del espacio público como un lugar en el que es posible proyectar las identidades personales –sin relegar su expresión, por tanto, al ámbito privado– lo convierte en una *atalaya* privilegiada para conocer y combatir las desigualdades reales.

⁶⁸ Respecto de la incorporación de la perspectiva de género en la planificación urbanística, *cfr.* entre otros: Zaida Muxí Martínez y Adriana Ciocoloetto, «La ley de barrios en Cataluña: la perspectiva de género como herramienta de planificación», en *Feminismo/s*, n.º 17, 2011, págs. 131-153. Respecto de los espacios de ocio/deportivos, junto al ejemplo más típico de las pistas de fútbol, Teresa del Valle menciona cómo de las pistas municipales de *skate* están casi siempre ausentes las chicas, y cuando están, lo hacen en calidad de admiradoras de los chicos. *Cfr. Andamios para una nueva ciudad. op. cit.*, pág. 93.

⁶⁹ Eva Espinar Ruiz, José Antonio Ríos Hernando, *Producción del espacio y desigualdades de género. El ejemplo del Campus universitario de Alicante*, Centro de Estudios sobre la Mujer, Universidad de Alicante, 2002.

⁷⁰ Se ocupa de la exclusión de las mujeres del espacio público festivo el trabajo de Manuel Alcaraz Ramos, «Constitución, tradición y fiestas: la igualdad de las mujeres en el espacio público festivo», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 28, 2015, págs. 137-160. Espacio festivo al que considera «un punto de intersección entre lo considerado doméstico y lo social» (p. 137). La fiesta «redefine y confirma roles y expectativas, informa a cada cual y a los demás de su papel en la sociedad y (...) es un factor simbólico esencia de inclusión o de exclusión» (p. 148).

Este punto de vista subraya la dimensión *funcional* en la conceptualización del espacio público. En este sentido, una concepción *iusfundamental* del espacio público⁷¹ tiene un contenido más prescriptivo que descriptivo: «público y privado son usados más como reivindicaciones normativas acerca de cómo debe ser regulada una cuestión, que como meras descripciones sobre la naturaleza de tal asunto».⁷²

La concepción *iusfundamental* del espacio público tendrá más peso en el siguiente epígrafe, puesto que la presencia de derechos fundamentales será el eje sobre el que pivotará la defensa de la *publificación* de esferas privadas. Sin embargo, determinar si en la vía pública estamos en presencia de derechos fundamentales, y si su ejercicio se ve afectado por situaciones de desigualdad o discriminación es, a mi juicio, igualmente relevante. Puede parecer indiscutible que en los lugares de titularidad pública nos encontramos, sí o sí, en el *espacio público*. Sin embargo, hay que recordar que: 1) no toda conducta que se desarrolle en el ámbito público –ni privado– necesariamente forma parte de un derecho fundamental, y 2) en la vía pública también hay *espacio* para desarrollar comportamientos privados, en el sentido de ámbitos de decisión individual libres de heteronormatividad. Por tanto, ni cabe yuxtaponer sin más la perspectiva *iusfundamental* del espacio con la que deriva de la mera titularidad pública del espacio; ni tampoco cabe afirmar que al tratarse de un espacio público quedan excluidas sin más –o sujetas a mayores restricciones– aquellas facetas del individuo que remiten a componentes de su *ciudadanía íntima*.⁷³

2.2.1. La proyección de la identidad personal en el ámbito público: presupuestos para conocer la desigualdad «real»

¡Towanda!
Tomates Verdes Fritos

Esta última reflexión entronca con algunos de los desarrollos más recientes en los debates sobre ciudadanía, en los que las demandas de reconocimiento no tienen por objeto tan solo derechos, sino también identidades. Estas demandas de reconocimiento cobran sentido a la luz de las críticas al universalismo sobre el que se construyó la ciudadanía en el tránsito al Estado moderno, y a las que ya me he referido brevemente (desde la perspectiva de la ciudadanía feminista, que no es –como puede suponerse– la única).⁷⁴ La falacia de la universalidad no solo

⁷¹ Respecto del concepto de espacio público *iusfundamental*, *cfr*: Francisco Bastida Freijedo, «El concepto de espacio público *iusfundamental*...», *op. cit.*

⁷² Frances Olsen, «Constitutional Law: feminist critiques...», *op. cit.*, pág. 319.

⁷³ Por usar una categoría –bastante expresiva– del sociólogo Ken Plummer que ha alcanzado cierto grado de aceptación. *Cfr*: *Intimate citizenship*..., *op. cit.*

⁷⁴ Señala Raquel (Lucas) Platero al menos otras cuatro perspectivas que se han ido construyendo: la ciudadanía íntima (a la que acabo de referirme en la nota anterior), la sexual, la intersexual y la teoría de los cuerpos ciudadanos. *Cfr*: *La interseccionalidad en las políticas públicas sobre la ciudadanía íntima: los discursos y la agenda política española (1995-2012)*. Tesis doctoral, UNED, 2013, págs. 29-30.

generó *no ciudadanos* y *no derechos*, por retomar la metáfora de los *no lugares* de Augé,⁷⁵ sino que normativizó muchos aspectos de la identidad personal. La ruptura con la supuesta neutralidad del sujeto «universal», la negación de la homogeneidad del titular de la soberanía –pueblo o nación que ostenta y ejerce el poder político– y la eclosión de formas de vida que desafían la normatividad social y jurídica, no podían dejar de exigir un reconocimiento por parte del Estado que confirme la evidencia negada históricamente: todas las personas, en su unicidad, son diferentes unas de otras. Charles Taylor, explicando la relevancia del pensamiento de Johann Gottlob Herder en la comprensión de que cada persona tiene «su medida», lo expresa con hermosas palabras: «Hay cierto modo de ser humano que es *mi* modo. He sido llamado a vivir mi vida de esta manera, y no para imitar la vida de ningún otro. (...) Cada una de nuestras voces tiene algo único que decir».⁷⁶ Por eso existe un mandato constitucional de igualdad: porque todas nuestras diferencias son iguales en dignidad.⁷⁷ «Y que esto no sorprenda. Que *diferencia* e *identidad* son más o menos la misma cosa es, en efecto, bastante obvio», de manera que el valor jurídico de la igualdad no debe ser interpretada como *sameness*, sino como tutela jurídica de la *identidad personal*.⁷⁸

Y su exposición en el espacio público no puede considerarse secundaria o accidental si se comprende la identidad *moderna* –el libre desarrollo de la personalidad– como necesitada de un proceso dialógico –individual y grupal– que, por tanto, implica reconocimiento social.⁷⁹

Así pues, si la abstracción de las diferencias fue el modo de combatir históricamente los regímenes feudales basados en los privilegios, su actual *exhibición* en el ámbito público –lo que implica la exigencia de reconocimiento–, parece ser la forma de superar la homologación de las personas realizada a partir de las experiencias del sujeto privilegiado.⁸⁰ Negar la expresión de aquellos rasgos de identidad históricamente *subordiscriminados* supone, con ojos contemporáneos, seguir negando la ciudadanía a quienes los poseen, si se comparte la consideración de que el disfrute pleno de los derechos de ciudadanía es expresión de la pertenencia del individuo a la comunidad.⁸¹ La afirmación de un concepto moderno

⁷⁵ Los «no lugares». *Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 1993.

⁷⁶ Charles Taylor, *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993 (reimp. 2001), pág. 50. La cursiva es del propio texto.

⁷⁷ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006; véase en particular el capítulo 3 (Igualdad y diferencia), págs. 73-96.

⁷⁸ Letizia Gianformaggio, «L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto», en *Eguaglianza, donne, diritto*, *op. cit.*, págs. 85-105. La cita literal se encuentra en la pág. 91. La traducción es mía y la cursiva de la autora.

⁷⁹ Charles Taylor, *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, *op. cit.*, págs. 52-53.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ La definición es de T. H. Marshall, y apela a la existencia de una «igualdad humana básica». Véase T. H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza editorial, Madrid, 1998, págs. 20-21. Esta definición cobra pleno sentido a la luz de una comprensión contemporánea de la ciudadanía desvinculada de la nacionalidad. En este sentido, cfr. Benito Aláez Corral, «Ciudadanía democrática y límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público», en la obra colectiva coordinada por el mismo autor *Complejidad del espacio público...*, *op. cit.*, pág. 44 (donde se hace referencia a la definición de Marshall). Respecto del vínculo entre nacionalidad y ciudadanía, véase igualmente Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

de identidad genera un cambio profundo en la manera de concebir el principio de ciudadanía igualitaria, transitando desde las políticas de igualdad a la política del reconocimiento de las diferencias, como instrumento para hacer efectivo el mismo principio: el reconocimiento igualitario.⁸²

De esta manera, un Estado que aliente a las personas a no ocultar en la esfera pública la manera en que se construye libremente su personalidad a partir del ejercicio de libertades fundamentales (igualdad de sexos, orientación sexual, identidad sexual, etnia, religión, etcétera), tendrá más y mejores ocasiones para percibir las desigualdades que perviven en la normatividad social, política o económica y, en consecuencia, un mejor conocimiento para activar las políticas públicas en favor de una igualdad real que, por mandato constitucional en los Estados sociales, está obligado a implementar.⁸³ Esta idea cobra pleno sentido a la luz de una *sociología de las historias* personales interesada en explorar el papel que desempeñan tanto en lo social como en el proceso político.⁸⁴ En otras palabras, no se trata solo de historias personales, puesto que se generan «discursos sobre ciertos problemas sociales, de forma que algunas cuestiones privadas eran ya parte de las narraciones colectivas».⁸⁵ La protección de la exposición pública de la diferencia tiene relevancia constitucional no solo en su dimensión individual –como expresión del libre desarrollo de la personalidad y de los derechos fundamentales que puedan verse implicados– sino también social, al permitir visibilizar los prejuicios y estigmas portadores de desigualdad que, en su caso, puedan vehicular los rasgos de identidad personal. Puede decirse que se trata de un «espacio de *privacidad compartida* que hace posible la conversión de intereses privados en cuestiones de debate en la esfera pública».⁸⁶

De nuevo, lo personal es político, y la desigualdad presente en las relaciones entre particulares no debe buscarse solo en los ámbitos privados –señaladamente el familiar y el laboral– sino también en los públicos. Si la prohibición de ocultación del rostro genera el riesgo de una mayor reclusión de las mujeres, ¿cómo percibiremos y haremos frente a esa desigualdad que se pretende combatir a través de la prohibición? ¿O si se oculta una cierta identificación cultural, o una orientación sexual? La *disimulación* no voluntaria –ya derive de una prohibición legal, como en el caso del velo integral; o de la inseguridad ante la eventualidad de sufrir una agresión– de aquella parte de la identidad personal que pueda resultar polémica por no ser socialmente normativa, no solo debe ser examinada con atención por

⁸² Cfr. Charles Taylor, *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, *op. cit.*, págs. 59-63.

⁸³ Lo contrario podría encajar en la idea de una mayor cesura «de la capacidad cognitiva del sistema jurídico respecto de su entorno social», en palabras de Benito Aláez, «*Ciudadanía democrática...*», *op. cit.*, pág. 50, quien se está refiriendo a los esquemas culturales insitos en las cláusulas de intangibilidad que existen en otros Estados constitucionales.

⁸⁴ Ken Plummer, *Telling Sexual Stories. Power, Change and Social Worlds*, Routledge, London & New York, 1995, pág. 19. Este autor se pregunta «de qué manera pueden las historias realizar funciones de conservación de los órdenes dominantes», pero también «de qué modo pueden ser usadas para resistir y transformar vidas y culturas» (p. 25).

⁸⁵ Raquel (Lucas) Platero, *La interseccionalidad en las políticas públicas...* *op. cit.*, pág. 45.

⁸⁶ Benjamín Tejerina, «Movimientos sociales, espacio público y ciudadanía: los caminos de la utopía», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 72, 2005, pág. 81.

si pudiera resultar vulneradora de derechos individuales, sino que resulta problemática en lo que tiene de ocultación de los conflictos que pueden existir entre la ciudadanía. Es importante tener en cuenta que «nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de este; (...) un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño... si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento... puede ser una forma de opresión».⁸⁷

2.2.1. El espacio público como lugar de aprendizaje de los derechos y las libertades

El espacio público, «orientado al cumplimiento de una función democrática que le da su principal sentido» se muestra, por tanto, como el escenario natural de los conflictos derivados de un ejercicio multicultural de los derechos y libertades fundamentales, vinculado al pluralismo democrático.⁸⁸

En los casos en los que varios derechos fundamentales entren en conflicto, el poder público está llamado a desarrollar una labor cuyo papel «no es eliminar la causa de tensión eliminando el pluralismo, sino el de asegurar que los grupos opuestos se toleren», lo que no se corresponde con la «supremacía constante de la opinión de una mayoría, sino que exige un equilibrio que asegure un trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evite cualquier abuso de posición dominante».⁸⁹

Esta sugerente idea de considerar que lo mejor que puede hacer un Estado democrático no es ocultar los conflictos confinándolos al espacio privado, sino realizar una labor de mediación, convierte al espacio público en una *escuela* para el aprendizaje de los derechos fundamentales.

Así como se ha señalado la continuidad que existe entre la idea de una democracia paritaria (en lo institucional) respecto de los primeros movimientos feministas de *sufragistas*, podríamos considerar que esta concepción del espacio público como ámbito de aprendizaje entronca con las experiencias, centrales en los feminismos de los años 70 y 80, de los grupos de *conscious-raising* (o autoconciencia), en el sentido de que convierten la experiencia individual en social y política (presente también en la idea de ciudadanía íntima ya vista).⁹⁰

⁸⁷ Son riesgos que se plantea Charles Taylor, *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, *op. cit.*, págs. 43-44.

⁸⁸ *Cfr.* Benito Aláez, «*Ciudadanía democrática...*», *op. cit.*, pág. 65.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de noviembre de 2005, *Affaire Leyla Sabín c. Turquía*, parágrafo 107. A estas reflexiones alude de manera expresa la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2014, que revisó varias ordenanzas del Ayuntamiento de Lleida que restringían el uso del velo integral en determinados espacios públicos, y que será analizada en páginas posteriores. No se me escapa que, a pesar de esta doctrina sobre el papel del poder público en escenarios de conflictos multiculturales, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado por buena la prohibición generalizada de ocultación del rostro establecida por la Ley francesa n.º 2010-1192, en su Sentencia *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014. Al respecto, puede verse el citado trabajo de José Ramón Polo Sabau: «La prohibición del velo islámico integral...», *op. cit.*

⁹⁰ Si bien puede resultar anecdótico, me parece muy poderosa la imagen de transformación de una de las protagonistas de la película *Tomates verdes fritos*. El relato de lucha de una anciana

Reflexionar sobre las situaciones de conflictividad de derechos en el ámbito público significa, desde el punto de vista constitucional, plantearse cuáles son los límites a las restricciones que el ordenamiento jurídico puede imponer al ejercicio individual de los derechos fundamentales. Como ya se indicó en páginas anteriores, al reflexionar sobre la cuestión de la igualdad en el espacio público resulta casi imposible no detenerse en la polémica suscitada por la utilización de los diversos tipos de velo islámico y, en particular en nuestro Estado, por el posible uso de un velo integral. Dejo a un lado los conflictos suscitados por alumnas musulmanas en varios centros de enseñanza por entender que, si bien estamos en presencia de espacio público, el derecho a la educación mediatiza su análisis de manera diferente al que es correcto realizar en un espacio público no funcionalizado al servicio de la educación.

Como es bien sabido, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de establecer una prohibición generalizada de utilización de un velo integral en diversos espacios públicos municipales, con ocasión de la fiscalización de varias ordenanzas municipales aprobadas por el Ayuntamiento de Lleida. Ciertamente, la prohibición no incluía la vía pública –algo que sí hace la citada Ley francesa 2010-1192–, sino el acceso y permanencia a los centros cívicos y al archivo municipal.⁹¹ Como es igualmente conocido, la Sentencia del Tribunal Supremo que resuelve el caso no se pronuncia de manera frontalmente directa sobre la posibilidad de efectuar una restricción generalizada de tal calibre, puesto que declara la nulidad de la ordenanza de convivencia que había propiciado las reformas que limitaban el uso del velo integral al apreciar la falta de cobertura legal para adoptar tales restricciones por parte del Ayuntamiento.⁹² Sin embargo, de las múltiples consideraciones que realiza el Tribunal Supremo se desprenden suficientes afirmaciones que nos permiten reflexionar sobre este supuesto de manera hipotética, y hacerlo a la luz de la caracterización del espacio público como un lugar para el aprendizaje de los derechos.

Es relevante destacar, en primer lugar, cómo el Tribunal Supremo reconoce, en el caso que nos ocupa, cómo la decisión de portar un determinado atuendo forma parte de esa esfera de libertad personal que se corresponde con la esfera de decisión privada a la que me he referido con anterioridad, sin que el Estado –ni el Tribunal– deba inmiscuirse «en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa» a efectos de determinar si existe la obligación de usar tal

frente a la violencia de género lleva a dicha protagonista a acudir a un grupo de *conscious-raising*, y su *empoderamiento* (por usar terminología actual) a través de la dinámica grupal le lleva a un cambio en los aspectos más íntimos pero también a una mayor afirmación de sí misma en el ámbito público (o «casi-público», puesto que la escena a la que aludo se desarrolla en el aparcamiento de un centro comercial; y como dato curioso: afirma el espacio propio frente a otras mujeres, eso sí, más jóvenes). A esta película, y a este empoderamiento, hace referencia la expresión *Towanda* usada como cita inicial.

⁹¹ Dejo al margen la cuestión relativa a la necesidad de identificación para utilizar tarjetas de tarifa social o precio reducido en el servicio de transportes de Lleida, toda vez que no planteaba un problema similar –prohibición de acceder o permanecer ocultando el rostro– sino el de la posibilidad de exigir identificación. Esta diferencia queda perfectamente reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo, puesto que es el único supuesto en el que no anula la exigencia de descubrir el rostro.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho Décimo.

vestimenta en las «fuentes auténticas de la religión». Esfera de *agere licere*, «con plena inmunidad de coacción del Estado *o de cualesquiera grupos sociales*». Eficacia vertical y eficacia horizontal de la libertad religiosa, cuya fuerza expansiva –propia de todo derecho fundamental– restringe las eventuales limitaciones al derecho, haciendo que los límites «hayan de ser interpretados con criterios restrictivos» (fundamento de derecho noveno, citando al Tribunal Constitucional).

El Tribunal descarta que los límites de orden público puedan justificar la restricción impuesta por el Ayuntamiento. No acepta que exista base sociológica para afirmar una perturbación de la tranquilidad, en la cultura occidental, por el hecho de ocultar el rostro; y cuando se plantea –a modo de hipótesis– que realmente pudiera darse, entiende que el art. 9.2 de la Constitución obliga al Ayuntamiento a transitar por otros caminos a los que ya me he referido, y que en ningún caso pasan por «eliminar la causa de tensión eliminando el pluralismo».

