

■ Presentación

Los días 19 y 20 de octubre de 2023, la ciudad de Vigo acogió las XXIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.

Aunque cronológicamente la presentación y discusión se produjo en orden inverso, como viene siendo habitual este volumen recoge una primera parte, Estudios, en las que se recogen las ponencias sobre el tema monográfico elegido; y, una segunda, *Crónicas*, que incluye la descripción de la jurisprudencia constitucional correspondiente al año inmediatamente anterior.

Los *Estudios* recogen cinco reflexiones desarrolladas en las sesiones del viernes 20, sobre el tema central de las Jornadas: *Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico*. La primera, debida a Paloma Biglino, lo aborda desde una perspectiva más general. Las cuatro restantes se centran fundamentalmente en la salvaguarda del equilibrio entre los poderes, con atención especial a su funcionamiento independiente. En este terreno, Pablo Lucas Murillo analiza la problemática situación de nuestro poder judicial y las vicisitudes normativas y jurisprudenciales recientes; y, en lo que constituyó la segunda sesión, las ponencias se centran en la independencia: Rafael Bustos y Paz Andrés se ocupan de la judicial, analizando, respectivamente, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y José Luis Piñar se centra en la de las autoridades supervisoras y reguladoras y en el marco de la Unión Europea. No parece necesario insistir en la importancia de todo ello: más allá del análisis teórico, los concretos fenómenos en los que se centran los sucesivos análisis abordan temas que se encuentran en el centro del debate político y mediático, o lo han estado en el pasado inmediato.

En cuanto a la segunda parte, las *Crónicas* a las que se dedicó la primera sesión de trabajo del jueves, se hizo una sucinta descripción de la jurisprudencia recaída en el control de constitucionalidad en asuntos no competenciales, la materia competencial, los derechos fundamentales sustantivos, el derecho a la tutela judicial efectiva, las cuestiones parlamentarias y, en fin, los asuntos relevantes resueltos por el TEDH. Los ponentes, Anabelén Casares, Antonio Arroyo, Carmelo Jiménez, Roberto Alonso, Marta Souto y Carlos Ortega, han presentado una versión escrita mucho más detallada que hace accesible al lector el conocimiento completo de los pronunciamientos recaídos entre septiembre de 2022 y septiembre de 2023.

Primera parte

■ ESTUDIOS

A

■ Estado de Derecho e instituciones democráticas: ¿un modelo en crisis?

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Catedrática emérita de Derecho Constitucional

Universidad de Valladolid

paloma.biglino@uva.es

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La evolución de la conexión entre Estado de Derecho y democracia
 - II.1. Estados de Derecho sin democracia y democracias sin Estados de Derecho
 - II.2. La vinculación de democracia y Estado de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo
- III. La crisis del modelo y el populismo
- IV. Los riesgos en España: la deriva populista de los partidos políticos
- V. Algunos de nuestros problemas
 - V. 1. Estado de Derecho y referéndum
 - V. 2. Estado de Derecho, gobierno y parlamento
- VI. Conclusión

RESUMEN

A pesar de que democracia y Estado de Derecho están íntimamente relacionados, la vinculación que les une está experimentando tensiones, no sólo en países de nuestro entorno sino también en España. Esta colaboración explica, en primer lugar, la concepción de Estado de Derecho y de democracia que impone el constitucionalismo contemporáneo, para luego analizar las tensiones creadas por el impacto del populismo, que también está dejando huella en nuestro país por su influencia en las estrategias de los partidos políticos. Posteriormente, se contemplan algunos de los problemas que se están suscitando en nuestro ordenamiento como consecuencia de algunas propuestas relacionadas con la utilización del referéndum, de una defectuosa articulación entre poder ejecutivo y legislativo y de las limitaciones que afectan a la forma en que se tramitan las leyes.

I. Introducción

Antes de comenzar estas páginas, creo necesario hacer alguna advertencia al lector. No resulta sencillo tratar de la relación entre democracia y Estado de Derecho porque, como veremos a continuación, ambos términos pueden entenderse de muchas maneras. Además, también es difícil delimitar cuándo su relación está en crisis, porque todo depende del modelo de interconexión del que partamos.

Para hacer frente a estos retos, he considerado conveniente aligerar el complejo panorama dejando de lado el análisis del poder judicial y del Tribunal Constitucional. Aunque ambos son piezas claves la democracia y para el Estado de Derecho, son objeto de otras colaboraciones en este volumen. Es preciso reconocer, además, que no es fácil distinguir las exigen-

cias que impone la democracia de las que derivan del Estado de Derecho, porque algunas de ellas son requeridas por ambos términos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el principio de legalidad. La sumisión del ejecutivo a la ley no es sólo un freno a la arbitrariedad, sino también la afirmación de la superioridad de las normas elaboradas por un poder que representa directamente a todos los ciudadanos sobre una autoridad