En segundo lugar, se rechaza que en este caso existan otros límites lógicos –derivados de la coexistencia con los derechos fundamentales de terceras personas– que justifiquen la restricción. Y lo que es más relevante, el derecho que sí está presente de manera indubitada es el de la mujer, sin que se acepte la argumentación de que la finalidad constitucional de la protección de derechos ajenos también sirve para proteger otros derechos de la propia mujer, como podría ser el de la igualdad entre mujeres y hombres, que se entendería vulnerado al considerar el velo integral y sus variantes como un signo inequívoco de subordinación de las mujeres a los hombres. De esta manera, se rechazan soluciones que podrían encajar en la categoría de paternalismo jurídico: limitaciones de la libertad de un sujeto impuestas para protegerle de sí mismo frente a un mal uso de su libertad. Una última consideración del Tribunal Supremo engarza con la idea de que el espacio público puede ser un lugar en el que se remuevan las desigualdades: recuerda el Tribunal cómo la doctrina ha señalado el riesgo de que las prohibiciones generalizadas de uso de velo integral en los espacios públicos pueden contribuir más a aquilatar la falta de integración social de las mujeres, que podrían optar por recluirse en los espacios domésticos. La prohibición puede operar entonces en contra de la posibilidad de alcanzar mayores cotas de autonomía e igualdad por parte de las mujeres, al cortocircuitar la posibilidad de entrelazar relaciones sociales en el ámbito público, participar del ejercicio de otros derechos fundamentales (como el de reunión), e incluso, de manera más difusa, reduce las posibilidades de relativizar la propia utilización de un velo integral por contacto con otros usos de la libertad religiosa y de la propia imagen realizados por otras mujeres.

Se ha intentado dar una última vuelta de tuerca a esta cuestión denunciando que aquí no nos encontraríamos realmente ante un ejercicio *libre* del derecho fundamental, sino dominado por una presión social y familiar que, al encontrarse las mujeres en una posición subordinada, no podrían resistir. En los estudios de género, el debate relativo al velo islámico ha sido intenso, y voces autorizadas como Amelia Valcárcel han señalado que no se dan las características generales de libertad que permitirían aceptar un uso de la autonomía individual para un ejercicio anti-igualitario de los derechos, equiparable –añado– al que podrían hacer las mujeres en sus prácticas *occidentales* (sometimiento a cirugía estética,

imagen de la mujer como objeto sexual, etcétera). En cierta medida, podría ser lo que *-mutatis mutandis-* se exige en los estudios sobre multiculturalismo al hablar de la posibilidad de *entrada y salida* de los individuos respecto del grupo, al objeto de analizar si es o no legítima la decisión de un ordenamiento de un reconocimiento multicultural de los derechos.⁹³

Creo, sin embargo, que no nos encontramos ante el problema del reconocimiento de un derecho *del grupo* (en este caso, la población musulmana), sino del individuo. Hay una diferencia fundamental, y es que en el debate sobre el uso de simbología religiosa por parte de las mujeres musulmanas no se está planteando que haya ninguna atribución de jurisdicción a la *comunidad* islámica. De esta manera, el uso del velo islámico no respondería tanto a un modelo multicultural de sociedad –que precisamente por reconocer subjetividad a la comunidad puede permitir o legitimar la existencia de desigualdades en su seno–, cuanto de un ejercicio multicultural de derechos individuales, es decir, un derecho individual que ampara una práctica inexistente en la cultura de acogida, y que es vista de manera polémica por esta.

Por ello, las características generales de libertad a tener en cuenta deberían ser las de la sociedad de acogida, y no las del país de origen o las que se imputen a una determinada comunidad. El punto central es si se puede negar la legitimidad de la voluntad de las mujeres que afirman llevar el velo libremente. Es evidente que, si media coacción, no hay nada que discutir, algo que se encarga de recordar el Tribunal Supremo en la sentencia de 2013 analizada, al reprocharle al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que su afirmación relativa a que es irrelevante si el uso del velo integral es voluntario o no (fundamento de derecho décimo). La declaración de uso voluntario no puede obviarse, en una sociedad democrática de derecho que pone a disposición del individuo mecanismos de protección frente a una eventual imposición coactiva por parte de familiares u otros miembros de la sociedad. Incluso si se aceptara una lectura unívoca de este tipo de símbolos religiosos –algo que está lejos de ser pacífico, por lo demás–,⁹⁴ lo más a lo que deberíamos convenir es a la falta de autonomía plena en el ejercicio de la libertad religiosa y la propia imagen de acuerdo con el *standard* occidental. Pero aceptar esta hipótesis no permite colegir, a mi juicio, la posibilidad de que ese supuesto déficit pueda ser cubierto de manera heterónoma a través de determinadas prohibiciones que tengan por finalidad proteger a la mujer. Si bien la libertad religiosa es un derecho de los que admite un complemento heterónomo durante la minoría de edad, el fundamento constitucional de la dignidad personal impide aceptar su legitimidad a partir de la mayoría de edad. De nuevo puede re-

⁹³ Amelia Valcárcel avisa de los riesgos de la unión entre feminismo y multiculturalismo en *Feminismo en el mundo global, op. cit.*, págs. 298-316. En cuanto al conflicto entre derechos individuales y colectivos, *cfr.* Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995, particularmente el capítulo 3 (págs. 35-48).

⁹⁴ Véanse por ejemplo las reflexiones de Christine Delphy sobre el debate por el *biyab* en Francia: «las mujeres jóvenes usan el *bijab* por todo tipo de razones; también como signo de resistencia al racismo francés». «Género, raza y racismo: la prohibición del velo islámico (*bijab*) en Francia», en Daniela Heim, Encarna Bodelón (eds.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Universitat Autònoma de Barcelona. Grupo Antígona, págs. 59-76.

sultar útil distinguir las situaciones en las que hay una relación de poder que lesiona otros derechos fundamentales, o si se trata de actitudes –más o menos (in)conscientes– que puedan considerarse poco compatibles con el principio de igualdad entre sexos, pero amparadas por los derechos fundamentales. Lo contrario, a mi juicio, supondría entender que el valor «igualdad», afirmado en una determinada sociedad –incluso a nivel constitucional– se impondría por encima de los derechos individuales, solución que no parece la interpretación constitucionalmente más adecuada para los sistemas constitucionales europeos.⁹⁵ Menos aún en el caso español, ejemplo de democracia procedimental en la que no existen cláusulas de intangibilidad a la reforma constitucional, lo que determina que, en líneas generales, los derechos fundamentales no impongan a sus titulares ejercerlos con ninguna finalidad concreta.

Aunque en otras circunstancias de tiempo y entorno cultural, el debate sobre si hay libre elección realmente por parte de las mujeres musulmanas que deciden llevar el velo integral en Estados democráticos recuerda al debate constituyente de la II República relativo a si, efectivamente, las mujeres votarían en libertad de conciencia de reconocérseles el derecho de sufragio. También en ese caso se dieron posiciones que, situadas sin duda a favor de la igualdad de derechos de las mujeres, consideraron que no se daban las garantías suficientes como para aceptar que el voto fuera libre y no fruto de una imposición, más o menos directa, de sus familiares –maridos– o de la sociedad –la Iglesia–. Creo que aquí también son válidas las palabras de Clara Campoamor en la que, recordando a Humboldt, señalaba que «la única forma de madurarse para el ejercicio de la libertad y de hacerla accesible a todos, es caminar dentro de ella».⁹⁶

Una parte de las consideraciones realizadas en esta Sentencia –y, por tanto, de mis reflexiones que la acompañan– podría entenderse modificada a la luz de la citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S.A. S. c. Francia. En ella, como se ha avanzado, el Tribunal validó la prohibición general impuesta por la ley francesa, al aceptar que, dentro de la garantía de las «exigencias mínimas de la vida en sociedad» –que puede formar parte de la protección de los derechos de los demás–, se encuentre la exigencia de no ocultar el rostro de manera voluntaria y sistemática, puesto que tal comportamiento puede ser considerado legítimamente por el Estado francés como opuesto a los ideales de fraternidad y de civismo mínimo (parágrafo 141).

3. Igualdad y publicación de espacios

El epígrafe anterior se ha centrado sobre todo en el análisis de ciertos conflictos situados en el espacio público, caracterizado en su concepción más tradicional por

⁹⁵ Cfr. Francisco J. Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Ángel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 71-80.

⁹⁶ Clara Campoamor, discurso ante las Cortes Constituyentes en el debate sobre el art. 34 de la Constitución de 1931. En Paloma Durán y Lalaguna, *El voto femenino en España*, Asamblea de Madrid, 2007, pág. 41.

la titularidad del espacio. Se ha insistido, en primer lugar, en la centralidad de los espacios públicos como lugares para el ejercicio de los derechos fundamentales, y en la gran responsabilidad de los poderes públicos en la configuración de dicho espacio, asistido por disciplinas como la antropología, la geografía y el urbanismo. En segundo lugar, se ha defendido la existencia de espacios de autonomía en la vía pública conectados al ejercicio de derechos fundamentales, que pueden expresar incluso creencias contrarias a los principios de igualdad y convivencia, resultando sumamente complejo –bajo mi punto de vista– argumentar su prohibición.

En este apartado, por el contrario, me centraré en analizar el espacio desde un punto de vista funcional, en el sentido indicado al inicio de este trabajo, de manera que me permita reflexionar sobre la (des)igualdad por razón de género que se puede producir en ámbitos que, pese a no ser de titularidad pública, debido a su configuración, no parecen encajar tampoco en la idea de una propiedad estrictamente privada. Uno de esos rasgos es el que está presente en los establecimientos comerciales abiertos al público en general, donde si bien la propiedad es privada, su uso no tiene sentido sin la potencialidad de que *cualquier* persona pueda acceder a dicho espacio. Asimismo, la actual configuración de nuestras sociedades como sociedades de consumo, hacen que en general los establecimientos comerciales tengan significados que van más allá del mero intercambio económico. He utilizado la expresión *semi-públicos* para referirme a estos espacios; en el ámbito anglosajón es habitual hablar de *quasi public spaces*.⁹⁷

El segundo de estos espacios es el de la publicidad comercial. Si bien su origen se enmarca en una actividad privada y, en tanto que orientada a convencer a otras personas de adquirir un determinado bien o servicio –por tanto, a realizar un contrato– podría entenderse que es un acto puramente privado, el hecho de que se trate de un acto de *comunicación* provoca, a mi juicio, que se inserte en un espacio de interacción que lo *publifca*, a semejanza de lo que sucede con las opiniones vertidas en los medios de comunicación, al margen de si estos son de titularidad privada o no. Al igual que en el supuesto anterior, el acto publicitario no tendría sentido si no es como acto destinado al público.

De esta manera, es común a ambos temas la importancia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que en este caso se ha de ver mediatizada por el hecho de que, si bien se trata de relaciones entre particulares, las acciones se desarrollan en espacios que pueden ser considerados semi-públicos por el hecho de estar dirigidos a un público no predeterminado *a priori* de manera individualizada.

3.1. *El derecho a la igualdad y la no discriminación en los espacios semi-públicos o abiertos al público en general*

Como ya se ha indicado previamente, el marco de las relaciones privadas se ha considerado durante mucho tiempo como un ámbito (casi) exento de poder

⁹⁷ Cfr. Kevin Gray, Susan Francis Gray. «Civil rights, civil wrongs and quasi-public space», *European Human Rights Law Review*, vol. 4 (1999), págs. 46-102.

público, un espacio regido por la autonomía de la voluntad. Esta interpretación de las relaciones entre privados no parece ajustada a la luz de un constitucionalismo que, a los postulados del liberalismo ha sumado los propios del Estado social. Así pues, nuestro marco constitucional no parece participar de la teoría de la eficacia exclusivamente vertical de los derechos fundamentales, aunque sea una cuestión debatida el grado de eficacia horizontal de los mismos (sustancialmente, concebida como la capacidad de poner en marcha garantías jurisdiccionales frente a una vulneración de derechos constitucionales operada por otros sujetos privados).

Al margen del debate doctrinal sobre la teoría de la *Drittwirkung*,⁹⁸ hay supuestos claros que han quedado resueltos por la intervención del legislador. Las relaciones laborales han sido la punta de lanza para afirmar la plena vigencia de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones privadas, aunque el hecho de que exista abundante legislación al respecto podría entenderse como un apoyo para las tesis de la eficacia mediata (*mittelbare*) de los derechos constitucionales; algo que en último término parece contradecir la eficacia constitucional plena de tales derechos en las relaciones *inter privatos*. El amplio intervencionismo en el ámbito laboral reposa sobre la aceptación de la falta de equipotencia entre las partes de la relación de trabajo, lo que propicia la interposición del Estado para compensar tal desigualdad de poder y evitar que la falta real de negociación de una de las partes quede camuflada bajo la apariencia de un consentimiento libremente expresado. Situaciones similares se dan en el conocido como derecho de los consumidores y usuarios. El Estado ha legislado para garantizar la eficacia real de numerosos derechos en el marco de las relaciones de consumo, en las que el desequilibrio entre las partes se ha acrecentado como consecuencia de la globalización, particularmente por los fenómenos de deslocalización de empresas (que generan mayor dificultad para recurrir eventuales vulneraciones de derechos) y de concentración empresarial (lo que incrementa la posición de poder y parece situar al ciudadano más en una posición de subordinación -jerarquía- que de coordinación -horizontalidad-).⁹⁹

De esta manera, en comportamientos y decisiones que *a priori* quedarían enmarcados en la autonomía de la voluntad, el Estado reduce el margen de negociación disponible para las partes. Si las relaciones privadas son relaciones entre iguales, el ordenamiento jurídico debe establecer una regulación «que respete, garantice y, en su caso, restablezca el equilibrio».¹⁰⁰

⁹⁸ Sin ánimo de exhaustividad, son referencia obligada los trabajos de José María Bilbao Ubillos: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC-BOE, Madrid, 1997; así como *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de «state action» en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁹⁹ Inmaculada Vivas Tesón, «La horizontalidad de los derechos fundamentales», en Isabel Vázquez Bermúdez (coord.), *Bienes de la personalidad*, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 205. Disponible en https://www.academia.edu/10614206/La_horizontalidad_de_los_derechos_fundamentales (última consulta: 22 de marzo de 2017). De este artículo he tomado el concepto de la relación de coordinación.

¹⁰⁰ *Cfr.* el trabajo del siempre interesante Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 3, 1999, pág. 199.

Uno de los derechos que puede verse en peligro en el marco de las relaciones privadas es el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación protegido por el art. 14 de la CE, toda vez que la privatización de espacios o el derecho de admisión puede usarse como «barrera infranqueable para toda reivindicación paritaria». Dada la orientación de este trabajo al estudio de la igualdad, me centraré en la pregunta de si la vigencia del principio de igualdad «se extiende *ex Constitutione*, sin necesidad de una previa mediación legislativa, al ámbito de las decisiones o normas emanadas de la voluntad de uno o varios sujetos privados», de manera que pueda concebirse «como un principio regulador de las relaciones sociales que podría invocar cualquier afectado por comportamientos supuestamente arbitrarios de un particular o una entidad privada». A la posible lesión de un derecho fundamental se opone el principio de la autonomía de la voluntad, «que también cuenta con respaldo constitucional».¹⁰¹

Resulta más aceptada la eficacia plena de la prohibición de discriminación que la del principio de igualdad de trato.¹⁰² No parece objetable entender que, de la Constitución, cuyo art. 9.1 afirma la vinculación tanto de la ciudadanía como de los poderes públicos, se deriva una obligación inmediata de *abstenerse* de un comportamiento discriminatorio. Entiendo, por lo demás, que esta prohibición no rige en el ámbito de relaciones que se produzcan en un ámbito estrictamente privado que no presente ninguna característica propia del *espacio público*, como puede ser la de ofrecer una actividad a un público indeterminado (es decir, establecer una comunicación que se produce en una esfera pública en tanto que abierta al conocimiento en general). Cuestión diferente es pretender que exista una obligación de realizar acciones promocionales de la igualdad. Lógicamente, para que nazca una obligación positiva concreta para un sujeto privado –en el caso de que, por la función que realiza o la posición que ocupa, se entienda legitimada tal obligación– sea necesaria la intermediación del legislador, concretando la conducta que debe ser observada.¹⁰³

La idea de una obligación de promoción de la igualdad no responde tanto al derecho protegido por el art. 14 CE, como al mandato del art. 9.2 CE, lo que fundamenta, sin lugar a dudas, la necesidad de una intermediación legislativa, toda vez que los destinatarios son los poderes públicos. Subsisten, por tanto, las dudas respecto de cuál debe ser la eficacia del derecho a la igualdad, sin que parezca descabellado afirmar que, incluso a los sujetos privados cualificados por su función o su posición, se les exija –en determinadas relaciones contractuales– un respeto escrupuloso de la misma, sin que puedan ampararse en la autonomía privada –ni

¹⁰¹ Juan María Bilbao Ubillos, «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», *Teoría y realidad Constitucional*, n.º 18, 2006, pág. 148.

¹⁰² *Ídem*, págs. 153-155.

¹⁰³ Pienso, por ejemplo, en la obligación de elaborar candidaturas paritarias en los procesos electorales, introducida por la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Su constitucionalidad fue confirmada, entre otras, por la Sentencia 12/2008, que rechaza que esta obligación suponga una lesión del derecho de asociación, dada su «condición constitucional de instrumento para la participación política» (Fundamento Jurídico 5.º). Lo mismo puede decirse de la obligación de que las empresas de más de 250 empleados aprueben un plan de igualdad, introducida por dicha ley, teniendo en cuenta la especial relevancia de la dimensión laboral.

en la propiedad- para realizar exclusiones arbitrarias. Y sin necesidad de que la ley *recuerde* lo que ya está escrito en la Constitución. De esta manera, si una persona entendiera que, frente a una determinada oferta de contratación de un bien o servicio se ha vulnerado su derecho a la igualdad, los tribunales deberían poder examinar la situación aplicando el test de razonabilidad diseñado por el Tribunal Constitucional, teniendo asimismo en cuenta, en una interpretación sistemática de la Constitución, su condición de consumidor protegido por el art. 51 CE. Test que, como el propio Tribunal señala, ha de ser más estricto cuando entran en juego los *sospechosos habituales* de la discriminación. En palabras del Tribunal, «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de la irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione* (STC 200/2001, F.J. 4b). Es cierto que el Tribunal alude aquí a la diferencia *normativa* de trato al hablar de la igualdad, pero también alude al legislador al referirse a la prohibición de discriminación, y ello no es óbice para entender que dicha prohibición afecta igualmente a ciertas relaciones *inter privatos*. A mi juicio, la exclusión practicada por un particular en el contexto de una relación *semipública*, tampoco debería basarse en criterios arbitrarios, por aplicación directa de la Constitución. Resulta patente mi discrepancia con la afirmación de que la libertad individual «puede ejercerse de forma irracional o incongruente»¹⁰⁴ siempre que nos situemos, insisto, en el marco de una situación no estrictamente privada. Creo que debe ser relevante si en el planteamiento inicial de la actividad empresarial o la oferta contractual la caracterización del público es potencialmente universal, a efectos de determinar el margen de libertad con el que el sujeto privado puede comportarse con arreglo a criterios *caprichosos*.¹⁰⁵ Asimismo, parece razonable pensar que el derecho de *exclusión* de los no propietarios no posea la misma extensión en el caso de una propiedad privada destinada a uso privado (por ejemplo, la vivienda), que en el de una propiedad privada conectada con la libertad de empresa, dirigida a la venta al público o a la realización de alguna actividad abierta al público. En este caso, parece razonable entender que la facultad reconocida a través del derecho de admisión, si bien resulta lícita a la luz del ordenamiento, no esté conectada sobre todo con la idea de un dominio casi pleno derivado de la propiedad -que tampoco es absoluto, puesto que el art. 33 de nuestra Constitución subordina la propiedad a su función social-, sino con

¹⁰⁴ Juan María Bilbao Ubillos, «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», *op. cit.*, pág. 149.

¹⁰⁵ Coincido plenamente con las reflexiones de Bilbao Ubillos respecto del derecho de admisión. Si bien su razonamiento se ejemplifica sobre criterios de discriminación (*raza, sexo*), sus reflexiones parecen extenderse al ámbito de la igualdad: «la cuestión se complica cuando la diferencia de trato obedece a motivos distintos de los expresamente prohibidos por el art. 14 CE» siendo «lícito preguntarse si puede ejercerse el derecho de admisión de una manera tan arbitraria o abusiva» (...). No hay que olvidar que quienes explotan este tipo de establecimientos... dirigen su oferta al público en general, manifiestan su voluntad de contratar, en principio, con cualquiera que acepte sus precios y condiciones de venta. Aunque no exista propiamente una obligación de contratar, la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar con criterios individuales su clientela» («Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», *op. cit.*, pág. 165).

el reconocimiento de la libertad de empresa del art. 38 CE que, lógicamente, debe reconocer a su titular con instrumentos que le permitan hacer efectiva la actividad mercantil desarrollada al amparo de esta libertad. El derecho de admisión se orienta, desde este punto de vista, a facultar al titular de la empresa para excluir a aquellas personas que puedan malograr la actividad comercial. A mi juicio, esta opinión se ve apoyada por el hecho de que el derecho de admisión se vincule a las facultades de mantenimiento del orden, y se haga en términos restrictivos. La normativa estatal -Real Decreto 2816/1982, que aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas- prevé (art. 59.1 e) que el público no podrá entrar en el recinto o local sin cumplir con «los requisitos a los que la empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles». El punto de partida parece, pues, la libertad de acceso, que se podrá ver restringida si la empresa ha establecido claramente requisitos específicos. Si el derecho de admisión no fuese más que el derecho de exclusión vinculado a la propiedad privada, esta limitación sería cuestionable. No parece constitucionalmente admisible que la ley me obligue a indicar en un cartel con qué requisitos puede una persona acceder a mi vivienda, sino que mi propiedad sobre la misma y el uso privado al que está destinada, configuran un derecho de exclusión que sí puede ser arbitrario y, por tanto, vulnerar tanto el principio de igualdad; y también puede usar como factor decisivo alguno de los criterios contemplados por la prohibición constitucional de discriminación. En el acceso a establecimientos que, si bien pueden estar en manos de una propiedad privada, tienen como presupuesto de su actividad comercial la interacción con un público genérico, es lícito dudar de que el margen de libertad sea igual de amplio.¹⁰⁶ La coexistencia del principio de igualdad y no discriminación, por un lado, y la libertad de empresa por otro, pueden cohesionarse reconociendo un derecho de admisión que, si ser lesivo del primero, garantice el correcto desarrollo de la actividad generada en el marco de la segunda. Que el punto de partida sea la accesibilidad *universal* vendría corroborado por la exigencia de que, para poder acogerse al derecho de admisión, los criterios de exclusión deben ser conocidos previamente. Con ello se evitan, por un lado, los factores discriminatorios y, por otro, es posible realizar una valoración sobre la razonabilidad de las exigencias impuestas para el acceso, y hacerlo de manera previa, lo que -a su vez- debería bastar para permitir a cualquier persona cumplir con tales requisitos.

Así pues, un espacio que, siendo de titularidad privada, se aproxima por su función al espacio público, no debe ser considerado desde la perspectiva de un derecho patrimonial caracterizado por el hecho de ser titular del mismo «con exclusión de los demás», sino desde la perspectiva del derecho fundamental.¹⁰⁷ De esta manera, la posibilidad de negar de manera arbitraria -o incluso discriminatoria- el acceso a los bienes y servicios ofertados no se podría amparar en la mera voluntad de no establecer una relación contractual.

¹⁰⁶ En sentido similar *cf.*: Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, *op. cit.*, págs. 430-435.

¹⁰⁷ *Cfr.*: Luigi Ferrajoli, Cap. 2 «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías...*, *op. cit.*

Seguramente, el espacio existente entre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, aplicado a la libertad para seleccionar las personas que pueden acceder a un establecimiento comercial abierto al público, no es muy amplio. Es decir, probablemente, las personas que tienen mayor riesgo de no ser admitidas pertenecen a un grupo social discriminado.¹⁰⁸ En todo caso, al constituir el objeto de este trabajo el problema de la igualdad en el espacio público por razón de sexo, no resulta determinante el problema de la falta de eficacia directa del derecho a la igualdad, toda vez que sin lugar a dudas la prohibición de acceso a las mujeres a determinados establecimientos encajaría en la prohibición de discriminación por razón de sexo.¹⁰⁹

Actualmente, las eventuales dudas respecto de la aplicabilidad directa del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito de espacios *semipúblicos* habrían quedado superadas por la actuación del legislador, de manera que al menos se habría afirmado sin género de dudas la eficacia *mediata* de tales preceptos constitucionales.

Así lo han hecho diversos legisladores autonómicos al precisar que el derecho de admisión no ampara prácticas discriminatorias. Igualmente, el legislador español ha desarrollado el principio de igualdad a través de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.¹¹⁰ Su Título VI contiene diversos preceptos que precisan la obligatoriedad de respetar el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los bienes y servicios y su suministro, también en el sector privado. En concreto, el art. 69 de la LO 3/2007 incorpora la exigencia de que las personas físicas o jurídicas que suministren bienes o servicios para el público, cumplan con «el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo» en sus actividades y en las transacciones consiguientes.

¹⁰⁸ Podemos preguntarnos, sin embargo, si es lícito conforme a nuestra Constitución, que un establecimiento admita solo a clientela que se ajuste a ciertos cánones estéticos, que no tenga sobrepeso, que no parezca pobre, etcétera. En último término, nos encontramos de nuevo ante un problema de «reconocimiento» de los grupos, o si se quiere, de circunstancias individuales que, sin embargo, pueden ser socialmente generadoras de una desventaja en determinados momentos, lo que puede hacer que entren en «competición» con los factores clásicos de discriminación, al objeto de luchar contra el trato desfavorable.

¹⁰⁹ Comparto además que, socialmente, son más lesivos los actos de discriminación, entendida en su dimensión grupal, que las lesiones individuales de la igualdad. Por lo demás, creo que tampoco en el ámbito de estos espacios *semipúblicos* se impone realmente una eficacia plena de la prohibición de discriminación. Pienso, en particular, en la prohibición de discriminación indirecta, reconocida por las dos Directivas que se incorporan a través de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (la Directiva 2002/73/CE –que modifica la 76/207/CEE–, de igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro). Por poner un ejemplo, no creo que los establecimientos abiertos al público, que están obligados a no discriminar en el acceso a sus instalaciones, estén obligados a mantener un horario de apertura que no genere un impacto negativo en las mujeres.

¹¹⁰ Creo que el título es significativo. Al igual que la Exposición de Motivos, insiste en la necesidad de conseguir una igualdad material o efectiva (la establecida como mandato en el 9.2 CE), al constatar que la igualdad formal del art. 14 CE, «aun habiendo comportado... un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente». Se refuerza, a mi juicio, la diferencia entre el derecho subjetivo al trato igual y las acciones promocionales de la igualdad a la que me refería previamente.

Más compleja se presenta, a mi juicio, el problema que suscitan aquellas actividades -y su promoción publicitaria- desarrolladas al amparo de la libertad de empresa y que pueden ser vistas como una negación de la igualdad de hombres y mujeres. Por resumir, aludiré a ellas con la denominación de «fiestas sexistas», en el entendido de que la expresión resulta suficientemente clara.¹¹¹ En este caso, me parece complejo apuntar una solución única. En el caso de que el carácter sexista se vea vinculado a las condiciones de acceso -por ejemplo, que las mujeres no paguen por entrar-, podría entenderse que hay un trato discriminatorio hacia los hombres. Cuestión distinta es entender que en el desarrollo de la actividad se busque usar la presencia de mujeres como reclamo, y que ello tenga connotaciones sexuales. Al margen de que pueda convenirse que hay una utilización mercantilista de las mujeres, y que ello rema en contra de las políticas de igualdad, que buscan superar el estereotipo de la mujer como objeto sexual, no parece que pueda considerarse prohibida por aplicación de la Constitución dicha actividad. Cosa distinta es el grado de restricción sobre la libertad de empresa que pueda realizar el legislador con apoyo, principalmente, en el art. 9.2 CE, e igualmente las prohibiciones legales que puedan afectar a la publicidad de este tipo de espectáculos derivadas de la prohibición de publicidad sexista, que paso a analizar a continuación como último punto de este trabajo.

3.2. *La proyección del espacio privado en el público: Las «comunicaciones» contrarias a la igualdad*

Una de las cuestiones que mayor complejidad puede presentar al estudiar la relación entre la igualdad y el espacio público, es la que se pregunta -valga la redundancia- qué espacio debe reconocerse, en una sociedad democrática, para los discursos contrarios a la igualdad entre hombres y mujeres. El tema no es nuevo, y desde el punto de vista de la libertad de expresión ha sido objeto de innumerables estudios. Tanto la jurisprudencia como la doctrina norteamericana han defendido, como tesis mayoritaria, una concepción particularmente amplia de la libertad de expresión. Por la vía de la categoría de los discursos de odio - *bate speech*- se incluyó en nuestro Código Penal el reproche a «los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia» (art. 510), precepto original que ya parte de la doctrina consideraba lesivo de la libertad de expresión, salvo en aquello que pudiera incitar de manera directa a la violencia. La actual redacción de dicho artículo amplía las conductas sancionadas, pues persigue a quienes «públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia», por lo que las dudas al respecto no hacen sino aumentar.¹¹²

¹¹¹ Uno de los casos más recientes se produjo en febrero de 2017, cuando una discoteca de Barcelona promocionaba sus fiestas señalando en su cartel: «si vienes sin bragas, entrada + copa gratis + 100 € en efectivo».

¹¹² Reenvío al artículo de Abel Arias Castaño, publicado en este mismo volumen, titulado «El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del *clear and present danger*».

En una democracia procedimental como la española, que no exige adhesión ideológica a sus postulados constitucionales, parece difícil justificar la prohibición de expresar ciertas ideas, por más que estas puedan parecer *odiosas*, toda vez que, si la Constitución carece de cláusulas de intangibilidad y, por tanto, es jurídicamente posible suprimir la igualdad entre sexos, resulta dudoso afirmar que no puedan expresarse tales ideas. Sin embargo, en el marco de un Estado democrático y social, también resulta comprensible que las personas que comparten rasgos identitarios tradicionalmente discriminados, una vez que se van superando las situaciones de discriminación legal, se sientan *desamparadas* cuando el poder público no ataja los discursos que dan fe de la pervivencia de una discriminación social que, a menudo, convierte los derechos legales en papel mojado. Huelga decir que el hecho de afirmar que la restricción de la expresión de ciertos discursos anti igualitarios en el ámbito público pueda entenderse como inconstitucional, no implica que el poder público no pueda reaccionar activando campañas de promoción de la igualdad y retirando cualquier tipo de ayuda pública a aquellos sujetos que mantienen este tipo de discursos.

Diferente es, a mi juicio, el ámbito de la publicidad comercial. Hace tiempo que se conoce y denuncia el efecto de la publicidad como factor de mantenimiento de los estereotipos negativos que afectan a las mujeres.¹¹³ Si bien puede aceptarse que en su actividad publicitaria se vea afectada tanto la libertad de expresión como la de empresa, creo que es razonable entender que la primera es instrumental a la segunda. Si el objeto de una empresa es la de ofrecer al mercado –esfera pública– un determinado producto o servicio, la libre expresión es la herramienta a través de la cual promocionar e informar al público de sus características, con la finalidad de animar a su consumo.¹¹⁴ Por esta razón, no parece que pueda suscitar ninguna duda de constitucionalidad la prohibición legal de la publicidad sexista recogida en nuestro ordenamiento. Dos razones sustentan esta convicción. En primer lugar, la consideración ya realizada sobre el carácter instrumental de la publicidad respecto de la actividad mercantil. En segundo, el hecho de que la publicidad utiliza un lenguaje que no apela a nuestra racionalidad democrática: no es una exposición de ideas que busca dialogar, sino una exhibición de imágenes y otro tipo de signos que busca impactar también en nuestro inconsciente.¹¹⁵

Cuestión distinta es plantearse si, en ausencia de dicha legislación, el principio de igualdad y no discriminación podía tener algún tipo de eficacia horizontal en

¹¹³ Véase, a modo de ejemplo, el repaso de Manuel Garrido Lora en su artículo «Estereotipos de género en publicidad», *Revista Creatividad y Sociedad*, n.º 11, 2007, en las págs. 57-63. En el ámbito jurídico, es referencia el estudio de María Luisa Balaguer Callejón, *La mujer y los medios de comunicación de masas. El caso de la publicidad en televisión*, Málaga, Arguval, 1985. De la misma autora, véase «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 21, 2003, págs. 133-165, donde recuerda que «la publicidad, en la medida en que incorpora valores sociales, constituye una forma muy importante de control social» (p. 147).

¹¹⁴ Sobre la doble naturaleza de la publicidad reflexiona Esther Martínez Pastor, «La publicidad ¿Derecho fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informativa», *derecom*, n.º 8, 2012, págs. 1-11.

¹¹⁵ En el mismo sentido, *cfr.* María Luisa Balaguer Callejón, «La regulación y el control de la publicidad...», *op. cit.*, pág. 149.

el marco de la emisión en la esfera pública de mensajes publicitarios contrarios a la igualdad. Creo que, al contrario de lo afirmado respecto del derecho de admisión a los establecimientos, esta tesis resultaría insostenible, por más que la alusión legal a la «publicidad que comporte una conducta discriminatoria» (art. 41 de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) pudiera hacer pensar lo contrario.

En nuestro país, el art. 10 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, estableció que la publicidad que utilice la imagen de la mujer de manera vejatoria o discriminatoria será considerada ilícita, a los efectos de la Ley General de Publicidad. Algo similar se incluyó en el citado art. 41 de la LO 3/2007. El art. 3 a) de la Ley 34/1988, General de Publicidad, describe como ilícita, a los efectos que ahora interesan: «La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

Cabe preguntarse, al amparo del desarrollo legislativo, qué respuesta deberían dar los organismos encargados de velar por el cumplimiento de estas disposiciones en aquellos casos en los que la publicidad *sexista* estuviera directamente vinculada con el bien o servicio que se ofrece, de manera que pudiera entenderse que, incluso tratándose de actividades mercantiles, su objetivo sería el de canalizar discursos contrarios a la idea de la igualdad entre sexos. Baste pensar en la promoción de un libro que abogue por mantener la familia tradicional, y que pueda usar como portada o imagen promocional una representación totalmente estereotipada de la mujer. A mi juicio, en casos como este, la conexión de la imagen con el objeto principal de la actividad comercial protegida por la libertad de empresa, así como el hecho de invertirse la relación entre esta y la libertad de expresión, que pasaría a ser predominante (la actividad comercial sería instrumental en este caso, al constituir una forma de difundir tales ideas), hacen difícil justificar la constitucionalidad de su eventual sanción.

4. Bibliografía citada

- AA. VV., *Construyendo ciudades seguras. Experiencias de redes de mujeres en América Latina*, Red Mujer y Hábitat de América Latina, 2011.
- *Urbanismo inclusivo. Las calles tienen género* (actas del Seminario), editado por el Departamento de Vivienda, obras públicas y transporte del Gobierno Vasco, 2012.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- «Ciudadanía democrática y límites al ejercicio multicultural de los derechos fundamentales en el espacio público». En Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del es-*

- pacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 37-74.
- ALCARAZ RAMOS, Manuel. «Constitución, tradición y fiestas: la igualdad de las mujeres en el espacio público festivo», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 28, 2015, págs. 137-160.
- ALDEGUER CERDÀ, Bernabé. *Democracia paritaria y cuotas electorales: El acceso de las mujeres a las instituciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- AMORÓS, Celia. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1994.
- *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid, 1997.
- (ed.), *Feminismo y filosofía*, Síntesis, Madrid, 2000.
- AMORÓS, Celia; DE MIGUEL, Ana. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Vol. 1. De la Ilustración al segundo sexo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. *Democracia paritaria. Un estudio crítico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- ASTOLA MADARIAGA, Jaseone. «Las mujeres y el estado constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional», Ponencia presentada en el Congreso multidisciplinar Mujeres y Derecho: pasado y presente, organizado por la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, octubre de 2008, págs. 233-236. Actas completas del Congreso disponibles en https://www.ehu.es/documents/2007376/2109490/mujeres_y_derecho.pdf (última consulta: 13 de febrero de 2017).
- «De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, número especial 99-100, 2014, págs. 465-492.
- AUGÉ, Marc. *Los «no lugares». Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 1993.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro; Salgado, Judith; Valladares, Loda (eds.). *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ecuador), 2009.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La mujer y los medios de comunicación de masas. El caso de la publicidad en televisión*, Málaga, Arguval, 1985.
- «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 21, 2003, págs. 133-165.
- BARBIERI, M. Teresita de. «Los ámbitos de acción de las mujeres», *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 53, n.º 1, 1991, págs. 203-224.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles: «Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2003, 26 págs.
- Morondo Taramundi, Dolores: «Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, 2011, págs. 15-42.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. «El concepto de «espacio público iusfundamental». (Espacio público y ejercicio de derechos fundamentales)», en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 13-36.
- Villaverde Menéndez, Ignacio; Requejo Rodríguez, Paloma; Presno Linera, Miguel Ángel; Aláez Corral, Benito; Fernández Sarasola, Ignacio. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

- BELTRÁN PEDREIRA, Elena. «Público y privado (sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de *lo político*)», *Doxa*, n.º 15-16, 1994, págs. 389-405.
- BENHABIB, Seyla, «Feminist Theory and Hannah Arendt's concept of public space», en *History of the Human Sciences*, vol. 6, n.º 2, 1993, págs. 97-114.
- «Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy», en Seyla Benhabib (ed.) *Democracy and the difference*, Princeton University Press, 1996, págs. 67-94.
- «Modelos de espacio público: Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas», en Seyla Benhabib, *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Gedisa, Barcelona, 2006, págs. 105-138.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC-BOE, Madrid, 1997.
- *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de «state action» en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», *Teoría y realidad Constitucional*, n.º 18, 2006, págs. 147-189.
- BORJA, Jordi; MUXÍ, Zaida. *El espacio público, ciudad y ciudadanía*, disponible en: <http://server2.docfoc.us/uploads/Z2015/11/18/7Cgehhzy6S/ef5e25dfbfd1ae6214f17c9aaf00b3af.pdf> (fecha última consulta: 23 de febrero de 2017).
- BUCKINGHAM, Shelley. «Análisis del derecho a la ciudad desde una perspectiva de género», *Revista de Derechos humanos*, n.º 4, abril 2011, págs. 6-11.
- COLLIN, Françoise. «Espacio domestico. Espacio público. Vida privada», en *Ciudad y Mujer* (Actas del Curso: urbanismo y mujer. Nuevas visiones del espacio público y privado), Seminario Permanente «Ciudad y Mujer», 1995, págs. 231-237.
- COSTA, Pietro. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. Vol. 2. L'età delle Rivoluzioni (1789-1848)*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- DAMMERT, Lucía. «Entre el temor difuso y la realidad de la victimización femenina en América Latina», en Ana Falú y Olga Segovia (eds.), *Ciudades para convivir: sin violencia hacia las mujeres*, Ediciones Sur, 2007, págs. 89-107.
- DELPHY, Christine. «Género, raza y racismo: la prohibición del velo islámico (*bijab*) en Francia», en Daniela Heim, Encarna Bodelón (eds.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Universitat Autònoma de Barcelona. Grupo Antígona, págs. 59-76.
- DÍAZ MUÑOZ, María Ángeles. «El espacio-tiempo cotidiano», en *Ciudad y Mujer* (Actas del Curso: urbanismo y mujer. Nuevas visiones del espacio público y privado), Seminario Permanente «Ciudad y Mujer», 1995, págs. 107-117.
- DURÁN, María-Ángeles. «Los derechos constitucionales de las amas de casa y los trabajadores autónomos», en Teresa Freixes Sanjuán (coord.), *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 495-534.
- *La ciudad compartida. Conocimiento, afecto y uso*. Ediciones Sur, 2008.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *El voto femenino en España*, Asamblea de Madrid, 2007.
- ENTWISTLE, Joanne. *El cuerpo y la moda*, Paidós, Barcelona, 2002.
- ESPINAR RUIZ, Eva; RÍOS HERNANDO, José Antonio. *Producción del espacio y desigualdades de género. El ejemplo del Campus universitario de Alicante*, Centro de Estudios sobre la Mujer, Universidad de Alicante, 2002.
- ESQUEMBRE CERDÁ, M.ª del Mar. «Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una *reforma constituyente* de la Constitución Española», en Itziar Gómez Fernández (ed.), *Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género*, monográfico n.º 5 de los *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, págs. 75-92.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006.
- FISS, Owen M. «¿Qué es el feminismo?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 1993, págs. 319-335.
- FRASER, Nancy. «Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente», en M.ª Antonia Carbonero Gamundí y Joaquín Valdivieso (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Tecced, Universitat de les Illes Balears, 2011, págs. 139-176.
- «Oltre l'ambivalenza: la nuova sfida del feminismo», en *Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine*, vol. XXVIII, n.º 54, 2016, págs. 87-102.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa y SEVILLA MERINO, Julia (coords.). *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.
- GARRIDO LORA, Manuel. «Estereotipos de género en publicidad», *Revista Creatividad y Sociedad*, n.º 11, 2007, págs. 53-71.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (ed.). *Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género*, monográfico n.º 5 de los Cuadernos Manuel Giménez Abad, febrero de 2017.
- GRAY, Kevin; GRAY, Susan Francis. «Civil rights, civil wrongs and quasi-public space», *European Human Rights Law Review*, vol. 4 (1999), págs. 46-102.
- GUERRA PALMERO, María José. «Mujer, identidad y espacio público», *Contrastes. Revista interdisciplinaria de Filosofía*, vol. IV, 1999, págs. 45-64.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. «Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 3, 1999, págs. 193-211.
- HARDING, Sandra. *Ciencia y feminismo*, Morata, Madrid, 1996.
- JARAMILLO, Isabel Cristina. «La crítica feminista al derecho», en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ecuador), 2009, págs. 103-133.
- LURDUY ORTEGÓN, Luz Marina. «Formulación de un índice de seguridad urbana para las mujeres», en la obra colectiva *Construyendo ciudades seguras. Experiencias de redes de mujeres en América Latina*, Red Mujer y Hábitat de América Latina, 2011, págs. 85-95.
- MACKINNON, Catherine. *Are women human? And other international dialogues*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2006.
- MCDOWELL, Linda. «La definición del género», en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ecuador), 2009, págs. 5-35.
- MACÍAS JARA, María. *La democracia participativa paritaria: consideraciones al hilo de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Universidad de Córdoba, 2009.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*, Alianza editorial, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ PASTOR, Esther. «La publicidad ¿Derecho fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informativa», *derecom*, n.º 8, 2012, págs. 1-11.
- MESTRE I MESTRE, Ruth. *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MIYARES, Alicia. «El sufragismo», en Celia Amorós, Ana de Miguel (eds.). *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Vol. 1. De la Ilustración al segundo sexo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, págs. 245-293.
- MOLINA PETIT, Cristina. *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Anthropos, Barcelona, 1994.
- MONTOYA RUIZ, Ana Milena. «Seguridad humana para las mujeres en las ciudades: reflexiones para políticas públicas urbanas con enfoque de género», *Revista Estudios socio-jurídicos*, 2013, 15 (1), págs. 115-137.

- MUXÍ MARTÍNEZ, Zaida; Casanovas, Roser; Ciocoletto, Adriana; Fonseca, Marta; Gutiérrez Valdivia, Blanca. «¿Qué le aporta la perspectiva de género al urbanismo?», *Feminismo/s*, n.º 17, 2011, págs. 105-129.
- CIOCOLOETTO, Adriana. «La ley de barrios en Cataluña: la perspectiva de género como herramienta de planificación», en *Feminismo/s*, n.º 17, 2011, págs. 131-153.
- NAREDO MOLERO, María. «Adecuación de las políticas públicas de seguridad a las necesidades de las mujeres: una cuestión urgente», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2009, págs. 67-77.
- «El miedo de las mujeres como instrumento del patriarcado», en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 109, 2010, págs. 79-86.
- NAVARRO RIVAS, Pilar. «Influencia de la ciudad en la salud de las mujeres», en *Ciudad y Mujer*, (Actas del Curso: urbanismo y mujer. Nuevas visiones del espacio público y privado), Seminario Permanente «Ciudad y Mujer», 1995, págs. 211-213.
- OLSEN, Frances. «Constitutional Law: feminist critiques of the public/private distinction», *Constitutional Commentary*, vol. 10, n.º 2, 1993, págs. 319-327.
- PATEMAN, Carole. *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.
- PITCH, Tamar. «El género de la seguridad urbana», *Masculinidad y vida cotidiana*, Congreso SARE, Instituto Vasco de la Mujer, 2007, págs. 281-290.
- PLATERO, Raquel (Lucas). *La interseccionalidad en las políticas públicas sobre la ciudadanía íntima: los discursos y la agenda política española (1995-2012)*. Tesis doctoral, UNED, 2013.
- PLUMMER, Ken. *Telling Sexual Stories. Power, Change and Social Worlds*, Routledge, London & New York, 1995.
- *Intimate citizenship. Private Decisions and Public Dialogues*, University of Washington Press, Seattle & London, 2003.
- POLO SABAU, José Ramón. «La prohibición del velo islámico integral en el espacio público: el concepto de vida en comunidad como límite a los derechos fundamentales en el caso S.A. S. contra Francia», en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 75-155.
- PUELO, Alicia H. (ed.): Condorcet, De Gouges, De Lambert y otros, *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos (Barcelona)/Comunidad de Madrid, 1993.
- «El concepto de género como hermenéutica de la sospecha: de la biología a la filosofía moral y política», en *Arbor*. 189 (763): a070, (septiembre-octubre 2013), págs. 1-10.
- RAINERO, Liliana; RODIGOU, Maite. «Indicadores urbanos de género. Instrumentos para la gobernabilidad urbana», ponencia presentada en la Mesa: «Espacio y género en el campo y la ciudad latinoamericana» durante el 51.º Congreso Internacional de Americanistas - Santiago de Chile, 14 al 18 de julio de 2003.
- REMICHE, Adélaïde. «When Judging is Power. A gender perspective on the French and American Judiciaries», *Journal of Law and Courts*, vol. 3, n.º 1, 2015, págs. 95-114.
- RUBIN, Gayle. «El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo», *Revista Nueva Antropología*, vol. VIII, número 030, noviembre 1986, págs. 95-145.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. «La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14, 2012, págs. 1-19.
- SAEGERT, Susan. «Masculine Cities and Feminine Suburbs: Polarized Ideas, Contradictory Realities», *Signs*, vol. 5, n.º 3, Suplement. Women and the American City. Spring, 1980, págs. 96-111.

- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. «Espacio público y paz social», en *Revista Paz y conflictos*, n.º 3, 2010, págs. 23-43.
- «La dimensión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14, 2012, págs. 1-39.
- «Género, poder y ciudadanía», en Itziar Gómez Fernández (ed.), *Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género*, Cuadernos Manuel Giménez Abad, monografía 5, 2017, págs. 58-74.
- SÁNCHEZ DE MADARIAGA, Inés. *Urbanismo con perspectiva de género*, Instituto Andaluz de la Mujer/ Junta de Andalucía, Sevilla, 2004.
- BRUQUETAS CALLEJO, María; RUIZ SÁNCHEZ, Javier. «Una agenda de investigación en España sobre género y urbanismo», *Asparkia*, n.º 21, 2010, págs. 193-197.
- SEVILLA MERINO, Julia. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Valencia, 2004.
- FREIXES SANJUAN, Teresa (eds.). *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.
- SOTO VILLAGRÁN, Paula. «Ciudad, ciudadanía y género. Problemas y paradojas», *Territorios*, 16-17, 2007, págs. 29-46.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993 (reimp. 2001).
- TEJERINA, Benjamín. «Movimientos sociales, espacio público y ciudadanía: los caminos de la utopía», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 72, 2005, págs. 67-97.
- TRIMIÑO VELASQUEZ, Celina de Jesús. *Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos políticos de las mujeres*, Congreso de los Diputados, 2014
- TURÉGANO Mansilla, Isabel. «La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 24, 2001, págs. 319-348.
- VALCÁRCEL, Amelia. *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Universitat de Valencia, 2012 (4.ª ed.).
- VALLE, Teresa del. *Andamios para una nueva ciudad. Lecturas desde la antropología*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997.
- VARGAS VALENTE, Virginia. *Espacio público, seguridad ciudadana y violencia de género: reflexiones a partir de un proceso de debate (2006-2007)*, dentro del Programa regional: Ciudades sin violencia hacia las mujeres. Ciudades seguras para todas y todos, Red Mujer y Hábitat de América Latina y el Caribe, Unifem.
- VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. «La horizontalidad de los derechos fundamentales», en Isabel Vázquez Bermúdez (coord.), *Bienes de la personalidad*, Universidad de Sevilla, 2008, págs. 205-2013.

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ

Los constitucionalistas tenemos una forma muy particular de entender la navaja de Ockham. Dice este principio que, a igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la más probable. Lo cierto es que no solemos ser muy amigos de esta regla metodológica. Diría aún más, tendemos a sospechar que lo explicado con sencillez no posee la suficiente complejidad como para ser plausible. Que sea así, sospecho, que tiene que ver con la forma tan específica de hacer «ciencia» en el universo jurídico, y aún más singular en el caso del derecho constitucional. Me explico.

El derecho y en particular el derecho constitucional no es «ciencia». No tratamos de desentrañar ni explicar el mundo físico, nos limitamos a urdir artefactos intelectuales para regular la vida comunitaria de una especie muy dada a sumar o torcer la voluntad de otros para fines muy dispares mediante la amenaza de la fuerza o, sin más, acudiendo directamente a la violencia. Aceptar esto, y son incontables las páginas y las horas de debate dedicadas a este, que considero el axioma incontestable de lo que no es más que una técnica regulatoria del «poder», del modo en el que sometemos la voluntad de unos a la de otros, el Derecho (nos gusta también ponerlo en mayúscula), nos hace vulnerables (y eso no nos gusta). Nos enfrenta a un espejo que nos exige humildad y una cierta discreción. A los juristas académicos lo que de veras nos gusta, porque creemos que nos engrandece, es pensar que desvelamos ontologías, que somos «científicos» sociales (si esto tiene algún sentido metodológico) que desentrañamos y explicamos la esencia regulatoria de las sociedades humanas. Quizá sea así, pero lo que en ocasiones este anhelo de autoestima científica ha llevado en más ocasiones de las deseadas es a la mística, al puro voluntarismo bienintencionado, o simplemente a una retórica vacua y en el peor de los casos, aunque cada día más abundante, a la pura logorrea. No me extraña nuestra mala fama.

En estos días, que me afano en la relectura de Carl Schmitt, el último gran místico del derecho constitucional, encuentro en sus palabras el vértigo de una

teoría constitucional construida sobre una ontología social tan falaz como irresistible. Ahora entiendo la advertencia de nuestro maestro común, Ignacio de Otto, cuando siendo yo un joven bípedo implume que quería ser constitucionalista, me dijo, «lea usted a Schmitt, aprenderá derecho constitucional, pero tenga mucho cuidado porque es un gran mentiroso». He tardado treinta años largos en comprender el alcance de sus palabras. Por eso Kelsen tiene tan mala fama entre los juristas, porque se empeñaba en explicar de forma sencilla (no exenta de rigor y profundidad) el derecho. Por eso su explicación, heredera de una larga saga de pensamiento jurídico, será siempre la más probable y por eso mismo la menos comprendida. Kelsen nos despoja de nuestro oropel y nuestro aurea púrpura y nos devuelve a la realidad del derecho: el poder puro y duro y su estructura regulatoria. Eso nos quita glamour, y no nos gusta. El derecho no es más que palabras con las que formalizamos la dominación de unos sobre otros. El derecho es un producto humano, solo posible porque los humanos tenemos la cualidad de poseer un tipo de lenguaje simbólico, con el que «decimos» lo que se debe o no se debe hacer y el castigo para quien lo incumpla. Y detrás, siempre, la fuerza y la violencia. El derecho no sirve para convencer, ni para mediar, ni para razonar, ni para evangelizar y corregir. Por eso se equivocan y son siempre un terrible fracaso aquellos que crean y usan el derecho para esos fines. El derecho no sirve para eso (sin perjuicio de que establezca marcos formales para perseguir esos propósitos) porque el derecho es el invento de alguien para identificar quién puede dominar a otros, cómo los puede dominar y para qué los domina. Así lo aprendí de Francisco Bastida, y sigo convencido de que así son las cosas.

Pertenezco a un grupo de constitucionalistas que hemos crecido en esta convicción, Sin duda con matices individuales, pero persuadidos de que el derecho, y en particular el derecho constitucional, carece de esencias o de verdades, de que no hay un mundo físico que corrobora sus normas, que estamos al servicio de un instrumento que sirve para ordenar la vida en común según el propósito de quien tiene el poder de hacerlo, que no es tarea del jurista como jurista legitimar el poder y su propósito sin que por ello no estemos convencidos de que hay poderes mejores que otros y que algunos son aborrecibles y de que nunca pondremos nuestro saber hacer al servicio de lo aborrecible, de que el derecho poco o nada tiene que ver con la justicia salvo que por justicia entendamos lo que resulta de un mínimo común denominador que debe poder cambiarse con el transcurso del tiempo para que siga siéndolo y no la voluntad descarnada del más fuerte. Sé que esto es también una mística del derecho, que nos gusta llamar «axiomas».

De mis maestros, Kelsen, Ignacio de Otto y Francisco Bastida, también aprendí que el derecho es interpretación y ficción, propio de cualquier artefacto intelectual dominado por la palabra. Aprendí que la mejor interpretación de una norma dentro de las posibles siempre es la que más problemas resuelve y no la que los genera. Para lograrlo se necesita rigor en el método y estudio de lo complejo. Nunca hay soluciones simples, aunque se busque la más sencilla; nunca hay respuestas apodícticas, porque siempre hay otras perspectivas. El derecho es sedimentación enriquecida por el rigor y el método. Por eso llevamos tan mal la falta de rigor y la ausencia de método. El derecho se piensa y para que el pensamiento

no sea ocurrencia necesita método, profundidad, perspectiva y rigor, mucho rigor. Si no, es pura charlatanería.

Es cierto que esta visión monacal y orfebre de la técnica del derecho ha tenido una derivada que creo, pasado el tiempo, no ha sido buena. Permítanme que la denomina una errónea humildad que ha acallado la ambición de la gran obra. La plena conciencia de los límites metodológicos y «científicos» del derecho, y el compromiso inquebrantable con el rigor, ha demediado nuestra capacidad para la «gran obra». Ha pesado sobre nosotros el miedo a abordar con ambición de tratadista las grandes cuestiones y hemos hecho mucha orfebrería constitucional, pero no nos hemos atrevido a hacer la gran teoría del todo constitucional. No nos atrevimos, y me temo que para mí ya es tarde.

Transcribo uno de los párrafos más brillantes y en el que mejor se condensa lo que quiero decir en estas líneas de Francisco Bastida de un trabajo suyo luminoso, «Constitución, soberanía, democracia» (*Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, enero-abril, 1991). Cuando los leí siendo yo su joven tesnando, me abrumó la profundidad y el rigor de un pensamiento que no por ello era menos diáfano y sencillo. En estas líneas se condensaba con una maestría, que no he vuelto a encontrar, el sentido de todo lo que con el tiempo ha sido para mí el derecho constitucional y su difícil relación con la teoría política y del Estado. Si algo le puedo reprochar a Francisco Bastida es no atreverse a seguir esa senda, que ya no era la del orfebre, sino la de la gran teoría del todo constitucional.

En efecto, la cuestión debatida no se resuelve en una dialéctica que ponga frente a frente a Estado-ordenamiento y Nación, porque la posición lógica entre ambos (creador y objeto creado) la hace inviable. Por el contrario, la discusión cobra pleno sentido si, dentro del Estado, se plantea la cuestión de quién encarna la soberanía (o poder ilimitado de crear normas jurídicas). Aquí, *ad intra*, el asunto se dilucida entre «sujetos» (Nación, Monarca, etcétera) que *ad extra*, en relación con el ordenamiento jurídico, son «objetos de esta. En consecuencia, el razonamiento que conduzca a la atribución de la soberanía a este o a aquel «sujeto» no deriva de ningún determinismo ontológico y natural, sino de la previa elección política de un específico punto de partida. La atribución de la soberanía es una función de esta elección, no un principio categórico. La apuesta en favor de la «Nación» contenida en el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, («Toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente»), no se podría entender si se ignorase su fundamento político: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1 de la citada Declaración).

....

De ahí que la soberanía sea, *ad extra*, una cuestión de «Estado» (es decir, de ser o no ser calificable un ordenamiento como jurídico-positivo completo) y que, por el contrario, *ad intra*, su atribución a uno u otro sujeto sea una cuestión de «Estado de Derecho», en el sentido de opción por una concreta estructuración del Estado, tanto de su aparato orgánico como del ordenamiento jurídico general que él personifica y en el que se establece la relación entre el Estado y la Sociedad. Por tanto, el Estado de Derecho (art. 1.1 CE) es una consecuencia del principio de la soberanía colectiva,

pero la articulación de este principio, desde un punto de vista jurídico, solo puede realizarse en el marco de aquel, en el que queda diluido como presunción lógica que se establece tras elegir la Constitución como «Valores superiores del ordenamiento jurídico... la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art 1.1 CE). No deja de ser significativo que el primer principio que proclama la CE sea el de «Estado democrático de Derecho» (art. 1.1) y no el de soberanía nacional (art. 1.2).

Nos faltó ambición, y hubiéramos podido construir desde aquí esa gran teoría del todo constitucional. Una misión que a mí me queda grande desde luego, pero que mis colegas de Oviedo hubieran podido acometer. La segunda generación de constitucionalistas de Oviedo, Juan Luis Requejo (no he perdido nunca la esperanza de que regrese a la que ha sido y será siempre su casa entre nosotros), Alberto Arce Janáriz (que siempre ha sido uno de los nuestros), Benito Aláez, Miguel Presno, Paloma Requejo e Ignacio Fernández Sarasola, seguidos de la ya tercera generación, Leonardo Álvarez, Antonio Franco Pérez, María Valvidares, Abel Arias Castaño, y de la cuarta con Patricia García Majado, podrían y pueden crear un derecho constitucional para el nuevo siglo, que a mí se me antoja el del fin de la era de las constituciones. Yo entre ellos soy simplemente un jurista tenaz, un «salieri» rodeado de «mozarts». La gran obra ya es cosa de ellos, a mí me consuela pensar que quizá pueda verla y hasta discutirla.

He elegido uno de mis trabajos en los que traté de condensar mi tesis doctoral dirigida y probablemente sufrida por Francisco Bastida. De él, porque Ignacio de Otto fue un resplandor que se apagó prematura y dramáticamente, aprendí todo eso y más. Aprendí la paciencia del orfebre, la laboriosidad del trabajo riguroso, el deber de hacerse comprender y ser sencillo incluso en lo más complejo, que somos solo interpretación y perspectiva. Fueron años de una convivencia intensa en una época en la que el área apenas éramos él y yo, y nos empujaba el deseo de hacer el mejor derecho constitucional posible. La vida luego se tejió en direcciones en ocasiones opuestas, y no por eso se rompió el hilo que siempre nos mantendrá unidos. Los maestros no eligen a sus discípulos, son los discípulos los que los eligen. Yo elegí a «Paco» Bastida, y sigo sin arrepentirme.

Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»

Ignacio Villaverde Menéndez

I. La vigencia del canon del debate público robusto y desinhibido

¿Sigue vigente el canon de la libertad de expresión según el cual debe ser la garantía de un debate público «desinhibido, robusto y plenamente abierto» (por emplear la feliz fórmula del juez Brennan en la SCt.US *New York Time vs. Sullivan*)?¹

Ya les adelanto que mi respuesta a ese interrogante es que sí. Sí creo que la función de preceptos como el art. 20.1 CE sigue siendo la garantía de un debate público lo más desinhibido, robusto y plenamente abierto posible. Otra cosa, y esta es la cuestión, es que esa garantía pueda seguir siendo entendida en los mismos términos en la que se ha venido interpretando desde hace dos centurias largas, desde que J. S. Mill propusiese el modelo del «mercado libre de las ideas». ² Algo parece haber cambiado en el contexto sociopolítico en el que debe interpretarse esa garantía. Un cambio al que sin duda han contribuido fenómenos como una globalización que ha convertido a los medios de comunicación de masas en multinacionales de la noticia, las economías globalizadas que han provocado procesos, que parecen inevitables, de concentración de las empresas me-

¹ Sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU. (en adelante, SCtUS), *New York Times vs. Sullivan*, 376 US 254, 270 (1964).

² Sobre la diferencia que debe trazarse entre este modelo y el del «debate público» o «proceso de comunicación pública» véase IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Información y Estado democrático: el derecho a ser informado», *Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1995*, págs. 90, 186, y 309.

diáticas; el terrorismo a gran escala, también «global», que ha mostrado su peor cara con los acontecimientos del fatídico «11 de septiembre de 2001», que ha introducido un preocupante código de silencio; la emergente «sociedad de la información»; la revolución tecnológica de las telecomunicaciones, en particular ese gran misterio jurídico que resulta ser Internet. Si asistimos a un cambio de paradigma en el ámbito de la libertad de expresión y del proceso de comunicación pública, como Owen M. Fiss sostiene, ¿nos sirven los modelos dogmático-constitucionales que hemos empleado hasta ahora para explicar esos cambios y nuevos fenómenos?³

La atractiva tesis de Owen M. Fiss es la de que el paradigma del orador de la esquina de la calle (*the street corner speaker*), que inspiró las reflexiones y teoría de los grandes de la Primera Enmienda como Harry Kalven Jr. («A Worthy Tradition»), quizá debe ceder su paso al de la «CBS», esto es, al de las grandes compañías mediáticas y multimedia. Lo esencial en ese cambio de paradigma, dice O. Fiss, acaso sea que en el paradigma del orador callejero la función de la libertad de expresión es protegerle de las injerencias del Estado. En el paradigma de las grandes corporaciones mediáticas resulta que esa libertad requiere precisamente de la injerencia estatal para asegurar que cumple su función. Y ello porque «la ironía de la libertad de expresión»⁴ consiste en que el Estado puede ser su mayor enemigo, pero también su imprescindible aliado, por cuanto ahora quien puede silenciar la voz de las minorías ya no es el Estado, sino los grandes complejos mediáticos.

Es difícil creer hoy que el paradigma clásico preocupado casi exclusivamente por la plena garantía del emisor de opiniones, ideas y pensamientos, y por los medios tradicionales para su transmisión (prensa y radiodifusión) pueda dar una respuesta adecuada a una cuestión tan simple la ensordecedora presencia de los medios de comunicación en el debate público. El estruendo de los medios se ha hecho tan presente y ensordecedor que ha generado un chocante fenómeno causante de una honda preocupación en los especialistas: un «efecto silenciador»,⁵ o, si se quiere, «una espiral de silencio»⁶ que va paulatinamente desplazando del centro de atención doctrinal y jurisprudencia a aquel, hoy cada vez más remoto, «*chilling effect*» (efecto desaliento), que tantos éxitos judiciales le permitió cose-

³ Owen M. Fiss abrió el monográfico de la *Yale Law Journal*, de 1995, vol. 104, n.º 1, sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana -de lectura imprescindible-, con un artículo cuyo título lo dice todo: «In Search of a New Paradigm» (págs. 1613 y ss.). Véase de FISS, además de los citados, en especial, «La misión democrática de la prensa» y «El reto al que nos enfrentamos», publicados en el libro citado, *La ironía...*, págs. 71 y 105 respectivamente; y su «Building a Free Press», *Yale Law Journal of International Law*, 1995, vol. 20, n.º 1, pág. 187 y ss. Véase también de Marc CARRILLO, *El derecho a la información, entre la ley y la autorregulación*, Parlamento y Constitución, 1998, n.º 2, págs. 2 y ss.

⁴ Como reza el título de uno de sus libros, Gedisa, Barcelona, 1999, traducción de su original publicado en la Harvard Uni. Press, Cambridge -MA-, 1996.

⁵ De nuevo, parafraseo a Owen M. Fiss y su *La expresión y su efecto silenciador*, publicado en su libro ya citado, de título elocuente, «La ironía...», págs. 15 y ss.

⁶ Ahora lo hago de Elisabeth Noelle-Neumann, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Paidós, Barcelona, 1995. Véase también de Martin KRIEHL, *Ehrenschtz und Meinungsfreiheit*, Neue Juristische Wochenschrift, n.º 30 (1994), págs. 1897-1905. Véase también de José Lluís GÓMEZ MOMPART, su *El campo mediático y la sociedad de la información*, en «Los límites de la globalización», Chomsky/García/Gómez/Doménech/Comas, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 47 y ss.

char a la libertad de expresión frente al Estado, sobre todo a los medios de comunicación que la invocaban ante la Corte Suprema de los EE. UU., o, como es bien sabido de todos, en nuestro propio Tribunal Constitucional. Curiosamente, la libertad de expresión encuentra hoy sus mayores peligros en quienes precisamente fueron sus baluartes históricos: los medios de comunicación de masas (aunque no por ello haya de dejar de defenderlos frente a la injerencia del Estado).

Estos, a su vez, también están inmersos en un proceso trufado de paradojas. Por ejemplo, la crisis económica que a traviesan la inmensa mayoría de los medios de comunicación, como es el caso de la prensa, y alguno de los grupos empresariales mediáticos ha conducido inevitablemente a un proceso de concentración empresarial en grandes consorcios multimedia. Lo paradójico es que la concentración de medios de comunicación, algo que ha sido visto hasta ahora como uno de los cánceres del pluralismo informativo y del vigor del debate público, parece ser la garantía de su supervivencia. ¿Se puede seguir afirmando que la concentración de medios es negativa para la libertad de expresión?

En la actualidad ya no preocupa tanto que ciertas medidas administrativas o judiciales, aparentemente neutras y no restrictivas de la libertad de expresión, tengan un perverso efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión. Hoy preocupa sobre todo ese estruendo mediático que acalla las voces de quienes no opinan como ellos. La cuestión hoy es cómo proteger la libre expresión de opiniones, ideas e información entendida como *derecho*, para hacer frente a la opinión, la idea o la información usada *como* poder.⁷

Pero estos problemas no se manifiestan solo en ese terreno de la omnipresencia mediática. La necesidad de un cambio de paradigma también se hace evidente en la emergencia de nuevos terrenos a los que los modelos y dogmáticas clásicas de la libertad de expresión no parecen saber dar respuestas satisfactorias. El derecho a la protección de datos personales y su férreo círculo de secretos y confidencialidad;⁸ el derecho del paciente a la información médica sobre su enfermedad y tratamiento;⁹ el derecho a la información medioam-

⁷ Mauricio PEDRAZZA GORLERO, *La Libertá di Stampa nella Postmodernità*, Diritto e Società, 1, 1997, págs. 495 y ss. Véase también a Artemi RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, capítulos quinto a octavo; y FRANCISCO BASTIDA, *Concentración de medios y pluralismo. «Acordes y desacuerdos» entre pluralismo y mercado*, «*Responsa Iurisperitorum Digesta*», vol. II, 2000, Universidad de Salamanca, págs. 76 y ss. Quizá sea el momento de releer a Helmuth PLESSNER, *Grenzen der Gemeinschaft; eine Kritik des sozialen Radikalismus*, Bouvier Verlag H. Grundmann, Bonn, 1972 (2. Aufl.), y a Richard SENNETT, *The fall of public man*, Norton, New York/London, 1996. Véase también de Giovanni SARTORI, además de su *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 2000 (2.ª edic.), su artículo «La opinión teledirigida», *Claves de la Razón Práctica*, n.º 79, págs. 2 y ss.

⁸ En este extremo debo corregir tras la STC 292/2000 una primera opinión mía que ubicaba el derecho a ser informado sobre los datos personales que poseía sobre uno el Estado o terceros no públicos y en qué bancos de datos estaban almacenado en el art. 20.1 d) CE. Tras aquella STC parece claro que el derecho a ser informado en esos casos es una facultad que forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales (Ignacio VILLAVEDE, «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa. A propósito de la STC 254/93», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, págs. 187 y ss.).

⁹ Julio M. LARA MORALES, «El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, n.º 5406, de 29 de octubre de 2001; ALONSO OLEA, «El consentimiento informado en medicina y cirugía», *Revista de Administración Pública*, n.º 155, 2001, págs. 7 y ss.

biental;¹⁰ el derecho a recibir información sobre asuntos y acontecimientos de interés general;¹¹ normativas estatales que imponen obligaciones específicas relativas a la instalación de infraestructuras de la información y las telecomunicaciones;¹² acceso a la información a través de Internet y la Sociedad de la Información;¹³ etcétera. Esta es la batalla que se libra día a día en los tribunales y en los foros académicos preocupados por el asunto.

Y mi tesis es que esas cuestiones ya no puede afrontarse desde la óptica del sujeto activo del proceso de comunicación pública, del emisor de ideas, opiniones e informaciones, porque hacerlo así, parafraseando una vez más a Owen M. Fiss, erige de nuevo a la «CBS», a los medios de comunicación, en el sujeto digno de protección constitucional y apenas permite explicar cuáles sean las razones que fundan las intervenciones restrictivas en el «poder» de la «CBS» sobre la información, pues su «derecho» a la información consiste inevitablemente en su «poder» sobre la misma. En mi opinión, el modelo dogmático en ese nuevo paradigma, ha de ser el que afronta aquella cuestión desde la perspectiva del sujeto pasivo del proceso comunicativo, la del receptor de ideas, opiniones e información. La garantía de este sujeto da razones que explican, tanto la protección constitucional de la «CBS» como las restricciones que el Estado pueda imponerle en su disposición sobre la información, dado que el «derecho» a la información no debe pertenecer a quien tiene «poder» sobre ella.

La realidad es que la libertad de expresión relevante socio-políticamente ya no es la que ejerce el individuo aislado, sino la que ejercen los medios de comu-

¹⁰ Véase la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 1998 (Rs. C-321/96), Caso Wilhelm Mecklenburg/Kreis Pinneberg.

¹¹ Laura Díez BUESO, *Derecho de la información y retransmisiones deportivas*, Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, n.º 6, 1999, págs. 10 y ss.; José BERMEO VERA, «Derechos fundamentales, información y deporte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, págs. 65 y ss. Véase también el Protocolo de Enmienda del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza hecho en Estrasburgo el 9 de septiembre de 1998 (BOE 17 de abril de 2002), en el que se da nueva redacción al art. 9 y se añade un art. 9 bis, ambos con tan elocuentes títulos: «Acceso del público a la información» y «Acceso del público a acontecimientos de gran importancia», respectivamente.

¹² Véase la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y su regulación del denominado «Servicio Universal de Telecomunicaciones», art. 39 y ss. Véase también el Real Decreto-Ley 1/1998, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación y Real Decreto 279/1999, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones. José G. DE GRACIA Y ASENSIO, «Acerca del derecho de las personas sordas a una televisión accesible», *La Ley*, n.º 4578, de 7 de julio de 1998.

¹³ Sobre Internet, Javier BARNÉS VÁZQUEZ, *La Internet y el derecho. Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético*, Cuadernos de Derecho Judicial, «La Ordenación de las telecomunicaciones», 1997, págs. 235 y ss. y el ya citado número monográfico de la *Yale Law Journal*, vol. 104, n.º 7, 1995, en especial el trabajo de Jerry BERMAN y Daniel J. WEITZNER, *Abundant and User Control: Renewing the Democratic Herat of the First Amendment in the Age of Interactive Media*, pág. 1619 y ss.; también el comentario de Julie HILDEN, *The First Amendment and the Internet: Why Traditional Legal Doctrines Apply Differently in Cyberspace*, <http://writ.findlaw.com/hilden/20020416.html>. Sobre la Sociedad de la Información, *Europa y la Sociedad global de la Información: recomendaciones al Consejo Europeo*, http://biblio.uoc.es:443/docs_elec/2704.htm; Otto DEPENHEUER, *Informationsordnung durch Informationsmarkt. Rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, Archiv für Presserecht, Hf. 4, 1997, págs. 669 y ss.

nicación. Ellos son los que trazan las grandes líneas informativas, las que crean las corrientes de opinión. Pero con su estruendo están acallando las voces de los disidentes, y sin necesidad de hacerlo directa y expresamente. Sencillamente, la mayoría escucha y lee lo que los medios dicen, no lo que divulga el «orador en la esquina de la calle». La trascendencia sociopolítica del individuo en el proceso de comunicación pública está en su condición de receptor de información, de sujeto pasivo de ese proceso.

Así es, los grandes casos jurídicos ya no los proporciona el ejercicio individual de la libertad de expresión (una dogmática y jurisprudencia casi reducidas a una repetitiva y común doctrina sobre la resolución del conflicto entre opiniones e información y honor e intimidad), sino el funcionamiento del proceso de comunicación pública y la consecución de su función en un Estado democrático: garantizar el libre e igual acceso de cualquier interesado al debate de los asuntos relativos a la gestión de lo público para poder informarse, y, en su caso, opinar y votar.

Veamos este cambio de paradigma en un ejemplo real. El Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) resolvió en dos Autos, los n.ºs 26/2001 y 80/2001, la inadmisión de sendos recursos de amparo interpuestos por Canal Satélite Digital en los que impugnaba, respectivamente, la autorización gubernamental para que RTVE crease una productora para participar en Vía Digital, y las normas reglamentarias que regulaban el registro de televisiones por satélite de acceso condicionado. En los dos casos el TC consideró que la libertad de expresión de los recurrentes no estaba amenazada, ya que ninguno de los actos o normas impugnados impedían su libre ejercicio del derecho a comunicar información. Sin embargo, si la óptica empleada para abordar los dos amparos mencionados hubiese sido otra, quizá el resultado hubiese sido también distinto porque, al menos en el caso del ATC 26/2001 relativo a la participación de RTVE en la plataforma digital «Vía Digital». La hipotética relevancia del asunto radicaría en que la intervención mediata de la Administración Pública en la creación y sostenimiento de un medio de comunicación puede alterar las reglas del proceso de comunicación pública libre menoscabando el pluralismo informativo.

La garantía constitucional del derecho a recibir información (art. 20.1 d CE) actúa como una garantía institucional del proceso de comunicación pública libre, imponiendo al Estado el deber positivo de proteger que toda información accede libremente al proceso comunicativo, generando pluralismo cuantitativo, y que ese acceso y su circulación se hace en condiciones de igualdad, promoviendo así el pluralismo cualitativo. Así pues, el pluralismo informativo posee dos dimensiones, resultantes de la mencionada garantía institucional. Por un lado, la libertad de acceso, y por otro, la igualdad en el acceso. La consecuencia de esta construcción es que el Estado no puede intervenir en el proceso de comunicación pública para alterar la libertad de acceso o para alterar las condiciones de igualdad del acceso. En ello consiste su neutralidad. En el caso presente, dicha neutralidad se habría roto cuando el Estado interviene en el proceso de comunicación, no para alterar el libre acceso, sino las condiciones de igualdad, ya que, de forma encubierta está *subvencionando* (pues su participación en «Vía Digital» implica fundamentalmente inyección de recursos económicos, bien directamente, bien indirecta-

mente a través de la emisión de programas de producción del ente «TVE Temática, S.A.» a un medio de comunicación privado que puede colocarle en una situación, al menos de ventaja económica respecto de los demás medios que también pretenden acceder y operar en el proceso.¹⁴

En esa batalla la garantía de los *derechos del público* resulta crucial. La tesis que ahora deseo defender es que una eficaz garantía de los derechos del público puede ser el modo eficiente de enfrentarse y dar una respuesta jurídica cabal a los nuevos retos de la comunicación globalizada. Asumirlo así implica un cambio de perspectiva radical, pues, el tratamiento jurídico del proceso de comunicación pública tendrá como prioridad garantizar la libertad e igualdad del receptor de información y la estructura abierta y libre de aquel proceso de comunicación pública que haga posible un debate público «simétrico» donde pueda atenderse a la fuerza del mejor de los argumentos. Hacerlo así exige que nos preguntemos sobre qué público y qué información son el sujeto y el objeto de esa capital garantía constitucional, lo que difícilmente se puede contestar sin desentrañar el nudo que une el Estado democrático con el proceso de comunicación pública.

II. Constitución liberal-democrática y el proceso de comunicación pública

1. *El debate público, sustento de la democracia. Sobre una teoría democrática de la libertad de expresión*

La conexión entre la comunicación pública y el Estado democrático está en la función que le cumple desempeñar a la primera. Función que realiza porque así se lo impone el Estado democrático. El Estado democrático es una forma de gestión de lo público. Toda decisión sobre lo público en el Estado democrático, es decir, toda decisión sobre las cuestiones relativas a la gestión de los asuntos públicos, aquellos que afectan o pueden afectar a cualquiera de los miembros de la comunidad directa o indirectamente, requiere de la preexistencia de procedimientos que permitan la participación de los miembros de esa colectividad en la toma de esa decisión. Procedimientos en los que, además, los miembros de la colectividad sean tenidos como «personas», esto es, y en lo que ahora interesa, como «interlocutores válidos» en ese debate (en ello se cifra su «dignidad» –Apel–), lo que impone la «simetría» en los mecanismos de participación. En fin, la garantía de la igualdad de condiciones en la participación en esa toma de decisiones y de la libertad tanto en la decisión de participar como en el modo de hacerlo.

¹⁴ Otro tanto, *mutatis mutandis*, pudo argüirse en el caso del ATC 101/2001 relativo a la impugnación en amparo por las cadenas radiofónicas que se mencionan más abajo de la Sentencia del Tribunal Supremo que estimaba parcialmente el recurso contencioso formulado contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decidió que el Gobierno no se oponía, bajo determinadas condiciones, a la efectiva fusión de «Antena Tres de Radio SA» y la «SER» en una nueva entidad, «Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, SA» al cederle a esta la gestión de aquellas dos cadenas radiofónicas. Acuerdo que fue declarado nulo. En este Auto el TC reconduce expresamente la cuestión de la «libertad de organización de los medios» al art. 38 CE.

Entre esos procedimientos de participación está el ofrecido por la garantía constitucional del proceso de comunicación pública. Este proceso es indispensable en el Estado democrático, entre otras razones, porque constituye el presupuesto de la formación de la voluntad política y jurídica de la colectividad que se traducirá de forma directa o indirecta en una decisión sobre lo público. Esa comunicación pública consistente en la libre circulación de ideas, opiniones e información e igualdad de condiciones, es esencial para el Estado democrático pues a través suyo se forman la opinión personal y colectiva y la voluntad política de la colectividad, en un proceso continuo y unitario que incide finalmente en la formación de la voluntad jurídica del Estado.¹⁵

Ese proceso de comunicación tiene por función asegurar un modelo de comunidad comunicativa a través de la imposición de ciertas reglas sobre la comunicación interindividual que garanticen las condiciones ideales de un debate sobre lo público libre e igual, pues solo si ese debate es libre e igual puede afirmarse que quien interviene en él lo hace a título de «persona-ciudadano» (interlocutor válido), parte del Estado-comunidad, y no de «súbdito» del Estado-aparato.

Con todo, la libertad de expresión no puede ser, así lo creo, un mecanismo jurídico para proteger las ideas, opiniones o informaciones *verdaderas, correctas o democráticamente valiosas*, porque se transformaría en un instrumento coactivo. Ni siquiera es un instrumento normativo para proteger un modo de actuar individual dirigido a alcanzar esos resultados. De servir a ese fin la libertad de expresión ya no protegería la autodeterminación individual sobre la propia conducta sustraída a cualquier género de imposiciones unilaterales y heterónomas de deberes coactivos (poder público), sino todo lo contrario, el ejercicio de una *función pública*. La libertad de expresión, para ser tal y garantizar esa autodeterminación exenta de poder público, debe ser un criterio normativo sobre los procedimientos aptos para acceder al proceso de comunicación y al debate o debates que en él puedan tener lugar. Incluso sobre los procedimientos para alcanzar aquellos fines (ideas, opiniones o informaciones verdaderas, correctas o democráticamente valiosas) si el sistema constitucional en cuestión así lo ha decidido.

En esa medida, la Constitución cuando garantiza la libertad de expresión, en tanto protege los procedimientos para actuar *en el marco de la comunicación pública* con libertad, define una «situación ideal del habla» (Apel) y una «comunidad ideal de comunicación» (Habermas)¹⁶ que componen un modelo de comunicación pública que no es más que un conjunto de reglas sobre la forma de acceso a ese proceso y de funcionamiento del mismo para asegurar la libertad e igualdad de quienes participan en él. Solo así se garantiza que la toma de decisiones sobre

¹⁵ En este sentido, *mutatis mutandis*, se expresó la STC 105/1990, fundamento jurídico 7.º, cuando afirmó que al elector no cabe negarle el conocimiento de datos relevantes para sus futuros pronunciamientos; o las distintas Sentencias en las que se protegen informaciones relativas a personajes públicos por ser su conocimiento general un instrumento de formación de la opinión sobre su modo de gestionar la *cosa pública* y por ello de interés para la colectividad que solo así puede realizar un control efectivo de quienes tienen atribuida esa función (por todas, STC 192/1999).

¹⁶ Un breve e ilustrativo resumen de los planteamientos de ambos autores puede verse en Adela CORTINA, «Filosofía del diálogo en los umbrales del tercer milenio», en *La filosofía hoy*, Muguertza/Cerezo eds., Crítica, Barcelona, 2000, pág. 179 y ss.

lo público es el resultado de un proceso en el que han participado «personas-ciudadanos» y no súbditos, y en esa medida se legitima la propia decisión tomada.¹⁷

2. *El derecho a ser informado en el proceso democrático de toma de decisiones*

Si lo relevante para el Estado democrático es proteger el proceso de comunicación pública como uno de los procesos de participación en lo público esenciales al Estado democrático, y en ese proceso debe garantizarse la simetría del propio proceso, esto es, la libertad e igualdad de sus participantes, por cuanto así lo exige su estatuto de persona-ciudadano, la libertad de expresión no puede limitarse a proteger la posición de quien participa en el proceso para expresarse. También debe extender su protección a quien participa pasivamente en el proceso oyendo lo que los demás tengan que decir.

La auténtica, a mi juicio, funcionalización *democrática* del proceso de comunicación pública consiste en que la garantía constitucional de la posición del sujeto activo de dicho proceso está en función (que no al servicio, por lo que luego se dirá) de la posición del sujeto pasivo garantizada por el derecho a ser informado. Aún más, la garantía de los derechos del sujeto pasivo en el proceso de comunicación pública puede ser el sólido fundamento que justifique la intervención del Estado en el proceso y la imposición de restricciones en otros derechos fundamentales, en particular, en los derechos del sujeto activo. La posición del individuo en el proceso de comunicación pública, que ha sido desplazada y acallada por los medios de comunicación, irrumpe de nuevo en ese proceso con la garantía de ese individuo como sujeto pasivo de ese proceso, como receptor de información.

La duda es si el cambio de paradigma impone una *funcionalización* democrática del modelo del proceso de comunicación pública. Esto es, y en lo que ahora nos interesa, si los derechos del público solo son los relevantes para la democracia. Y mi respuesta es que sí. Pero sí en un sentido «procesal», no «axiológico». No hay por qué funcionalizar el modelo dogmático o los derechos del público.

La libertad de expresión del art. 20 CE, como los restantes derechos fundamentales de la CE, son piezas sustanciales y constitutivas del Estado democrático porque definen el estatuto básico de ser humano y ciudadano en el Estado español. No por ello, al menos en nuestro sistema Constitucional, esos derechos fundamentales, y la libertad de expresión entre ellos, están al servicio de la realización de la Democracia, porque ellos mismos ya lo son. En efecto, la Democracia no es un valor (de hecho, no se enumera en el art. 1 CE como tal) que condicione el ejercicio de los derechos fundamentales a su plena consecución, sino un principio estructural del sistema que se realiza en el ejercicio sin trabas de los derechos fundamentales.

Esto implica que los derechos del público protegidos por la Constitución no son solo los derechos a recibir una información *democráticamente relevante*

¹⁷ Véanse las SSTC 105/1990, FJ 7 -no cabe negar a los electores el conocimiento de datos relevantes para sus futuros pronunciamientos- y, en general, la STC 136/1999, asunto Mesa Nacional de HB.

(aquella relativa a asuntos de relevancia pública al versar sobre la gestión o sobre quien gestiona los asuntos públicos); sino los derechos a recibir cualquier información existente en el proceso de comunicación pública, sea o no democráticamente relevante, porque el principio democrático se realiza en la CE mediante la garantía de esa libre recepción de la información que circula en el proceso de comunicación. Por ello, se garantiza también que el proceso esté abierto y sea libre para todo el que quiera participar en él para opinar o informar, pues solo así podrá ejercerse cabalmente el derecho a recibir libremente información. La existencia misma del proceso en esas condiciones de apertura y libertad, y también, desde luego, de igualdad, es lo que realiza el principio democrático en este terreno, y no que el proceso se ponga al servicio de una finalidad democrática y *democratizante*.

La CE ampara un modelo ideal de proceso de comunicación pública que es el que se supone satisface el interés, no menos ideal, de un público bien informado capaz por ello de tomar decisiones racionales a través de un proceso comunicativo regido por el principio de la fuerza del mejor de los argumentos. Además, esta es nuestra opinión, ese modelo no se erige en un objetivo que funcionalice el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE. No son libertades «sirvientes» de ese modelo, sino su instrumento en el sentido de que la CE ha querido que el modo de realizarse ese modelo en la realidad sea a través del ejercicio de las libertades de expresión e información. Su ejercicio servirá para introducir en el proceso toda clase de opiniones e información y permitir a quien interviene en el proceso elegir qué opiniones o qué información recibir.

Y dentro de esa libertad, también es cosa de cada cual elegir la opinión o la información, digámoslo así, «seria» y con ella formarse su opinión sobre las cuestiones con relevancia pública, o elegir la información o las opiniones «basura» para su solaz entretenimiento o para su regodeo en la vulgaridad. También el derecho a recibir información garantiza esa libre elección por muy inútil que sea para la realización de la democracia. Ahora bien, la compensación a esta amplia garantía consiste en que el receptor no puede exigir recibir solo lo que le satisfaga su interés en la «información basura». Tampoco la «información seria», salvo la que posee el Estado que tiene el deber de difundir. Lo que sí puede y debe exigir es que estén abiertos los canales que en ese proceso de comunicación pública permite realizar aquella libre elección, y también, por ello, la satisfacción de su preferencia por la información «seria».

Inevitablemente, garantizar los derechos del público, el derecho a recibir información, impone la garantía del pluralismo informativo y, por tanto, una determinada estructura jurídica del proceso de comunicación pública.

Esa protección comprende tanto la posición del emisor, como la del receptor de opiniones o información, porque en el proceso de comunicación pública no solo entran en juego quienes deciden participar en la comunicación pública de forma activa, también el público, que está compuesto por individuos que forman parte de esas generaciones vivas que ejercen la soberanía. La garantía de la comunicación pública debe tener en cuenta la posición jurídica que en ella ocupa ese público y la garantía de que su opinión y voluntad política debe formarse libremente y en condiciones de igualdad.

Que esto sea sí impone, a mi juicio, el abandono de cualquier modelo economicista del proceso de comunicación pública. El proceso de comunicación pública en modo alguno puede concebirse como un «mercado» de las ideas, por mucho que en él operen «empresas». Ni la información es una «propiedad», ni los receptores meros «consumidores» del producto que les ofrecen esas empresas.¹⁸

Este es el fundamento constitucional de las medidas destinadas a corregir las distorsiones que el mercado económico ha provocado en el proceso de comunicación pública, por cuanto la libre concurrencia de fuentes de información, en tanto estas son empresas, se ve intensamente condicionado por los desequilibrios económicos entre esas fuentes de información-empresa, lo que repercute inevitablemente en la pluralidad «externa» de información disponible en el proceso.¹⁹ Es más, y como antes hemos apuntado, la concentración de empresas mediáticas es en ocasiones la única garantía de la supervivencia de ciertos medios de comunicación (véase, si no, la terrible crisis en la que está sumida la prensa alemana). La intervención del Estado en la competencia entre empresas informativas no es solo cuestión de los arts. 33 y 38 CE, sino, y ante todo, del art. 20.

Estos son los derechos del público.²⁰

III. Los derechos del público

Una de las más importantes innovaciones del art. 20 de la CE ha sido proclamar en su apart. d) el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Es un reconocimiento sin precedentes en el Constitucionalismo español, se trata también de una garantía ciertamente original

¹⁸ Sobre el particular, Ignacio VILLAVARDE, *Estado democrático e información...*, cit., págs. 98 y 99. Afirmación que tiene su importancia, por ejemplo, para deslindar los derechos de propiedad sobre el medio de comunicación de sus propietarios y su libertad de expresión ejercida a través del medio de su propiedad. Por ejemplo, la imposición de «derechos de acceso» o de «derechos de rectificación y réplica» a los propietarios de medios de comunicación no constituyen *expropiaciones* de su propiedad, sino restricciones a su libertad de expresión fundadas en la dimensión objetiva del derecho a ser informados de los ciudadanos.

¹⁹ Ignacio VILLAVARDE, *Estado democrático e información...*, cit., pág. 100 a 103. Véase también Raffaello NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, CEDAM, Padova, 1994, y en particular GENTILE, *La disciplina antitrust. Editora, radiotelevisione, telecomunicazione fra disciplina generale e disciplina specifica*, en «Relazione al Convegno il Sistema dell'informazione nel quadro delle telecomunicazione. Recientemente ha publicado Fernando A. DE ABEL VILELA, el libro *Concentración de los medios de comunicación social en el Derecho español y comunitario*, Pons, Madrid, 2002. Véase también el Capítulo dedicado a este asunto del libro *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al Maestro Mario de la Cueva*, Carpizo/Carbonell (coord.), UNAM, México DF, 2000, con trabajos de F. BASTIDA, M. CARBONELL, F. M. LÓPEZ y S. T. PEDROZA. Acaso lo relevante para el proceso ya no sea que haya muchas empresas mediáticas o unas pocas que pueden pertenecer a un solo propietario, o, más bien, a un grupo de diversos accionistas, sino pluralidad real y efectiva de mensajes a través de medidas de pluralismo interno (Pedrazza), reconocimiento de derechos de acceso, establecimientos de servicios universales de telecomunicación (redes abiertas), favorecimiento y facilitación de la instalación y acceso a infraestructuras de telecomunicación, estatutos de redacción, doctrinas sobre el «reportaje leal», etcétera.

²⁰ Una explicación más extensa de esos derechos puede encontrarse en el libro ya citado de Ignacio VILLAVARDE, y más en particular en su *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

en el derecho constitucional comparado. Los distintos fenómenos que se engloban bajo el denominado derecho a ser informado ya habían sido en cierto modo recogidos en los textos internacionales que contienen declaraciones de derechos individuales, y en algunas constituciones, como es el caso de la portuguesa o la alemana. Incluso, en aquellos países democráticos donde estas normas no lo hacen, sus tribunales constitucionales han reinterpretado las clásicas libertades de expresión, prensa e imprenta para dar cobijo al derecho a ser informado, al menos a alguna de sus facetas.

Con la denominación derecho a ser informado se pretende encerrar todos los aspectos de un fenómeno complejo como es el de la posición del sujeto pasivo de la comunicación pública. Complejo por el sujeto, que puede ocupar muy diversas posiciones jurídicas. Puede ser la colectividad o el receptor individual, y este a su vez, puede ser un simple y pasivo receptor del mensaje emitido por otros, o un emisor latente, o sea, aquel que se informa para luego informar a otros (caso del periodista). También es un fenómeno complejo por las conductas que abarca. Desde la pasiva del *receptor-destinatario* de lo que otros transmiten (quien lee el periódico, por ejemplo), hasta la activa del *receptor inquieto*, que es una especie del género de los demandantes de información, que no se limita a ser destinatario pasivo de lo que otros transmiten, sino que se moviliza en la búsqueda y obtención de la información que le interesa (como cuando se acude a un registro o archivo público).

La dicción literal del apart. d) del art. 20, derecho a recibir información veraz, puede llevar a la conclusión más inmediata, y también errónea, de que solo se garantiza el aspecto pasivo por antonomasia del derecho a ser informado, el del receptor pasivo, destinatario de lo que otros transmiten. Sin embargo, el derecho a recibir información del art. 20, a nuestro juicio, garantiza algo más que esa recepción pasiva, pero no todos los aspectos de ese fenómeno complejo que puede decirse conforman el derecho a ser informado.

En el ordenamiento jurídico español, el genérico derecho a ser informado tiene su garantía dispersa en sedes normativas de rango diverso, e incluso posee facetas que carecen de relevancia jurídica en nuestro ordenamiento. El art. 20.1 d) CE no ampara todas las manifestaciones del derecho a ser informado. Por tanto, tampoco es lugar en el que encuentre satisfacción cualquier pretensión de ser informado. La interpretación constitucionalmente adecuada del art. 20.1 d) CE lleva a la conclusión de que ni el derecho a recibir información del art. 20 es solo el derecho reflejo del receptor pasivo, ni la garantía en la que cobijar cualquier posición del receptor de información.

El derecho a recibir información del art. 20.1 d) es un derecho fundamental complejo, como lo es también el género al que pertenece: el derecho a la información o a ser informado. Constitucionaliza el derecho a ser informado como un derecho de libertad a recibir información y es al tiempo una garantía institucional del pluralismo, pero no agota todos los perfiles que conforman este fenómeno complejo. Diversos preceptos en la CE consagran aspectos del derecho a ser informado a través de instrumentos jurídicos muy diversos, imponiendo al Estado obligaciones o integrando como una de sus facultades jurídicas el contenido de un derecho individual (art. 9.3, art. 18, art. 24, art. 51, art. 105 b). En unos casos, los

preceptos constitucionales, como el art. 105 b), concretan deberes jurídicos derivados del reconocimiento del derecho a recibir información del art. 20.1 d). En otras ocasiones, la garantía de ciertos derechos a ser informado se integra en específicas relaciones jurídicas de carácter administrativo, procesal, civil, penal o mercantil, o es información cuyo conocimiento exige una legitimación específica, que los sitúa fuera del art. 20, como el supuesto del derecho a ser informado de la acusación del art. 24. En otros casos el derecho a ser informado se manifiesta como desarrollo legislativo de un derecho social, como un medio adecuado para realizar su programa normativo, caso de la promoción de la información a los consumidores del art. 51.2, que puede encontrar en el derecho a recibir información del art. 20.1 d) un criterio para enjuiciar la adecuación del medio al fin propuesto (sin olvidar otros fenómenos ligados como el derecho a la información medioambiental, el derecho de los representantes sindicales a la información sobre contratación en las empresas, los derechos a ser informado y de acceso a los datos personales, el derecho a la información médica, solo por citar algunos ejemplos).

El art. 20.1 CE garantiza el proceso de comunicación pública en el que se forma la opinión pública a través del reconocimiento de diversos derechos de libertad entre los que se cuenta el derecho a recibir información. Es más, la garantía constitucional expresa del derecho a recibir información impone la protección también con rango constitucional de ese proceso de comunicación pública, concebido este como un modelo de proceso de comunicación alternativo al *mercado libre de las ideas* y al *instituto de la opinión pública* libre.²¹ Esto es así porque el derecho a recibir información, incluso enfocado exclusivamente desde su perspectiva institucional, solo puede existir jurídicamente si le preexiste aquel proceso,

²¹ No se nos escapa la circunstancia de que afirmar que el objeto último del art. 20.1 a) y d) CE es el proceso de comunicación pública conlleva la aparente privación de protección constitucional a los procesos de comunicación *no públicos*. Sin embargo, y como hemos dicho, esto es una apariencia. En realidad, y dado que el derecho a recibir información, como veremos más abajo, no garantiza un derecho de prestación informativa frente a los particulares –no es un derecho a estar o a ser informado–, lo que el art. 20.1 CE en su conjunto debe garantizar es la existencia de un proceso de comunicación en el que concurren una pluralidad de fuentes de información en las que satisfacer el objeto propio del derecho a recibir información, esto es, la recepción de información (mediante el ejercicio de la facultad de libre elección de la fuente, lo que constituye el contenido del derecho en cuestión). Por definición, por cuanto el derecho a recibir información no es un derecho de prestación (que pudiere tornar toda fuente de información en fuente accesible a cualquiera), esas fuentes deben ser *públicas* en el sentido de accesibles a la generalidad (bien por imposición legal o por ser la expresión del libre ejercicio de los derechos a expresar opiniones o a comunicar información). De ahí que ese proceso comunicativo deba ser público. Otra cosa es que el objeto protegido por las libertades de expresión e información haya de ser necesariamente una conducta comunicativa dirigida o accesible a un número indeterminado de personas, en fin, accesible a la generalidad. Nada hay en el art. 20 CE o en cualquier otro precepto constitucional que permita afirmar que los apartados a) y d) solo garantizan conductas comunicativas públicas y no las hechas en procesos de comunicación privados. Así parece considerarlo también el TC cuando no ha tenido reparo alguno en abordar desde la perspectiva de las libertades de esos apartados del art. 20 CE asuntos relativos al contenido de cartas enviadas *privadamente* a un tercero (así en las STC 241/1999 o el ATC 125/2001). Otra cosa es que la intensidad con la que se protegen constitucionalmente las libertades del art. 20.1 CE cuando concurren en una situación dada con otros derechos fundamentales pueda ser distinta (por ejemplo, no produce el mismo daño un insulto hecho en una carta privada que el publicado en un diario nacional).

y solo si ese proceso se da jurídicamente de un modo determinado: como un proceso libre y abierto.

Por ello, como trataremos de explicar, el derecho a recibir información no solo es un derecho de libertad, sino que es también una garantía institucional del carácter plural y abierto del proceso comunicativo, a cuyo respeto vincula tanto al Estado como a los particulares. No cabe duda de que la garantía del receptor de información es una fiel manifestación del peso acentuado de la dimensión objetiva del apart. d) del citado precepto, o sea, de la trascendencia que para el proceso democrático tiene la formación de la opinión individual y colectiva. Por esta razón, difícilmente encajan en la interpretación del «derecho a recibir información» aquellos planteamientos que lo conciben como una garantía meramente refleja de la otorgada a quien la comunica, o como expresión de un interés difuso de la colectividad en ella.

Ahora bien, de la dimensión objetiva del proceso de comunicación pública garantizado en el art. 20 no se derivan los derechos individuales de acceso al proceso de comunicación, sino que este existe, es libre y plural, como consecuencia del efectivo disfrute de los derechos de libertad a expresarse, informar y recibir información que reconoce el art. 20.1 en sus párrafos a) y d) (dimensión subjetiva). El proceso de comunicación pública es la consecuencia jurídica del ejercicio de esas libertades constitucionales, no su fundamento.

El derecho a recibir información precisa para su efectividad de la existencia de esa comunicación pública como tal proceso libre y abierto. Por este motivo, su garantía como derecho de libertad se ve reforzada por una garantía objetiva de la existencia de ese proceso de comunicación, esto es, de la relación de causalidad que une los derechos de libertad del precepto y el proceso de comunicación pública.

A nuestro juicio el objeto protegido por el derecho fundamental a recibir información, derecho independiente del derecho a comunicar información, es la recepción de información. El receptor tiene derecho a saber de todo lo que esté difundido y, también, de todo aquello que deba ser difundido por el Estado o, en su caso, por los particulares, sea cual sea su contenido, porque lo que importa proteger, como ha señalado la STC 6/81, y cito textualmente, es «esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular». La forma en la que el art. 20 garantiza el derecho a ser informado en su apart. d) hace dificultosa su interpretación de acuerdo con los modelos dogmáticos clásicos de los derechos fundamentales, el liberal y el institucional-funcional. Es más, este precepto no garantiza la comunicación pública ni como un mercado libre de las ideas, típico del planteamiento liberal; ni la objetiva en la opinión pública libre concebida como un instituto, típico de la dogmática democrático-funcional.²²

La expresa garantía del derecho a recibir información en el art. 20.1 d) establece una nueva forma de concebir el modo en que se genera la comunicación pública. La existencia de esa comunicación pública ya no es fruto únicamente, como sostiene la dogmática liberal, de la garantía constitucional del emisor de

²² Sobre estas dogmáticas y modelos véase Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Democracia e información*, cit., caps. IV y V.

opiniones e información, ni de la consecuente exclusión de toda injerencia del Estado en el proceso comunicativo que se entabla entre aquellos y sus destinatarios. Esa sola garantía del sujeto activo de la comunicación no basta para evitar las distorsiones que puedan viciar la libertad de la comunicación pública en el mercado libre de las ideas.

Tampoco se salvaguarda con una garantía institucional del interés colectivo en la información, que faculte al Estado para eliminar aquellas distorsiones funcionalizando las libertades del emisor. El derecho a recibir información no es la garantía objetiva del instituto de la opinión pública libre. El derecho a recibir información contiene efectivamente una garantía institucional del pluralismo, pero su fin es el garantizar la existencia de un proceso libre y plural de comunicación pública, porque el derecho de libertad a recibir información requiere de ese proceso libre y plural para su efectivo disfrute.

El mercado de las ideas no produce espontáneamente el flujo libre de opiniones e información indispensable para un efectivo derecho a informarse. Y el instituto de la opinión pública libre sacrifica en ocasiones la libertad del mensaje en favor de su flujo. El derecho a recibir información del art. 20 requiere de ambas libertades, de la libertad del mensaje y de la libertad de su flujo, sin ellas es un derecho individual vacío, por eso su garantía expresa impone un modelo comunicativo alternativo a aquellos otros dos.

El derecho a recibir información del art. 20.1 d) cumple, pues, con una doble función: garantizar al sujeto pasivo el libre acceso a la comunicación y garantizar esa relación de causalidad que une la dimensión subjetiva del precepto (sus derechos de libertad), con su dimensión objetiva, (la existencia de un proceso libre y plural de comunicación pública). El proceso es libre porque los derechos de libertad lo protegen frente a perturbaciones de terceros; y es plural porque el acceso está abierto a cualquiera. En principio todo y todos pueden acceder al proceso de comunicación pública, respetando los límites del art. 20.4 CE. Solo así la comunicación pública cumple con su función democrática de acuerdo con la Constitución española.

Toda la argumentación hasta aquí trazada se apoya en un determinado concepto de información. Lo que se pretende con el proceso de comunicación pública es que el individuo tenga garantizado que podrá conocer todas aquellas cuestiones de interés general, y se presume que es de interés general todo lo que es público. No se trata de que en el ámbito de lo público solo se discuta sobre aquello que se considera de interés general porque su contenido, las circunstancias del caso o las personas que intervienen en los hechos, contribuye a formar adecuadamente una opinión pública útil para la democracia por versar sobre cuestiones relativas a la gestión de la *cosa pública*. Nada hay en la CE que permita colegir semejante funcionalización del concepto de información constitucionalmente amparada en el art. 20.1 d) CE.

Las libertades de expresión e información no están al servicio de este proceso, no son libertades sirvientes. Ellas mismas son el sostén del proceso de comunicación pública en el que se satisface el derecho a recibir información. Por ello, toda opinión o toda información (veraz) están, en principio, protegidas en el art. 20.1 CE con independencia de su utilidad para la formación de la opinión

y voluntad colectivas. Lo capital en la Constitución es la libertad con la que quien así lo desee pueda opinar o informar o informarse, no aquello sobre lo que opina, informa o se informa, por cuanto el art. 20.1 CE tiene por objeto esas conductas, opinar, informar e informarse, y su libre realización, no la o una opinión o la o una información. El art. 20.1 CE garantiza derechos individuales, no instituciones jurídicas. La riqueza del proceso de comunicación pública y su utilidad para el sistema democrático radica en la libertad y apertura con la que acceden al proceso una pluralidad de opiniones e informaciones sobre asuntos diversos (sin perjuicio de que según el asunto pueda establecerse un canon más o menos intenso de protección cuando concurre con otros derechos o bienes constitucionales).²³

La información para el sujeto pasivo de la comunicación pública es todo aquello que es accesible a cualquiera, todo lo que es público, pues lo que salva el art. 20.1 d) CE es el acceso al proceso de comunicación para recibir los actos comunicativos que por el mismo circulan. Por tanto, a estos efectos, no es información solo lo que resulta del ejercicio del derecho a comunicarla, ni es

²³ Sin duda es la STC 192/1999 la que mejor ha definido que debe tenerse por asunto con relevancia pública: «Quienes tienen atribuida la administración del poder público son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE, a saber, cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de estos casos, y cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera, que podrá esgrimir judicialmente su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Con ello no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen. Como cualquier otro ciudadano, goza de la protección que a estos efectos le dispensa el art. 18.1 CE y, naturalmente, podrá hacer valer sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a aquellas opiniones o informaciones que considere lesivas de los mismos. Por tanto, resulta fundamental en estos casos examinar con pormenor tanto el texto como el contexto de la información transmitida, analizando únicamente los datos objetivos que se desprendan de uno y otro» (FJ 7). «En este contexto, no debe soslayarse la circunstancia de que la noticia cuestionada se refiere, indudablemente, al señor Vázquez en su condición de alcalde. El Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquellos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el art. 20.1 CE. Es en ese debate público sobre el ejercicio del poder público, es decir, sobre los asuntos que son públicos porque afectan a todos los ciudadanos, y en el que en esta ocasión también intervino el alcalde de A Coruña, señor Vázquez, en defensa de la legalidad de lo hecho, mediante la nota publicada en la prensa regional aclarando diversos extremos sobre el expediente administrativo de renovación de la concesión del aparcamiento subterráneo a la empresa representada por el tercero en cuestión, donde se forma la opinión colectiva sobre quienes lo administran, lo que repercute en la misma formación de la voluntad del cuerpo electoral y en último término en la voluntad del propio Estado, que expresarán, justamente, aquellos que han accedido a un cargo público» (FJ 8). La STC 83/2002 (FJ 5) afirmó, reiterando lo dicho en la STC 115/2000 (FJ 9): «resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento».

fuente de información solo quien informa a terceros. Información es todo lo que está difundido y ha ingresado en el ámbito de lo público.

Para el receptor, la difusión de un mensaje no implica su previa transmisión, sino que esté a su disposición. En cualquier caso, la fuente no define qué sea información para el receptor, sino que el receptor tiene derecho a informarse de todo aquello que sea accesible a cualquiera, con independencia de la fuente que lo contenga. Esto nos va a permitir establecer una presunción de suma importancia, todo aquello que sea público, accesible, es de interés para cualquiera, por tanto, es información que el receptor tiene derecho a recibir. La carga de la prueba se invierte, y ha de ser quien sostenga la no accesibilidad/publicidad de esa información quien deba enervar la aludida presunción.

La CE no condiciona el derecho a recibir información a que la información reúna ciertas cualidades. Es el receptor quien debe decidir sobre qué informarse, en eso consiste su derecho de libertad. El que el art. 20.1 d) señale que la información debe ser veraz solo pesa como un límite positivo para el emisor de información. No hay un derecho a recibir únicamente información veraz, ni tampoco un derecho a la verdad. La veracidad es una garantía del receptor. Este tiene derecho a que la información que recibe sea veraz. Una veracidad concedida en los términos en los que lo ha hecho el TC: como un canon de diligencia del informador.

Quien difunde conscientemente mensajes falsos, defrauda el interés del receptor en informarse correctamente y vicia la formación de su opinión y su consecuente participación en el proceso democrático. La divulgación de información no veraz perturba el proceso de comunicación pública y lesiona el derecho a recibir información veraz.

Así pues, del genérico derecho a ser informado, el derecho a recibir información del art. 20 garantiza el derecho de todo individuo a decidir libremente sobre su acceso al proceso de comunicación pública para recibir esa información. Además, garantiza el deber del Estado y de los particulares de no impedir ese acceso al proceso para recibirla. Junto a esta protección subjetiva, el derecho a recibir información actúa como garantía institucional del proceso libre y abierto de comunicación pública; esto es, del pluralismo informativo.²⁴

El derecho a recibir información como un derecho de libertad protege la recepción de información frente a cualquier perturbación exterior. La protección es general y universal. Garantiza a cualquiera el acceso al proceso de comunicación pública, y un acceso en condiciones de igualdad. No se desprende de la CE la exigencia de algún tipo de cualificación para ser receptor de información, o de que su recepción esté en función de otra posición jurídica o del ejercicio de otro derecho. El derecho a recibir información se reconoce a todo individuo y no caben representaciones ni intermediaciones sustitutivas de nin-

²⁴ Sobre el asunto véase Artemi RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en especial los cuatro primeros capítulos. También Francisco BASTIDA, *Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales*, en «Democracia y medios de comunicación», Torno (coord.), Tirant lo Blanch/Institut de Dret Públic, Valencia 2002, pág. 65 y ss., y en ese mismo libro el de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo*, pág. 151 y ss.

guna clase; ni siquiera por los medios de comunicación social o los profesionales de la información.

Los derechos de público no son sinónimo de los derechos del cliente o del consumidor.²⁵ Del mismo modo que no cabe confundir el sistema democrático con la voluntad de la mayoría, tampoco es posible identificar los derechos de los ciudadanos a recibir libremente información veraz con la satisfacción de los gustos, las preferencias o los apetitos individuales. Lo que garantiza el art. 20.1 CE es la existencia de un proceso de comunicación pública en la que la libre y plural circulación de opiniones e informaciones hace posible que el individuo pueda satisfacer su interés en estar informado. Pero ni le garantiza que quienes intervienen en ese proceso tengan la obligación de satisfacer sus intereses, ni que en ese proceso circule aquella información que desea recibir. La garantía constitucional del proceso de comunicación no está sometida a la ley de hierro del modelo clientelar de comunicación mediática hoy imperante, aprisionado por los altos costes de las empresas mediáticas y la tiranía publicitaria. Como ha dicho reiteradamente el TC, en ninguno de los apartados del art. 20.1 CE se garantiza un remedo de derecho a la satisfacción de la curiosidad propia o ajena (SSTC 172/1990, 134/1999, 115/2000, 83/2002; STEDH, Caso News Verlag, 11 de enero de 2000).

Su objeto, como ya hemos dicho, es la recepción libre de información veraz por cualquier medio de difusión. La recepción consiste en el acceso a la información. Ese acceso puede llevarse a cabo con una recepción pasiva, donde el individuo es destinatario de lo que otros han transmitido, caso de quien enciende su receptor de radio o de televisión. Pero el acceso también puede realizarse con una búsqueda y obtención de información. Aquí el individuo es en este caso un receptor inquieto que pretende obtener aquella información puesta a disposición de cualquier interesado, como quien decide abonarse a una televisión por cable o acceder a un archivo público.

El derecho a recibir información, como derecho de libertad, garantiza al individuo que ni el Estado ni un particular, salvo que esté legalmente habilitado para ello, puedan impedir el acceso a la información y la elección del medio por el cual hacerlo. La lesión del derecho de libertad tanto puede producirla quien perturba la recepción pasiva de lo transmitido por un tercero, como si perturba la recepción activa, impidiendo el acceso a esa información disponible, o si su propia fuente incumple su deber de ponerla a disposición de cualquier interesado.

²⁵ Ilustra esta crucial diferencia una curiosa contienda entre las cadenas de televisión norteamericanas y la empresa que fabrica cierto tipo de video digital y sus compradores y usuarios. El aparato en cuestión permite grabar los programas elegidos por el telespectador omitiendo la grabación de las pausas publicitarias. A juicio de las cadenas de televisión los telespectadores incumplen su «contrato» con la cadena que les impondría la obligación de ver, y en su caso grabar, aquello que emite la cadena en su totalidad. De otro modo, dicen las cadenas de televisión, el cliente defrauda a la cadena y le «roba» [sic]. Las asociaciones de usuarios, y muy en particular la Electronic Frontier Foundation, ya han alzado su voz señalando, en primer lugar, que no existe tal «contrato», y que el telespectador sencillamente ejerce su derecho de elección. Asimismo, ha sido archivada la demanda que presentó sobre este particular la Paramount (Paramount vs. ReplayTV). Puede seguirse esta curiosa polémica en <http://www.eff.org/IP/Video>.

No se trata de un derecho de prestación, de un derecho a obtener información cuyo contenido sea el deber de un tercero de convertirse en medio de difusión y suministrar al demandante de información aquella que pretende. No es ni un derecho a ser informado o a estar informado, sino de acceso al proceso de comunicación pública y de elección en ese proceso de la información que se desea recibir. Pero, siendo un límite a las libertades de expresión e información de los emisores que concurren en ese proceso, no puede imponerles, ni a ellos, ni a quienes ni siquiera se ha accedido al proceso comunicativo, el deber de convertirse en fuentes de información, ya que en este caso se violaría su libertad negativa de expresión o información.

La protección del derecho a recibir información del art. 20.1 d) también se extiende a la elección del medio a través del cual acceder a la información. El medio de difusión es un instrumento de ejercicio del derecho a recibir información que consiste en toda fuente que contenga información accesible a cualquiera. Todo medio ha de tener un tratamiento igual y cualquier discriminación de un medio en favor de otro o su preterición por el Estado o los particulares supone una lesión en el derecho a recibir información por el medio que el receptor elija de entre los existentes. La disponibilidad del medio deriva de su mera existencia, y el ordenamiento jurídico, si acaso, podrá establecer que pese a existir no sean disponibles. Esto es así porque el precepto indica que la difusión y recepción de información podrá hacerse por cualquier medio. No obstante, no se trata de un derecho de prestación al medio. El receptor no puede obligar a que un tercero acceda al proceso de comunicación e informe ni a que se pongan a su disposición por el Estado fuentes que no tienen la obligación de difundir su información. En definitiva, hay un derecho a la disponibilidad de los medios existentes, pero no a la existencia de esos medios para satisfacer el deseo de recibir cierta información.²⁶

El derecho a recibir información como garantía institucional del pluralismo: la garantía institucional del pluralismo deriva del déficit de protección del que adolece el derecho de libertad a recibir información. Como libre que es la recepción, es al individuo a quien le compete elegir sobre qué informarse y a través de qué medio. El derecho de libertad, para ser efectivo, requiere poder elegir libremente entre diversas opciones en igualdad de condiciones, entre las distintas informaciones accesibles y entre los diversos medios de difusión existentes. El derecho de libertad a recibir información no puede asegurar que exista el proceso en el que todas esas distintas opciones concurren en igualdad de condiciones, es decir, no puede asegurar que la comunicación pública se desarrolle como un proceso libre y plural en el que todos pueden participar y todo puede ser dicho, en

²⁶ Sobre la relevancia de la libertad de elección del medio para la satisfacción del derecho a recibir información es muy ilustrativo el caso de las «antenas parabólicas» (el derecho de los inquilinos a instalar antenas parabólicas en el exterior de su vivienda alquilada frente a la negativa de su propietario) resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG). Sobre este curioso asunto véase Ignacio VILLAVARDE, «Actividad informativa y derecho privado», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, págs. 219 y ss., en especial págs. 226 y ss. Véase también Josef MEHRINGS, *Die Parabolantenne - eine unendliche Gesichte?*, Neue Juristische Wochenschrift, Hf. 35, 1997, págs. 2273 y ss.

los límites del art. 20.4, generando esa pluralidad de opciones que permiten al individuo hacer efectiva su elección y, por consiguiente, su derecho a recibir información. La garantía institucional del pluralismo actúa, pues, como salvaguarda de la apertura y libertad del proceso, vital para la democracia, vinculando al Estado y a los particulares a su respeto.

No quiere decirse con ello que la garantía institucional lo sea de un óptimo pluralismo, entendido este como una óptima concurrencia real de mensajes y fuentes de información en la comunicación pública. El pluralismo garantizado consiste en la apertura del proceso, dentro de los límites del art. 20.4, a cualquier individuo o mensaje, lo que indudablemente tendrá como consecuencia la concurrencia de mensajes diversos. Pero los derechos de libertad que garantizan ese acceso al proceso de comunicación pública no tienen como fin lograr una concurrencia óptima.

La garantía institucional vincula al Estado al proceso de comunicación pública de forma positiva, imponiéndole deberes de protección del derecho a recibir información que pueden consistir en su defensa frente a los particulares, imponiéndoles límites a sus derechos fundamentales, o en su promoción estableciendo las condiciones necesarias para que el acceso a la información sea efectivo (infraestructura en comunicaciones, la propia participación del Estado en el proceso de comunicación pública como un emisor más, etcétera).

Pero también la garantía institucional impone un límite infranqueable a esa acción positiva del Estado que viene a completar su deber de abstención derivado del derecho de libertad a recibir información. Su acción positiva no puede perturbar la libre elección del receptor sobre la información que desea recibir ni sobre el medio empleado para informarse. Ni tampoco puede sustituir a los derechos de libertad de expresión y a comunicar información, premisas del proceso de comunicación pública, en la producción del pluralismo que hace efectivo el derecho a recibir información.

IV. ¿Qué hay de nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?

Lo cierto es que nada nuevo hay en la jurisprudencia reciente del TC sobre este asunto, a pesar de que mucho ha cambiado desde 1997 la doctrina del TC sobre la libertad de expresión.²⁷

En efecto, el TC ha llevado a cabo un sutil pero intenso cambio en su jurisprudencia sobre el art. 20.1 CE en los casos de conflicto con otros derechos fun-

²⁷Tampoco la jurisprudencia comparada ofrece novedades. Ni la SCtUS (acaso la Sentencia en el caso *Turner Broadcasting System vs. FCC*, 114 SCt.US 2445 (1994); ni el BVerfG (Decisiones de 24 de enero de 2001, 1BvR 2623/95 y 622/99 sobre radiotransmisión de vistas judiciales, la de 17 de diciembre de 1999, 1BvR 1611/99 sobre la publicación de un libro en el que se hacían afirmaciones comprometedoras acerca del pasado de un diputado federal; la de 11 de noviembre de 1997, 1BrV 1/91, relativa a la retransmisión de acontecimientos de interés general); ni el TEDH, con la excepción de las Sentencias de 25 de agosto de 1998 en el Caso Hertel sobre la prohibición judicial en Suiza a un científico de que afirmase públicamente que el uso de microondas podía perjudicar la salud; y de 11 de enero de 2000, Caso News Verlag, en el que se llega a decir que el derecho a ser informada de la colectividad puede llegar a imponer el deber de informar sobre asuntos de relevancia pública.

damentales (no así respecto de su doctrina sobre creación de medios de comunicación que sigue detenida en la doctrina sentada en las SSTC 206/1990, 127/1994). De un lado, ha afirmado que en estos supuestos el TC ejerce una auténtica jurisdicción revisora de lo decidido por los tribunales ordinarios, no limitando su juicio al mero examen de la razonabilidad de la «ponderación» judicial de los derechos fundamentales concurrentes (SSTC 200/1998, 134/1999, 115/2000, 49/2001, 46/2002, entre muchas). De otro lado, el TC ha hecho un ímprobo esfuerzo por clarificar su canon. Primero distinguiendo entre la vía civil y la penal; más restrictiva esta que la otra. En segundo lugar, abandonando el canon de la preponderancia, y sosteniendo que en los casos en los que información y opinión se conciten en un mismo texto o en unas mismas palabras, ya no se debe estar a la finalidad del mensaje o a que elemento prepondera más para aplicar el canon del apartado a) o el del apartado d), sino que debe aplicarse uno u otro según se trate de expresiones de juicios subjetivos y de valor o de narraciones de hechos. Luego subrayando que solo pueden ser objeto de protección constitucional aquellas opiniones que no sean formalmente injuriosas o innecesarias y las informaciones veraces; pero advirtiendo que por el hecho de que una opinión o una información no sean objeto de la garantía del art. 20 no por ello lesionan los otros derechos fundamentales con los que supuestamente han colisionado (STC 180/1999, 192/1999). Por último, el TC ha elaborado una interesante doctrina sobre el error informativo (STC 192/1999), profundizado en la de los personajes públicos distinguiendo los que lo son propiamente por gestionar directa o indirectamente la cosa pública (STC 192/1999) de los denominados «personajes con notoriedad pública» (STC 134/1999), y aquilatando la del «reportaje neutral» (SSTC 134/1999 y 76/2002). Pero quizá lo más llamativo de estos últimos años ha sido el evidente abandono de la interpretación institucional de la libertad de expresión. Ya no forma parte del canon para determinar el objeto del art. 20 CE examinar si la opinión o la información enjuiciadas contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre. El que así lo hagan al versar sobre asuntos con relevancia pública (definidos en la STC 192/1999) será una circunstancia más a tener en cuenta para medir la proporcionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales ajenos y constatar si el ofendido tiene o no el deber de soportarla, actuando la libertad de expresión como un límite a sus derechos fundamentales.

Estos son solo algunos ejemplos de ese nuevo rumbo trazado por el TC en estos últimos años. Pero este esfuerzo no ha tenido reflejo alguno en la doctrina del derecho a recibir información, a pesar de que ocasiones ha tenido para hacerlo.

Recordemos lo que sostuvo el TC hasta mediados de los años noventa del siglo pasado.

Para el TC y la mayoría de la doctrina española la mención literal del derecho a recibir información en el art. 20.1 d) parece subrayar que la diferencia entre el apart. a) y el d) del precepto estriba en que este último fundamenta su tutela constitucional en la satisfacción del interés colectivo en la información, principio positivizado y objetivado en el derecho a recibir información del precepto, lo que le dota de un valor y posición preferentes en el ordenamiento jurídico. El apart. a) reconoce ante todo un derecho de libertad con el que dar satisfacción al

interés predominantemente individual en expresarse con libertad. Sin embargo, el interés colectivo en la información, que fundamenta la garantía del derecho a comunicarla como un derecho fundamental, hace que se conciba este derecho como una libertad al servicio de la institución que objetiva aquel interés: la opinión pública libre. Si no se satisface ese interés en la información, es decir, si no se contribuye a la formación de la opinión pública libre, se pierde la protección constitucional porque se abusa o se simula ejercer una libertad cuando en realidad se ejecuta una actividad distinta que carece de garantía constitucional. Sucede, que la formación de la opinión pública no se presenta como un proceso formal de concurrencia de diversas opiniones o informaciones (funcionalización procesal), sino como un criterio valorativo, pues esa opinión pública solo se forma si se le comunica un determinado tipo de información (funcionalización axiológica), la única capaz de generar pluralidad, lo que lleva a un análisis funcional-valorativo de la libertad de información. Esta libertad no solo contiene un derecho de quien informa, también su deber de hacerlo como exige la constitución, porque solo así se satisface el interés colectivo protegido en el art. 20.

De ahí la ambivalencia del derecho a comunicar información. Por un lado, quien informa debe hacerlo en libertad, porque solo así se obtiene una información libre capaz de satisfacer el interés colectivo en la información, que por supuesto, es un interés sobre esa información libre. Por eso se protege al emisor de información de injerencias externas en su conducta comunicativa. Por otro lado, también debe protegerse a la información del sujeto que la comunica con el fin de impedir su adulteración. En realidad, la información se transforma a manos del TC en un valor al que debe someterse quien desea informar a terceros, y no el mero producto de la comunicación. La libertad de informar actúa, pues, *ad extra* frente a terceros para proteger al informante. Pero también actúa *ad intra*, ya que esa libertad se convierte en una exigencia para el informante, porque la libertad se le impone como un valor a respetar sobre su acto comunicativo, que él mismo debe proteger frente a terceros. Hay un deber de comportarse de cierto modo para entender que en efecto se comunica información libre. Si quiebra alguno de estos aspectos se está defraudando el interés de todos en ser informados sin manipulaciones y engaños.

Este es el núcleo del modelo dogmático del instituto de la opinión pública libre que ha mantenido el TC hasta 1997. De ese instituto, que objetiva la protección del interés colectivo en la información, se hacen derivar las posiciones jurídico-subjetivas de los sujetos que intervienen en la comunicación y circulación de la información, puestas al servicio del «derecho a ser informada» de la colectividad.

La mención constitucional del derecho a recibir información tendría como función hacer explícita la necesaria garantía de este interés colectivo como núcleo de la dimensión objetiva del derecho a comunicarla. La identificación que el TC hace de la colectividad como sujeto del derecho a recibir información del art. 20.1 CE (STC 105/83 FJ-11.º; STC 168/86 FJ-2.º; STC 6/88 FJ-5.º) parece avalar la reducción del contenido y ámbito del derecho a recibir información a la garantía institucional de la satisfacción de ese interés colectivo (STC 197/91, sobre todo en el FJ-4.º). A juicio del TC, el derecho a recibir información es una

«redundancia» del derecho a comunicarla (STC 6/81 FJ-4.º), que opera como una garantía objetiva del interés colectivo en una adecuada información (SSTC 159 y 168/86).

Para el TC no hay comunicación sin un receptor del mensaje (STC 6/81 FJ-4.º); aunque, no por esto, la posición jurídica del receptor haya de ser garantizada con el reconocimiento de un derecho subjetivo individual. Pese a que el TC tenga en ocasiones por derechos de libertad el derecho a recibir información y el de informar (STC 6/81 FJ-4.º, STC 220/91 FJ-4.º), y califique en una de sus primeras sentencias al derecho a recibir información de «redundancia» del derecho a comunicarla «cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social» (STC 6/81 FJ-4.º), el Tribunal no deriva de esto legitimación o acción procesal individual alguna, y la afirmación del carácter de derecho de libertad se hace por oposición a la de derecho de prestación, precisamente para negar la existencia de este. En la STC 13/85, donde la declaración de secreto de un sumario motiva el secuestro judicial de un reportaje gráfico y donde, además, el Tribunal considera directamente lesionado el derecho a recibir información del individuo, no afirma que este tenga acción judicial alguna para proteger su derecho a recibir esa información. En los asuntos «Vinader» (STC 105/83) o «Egin» (STC 159/86) el TC utiliza el interés colectivo en la información como argumento para establecer los lindes del derecho a informar, pero no solo no menciona el derecho a recibir información como derecho subjetivo, sino que alude al apart. d) como un único derecho: el de comunicar y recibir información.

En la interpretación del apart. d) del art. 20.1 CE que hace el TC a la luz del doble carácter de los derechos fundamentales en un Estado democrático y social de Derecho (son a un tiempo derecho individual –dimensión subjetiva– y elemento esencial de la democracia –dimensión objetiva–), se acentúa la dimensión objetiva de la libertad de información en detrimento del aspecto subjetivo de los derechos a informar y a recibir información. El motivo debe buscarse en el fin que el TC presupone garantizado en el apart. d) del art. 20.1 CE y que diferencia e independiza su garantía de la libertad de expresión del apart. a) del citado precepto: la satisfacción del interés colectivo en la información, condición necesaria de toda democracia (STC 105/83 FJ-11.º). Este interés delimita los derechos a comunicar y recibir información que ven funcionalizado su ejercicio como consecuencia del concepto de información utilizado por el TC. Concepto inspirado a su vez en la función democrática que estas libertades deben desempeñar, cuya consecuencia es la de acoger bajo la protección constitucional toda actividad comunicativa que a su juicio haya contribuido a la formación de la opinión pública libre, reconociendo en ella un fin informativo.

Se trata, en definitiva, de la denominada por el TC «función institucional» del apart. d) del art. 20.1 CE (STC 20/90 FJ-4.º; 171/90 FJ-5.º).

Esta protección central del interés colectivo en la información, que es uno de los aspectos de la garantía de la formación y existencia de una opinión pública, es lo que parece unificar en un solo derecho la comunicación y la recepción de información, privando de entidad propia dentro del párrf. 1.º del art. 20 al derecho

a recibirla, situación que se subraya por la ambigüedad de los pronunciamientos del TC sobre la dimensión subjetiva de este derecho.²⁸ Para el Tribunal ambas posiciones jurídicas, la del informador y la del receptor de información, son las dos caras de una misma moneda; en este caso, de un mismo derecho que sirve a la garantía de un «interés constitucional» protegido por el art. 20.1 CE, la formación y existencia de una opinión pública (STC 159/86 FJ-6.º). Este principio presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (FJ-8.º). De tal manera que el TC afirmará en ocasiones reiteradas que quien no informa de acuerdo con las exigencias constitucionales del ejercicio del derecho a comunicar información, está defraudando «el derecho de todos a la información» (SSTC 6/88 FJ-5.º; 107/88 FJ-2.º; 171/90 FJ-8.º; 172/90 FJ-3.º; 197/91 FF.JJ.-3.º y 4.º; 40/92 FJ-2.º; 123/93 FJ-4.º; AATC 5/1992, 70/1992). No obstante, las referencias que hace al mismo se enmarcan en la garantía institucional de la opinión pública y a la sombra del derecho a informar, sin dejar claro si la «facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos», que menciona su STC 168/86 FJ-2.º, alberga un derecho subjetivo individual.²⁹

No obstante, en ocasiones el TC parece dotar al derecho a recibir información de una cierta autonomía y de un contenido subjetivo. Así la STC 168/86 en su FJ-2.º habla de la existencia de dos derechos distintos contenidos en el apart. d) del art. 20.1 CE, no solo los somete al «interés de todos en conocer los hechos de actualidad», sino que los concreta en «la libre comunicación y recepción de información veraz», para acabar diciendo en su FJ-3.º que:

El derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial en el conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva, y que, por lo mismo, condicionan la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades. O en la STC 127/1994 (FJ 4B) lo califica de derecho de libertad.

²⁸ La tendencia al tratamiento unitario del contenido del párrf. d) del art. 20,1 CE como si de un solo y único derecho se tratara, ya detectada en la STC 6/81 y continuada en SSTC como la 12/82 FJ-3.º, o la 105/83 FJ-11.º que habla de «un doble derecho» de libertad, es un claro ejemplo de la confusión del TC sobre el contenido del derecho a recibir información, pues hay sentencias, como la propia STC 6/81 FJ-4.º, donde tanto habla de dos derechos distintos como de un solo derecho, así, las SSTC 168/86 FJ-2.º y 64/89 FJ-2.º; o sentencias como la STC 13/85 FJ-2.º y 3.º, que lo define como situación jurídica subjetiva propia de los derechos fundamentales, y diversa a la del derecho a informar, o la STC 220/91 FJ-4.º. Véanse, no obstante, otras sentencias en las que se trata al derecho a recibir información como un derecho individual, así las SSTC 12/82 FJ-3.º, 30/82 FJ-4.º, 74/82 FJ-2.º, 13/85 FJ-3.º, 159/86 FJ-8.º, 168/86 FJ-2.º, 6/88 FJ-5.º, 206/90 FJ-6.º, 143/91 FJ-4.º, 220/91 FJ-4.º. Consúltense el voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC 153/85, donde se afirma que el art. 20,1 contiene distintos derechos autónomos entre sí.

²⁹ Así, esa dimensión objetiva e institucional del derecho a recibir información se pone de manifiesto cuando el TC estriba el fundamento constitucional del derecho de réplica en el derecho a recibir información (STC 190/1996, FJ 5).

Es cierto que el Tribunal no ha tenido apenas ocasión de resolver casos de supuesta vulneración directa del derecho a recibir información del apart. d) del art. 20.1 CE. Y las pocas ocasiones en las que ha tenido ocasión de hacerlo, simplemente no lo ha hecho.³⁰ Al final, las referencias del TC al interés colectivo en la información o al derecho a recibir información están ligadas a la veracidad (así parece hacerlo la STC 199/1999, la primera y hasta hora única Sentencia sobre la cláusula de conciencia de los periodistas).

En efecto, el TC ha ligado la falta de veracidad de la información con el derecho a recibir información en los siguientes términos:

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado (STC 6/1988, FJ 5 y en reiterada jurisprudencia que excusa toda cita).

La cuestión que plantea esta doctrina, que está latente en ella, pero sobre la que el TC nunca ha dicho nada, es saber si esa afirmación, ese ligamen entre veracidad de la información y derecho a la información encierra el reconocimiento de un *derecho a la verdad* como facultad del derecho a recibir información. ¿Puede el ciudadano reclamar contra un medio de comunicación que ha publicado información mendaz (es decir, no comprobada diligentemente en los términos exigidos por el TC, –STC 28/1996–), aunque esa información no le afecte ni directa ni indirectamente?

No es una cuestión de fácil respuesta. El TC parece encuadrar ese ligamen más bien en la dimensión objetiva del derecho de todos a la información. No obs-

³⁰ Este es el caso de la STC 119/1996, en la que unos reclusos invocaban su derecho a poseer en su celda una televisión para ejercer su derecho a recibir información, el TC ni siquiera abordó este alegato; y el ATC 79/1999, en el que se impugnaba la resolución del director de un centro penitenciario por la que se le retenían a un recluso unas publicaciones que le fueron enviadas por correo. En este último caso señaló el TC (FJ 4): «Además de lo anterior, es de advertir que el art. 20.5 CE no contiene, por sí solo, un derecho fundamental protegible en amparo sino una garantía en la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 CE, y que los titulares de tal derecho fundamental (el del art. 20.5 CE) no lo son los destinatarios de la obra o publicación que se dice secuestrada –el ahora demandante– sino sus autores o distribuidores (SSTC 53/1983 y 176/1993). Concretamente, en lo que al derecho a recibir información veraz se refiere [art. 20.1 d) CE], se trata de un derecho dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes, e incluso contradictorias, para que puedan participar así en la discusión relativa a asuntos públicos (STC 220/1991), pero el derecho no supone, obviamente, la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que la solicite (ATC 560/1983). La invocación del art. 20.1 d) CE carece, por tanto, de una fundamentación válida, ya que, al hacerlo, el recurrente olvida que el derecho de recibir información veraz que garantiza el precepto constitucional es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación como aquel pretende». Algo pudo haber dicho también en la STC 52/1995 relativa a los límites a la difusión postal de revistas para adultos y pornográficas, o en los AATC sobre el conflicto entre las plataformas de televisión digital, AATC 26 y 80 de 2001, y la frustrada fusión radiofónica, ATC 101/2001.

tante, la mendacidad informativa, la falta de diligencia en la transmisión de información, lesiona el derecho a recibir información, porque lo es a recibir información veraz. Por ello, cuando el medio de comunicación o el informador mienten o incurrir en errores contumaces, lesionan el derecho de los receptores de esa información a recibir información diligentemente comprobada. En este caso, el daño está en la lesión del derecho fundamental, por lo que no se necesita acreditar que la información se refiera o haya afectado de forma alguna al receptor quejoso.

Aunque no quepa probar daño alguno en la esfera jurídica o patrimonial del receptor de información, no por ello la sentencia que declare la lesión de su derecho será un fallo meramente declarativo. La estimación de la reclamación puede aparejar, es más, debería aparejar, la obligación del medio de comunicación de publicar la Sentencia, al menos su fallo, e idénticas condiciones a las contempladas para el caso de las rectificaciones. Además, cabría imponer al medio o al informador la obligación de corregir expresamente la información mendaz (lo que no tiene que hacer en el caso de la rectificación tal y como se regula este instituto en el derecho español).

Estas medidas, y la existencia misma de un derecho a la verdad quizá sea una forma de exigencia de responsabilidades a los medios de comunicación por sus negligencias informativas más eficaz y conforme con el principio de pluralismo informativo que la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva por los errores informativos que otros parecen reclamar.³¹ Pero, en fin, esto es ya otro asunto.

³¹ Sobre el derecho a la verdad, Ignacio VILLAVERDE, *Los derechos del público*, cit. págs. 78 y ss. Véase de P. SALVADOR CODERCH, y su equipo, en sus libros *El mercado de las ideas*, *El Derecho de la Libertad*, ambos publicados en el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990 y 1993 respectivamente. También del mismo autor con CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, Tecnos, Madrid, 1997. De Fernando PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, págs. 209 y ss.



Universidad de Oviedo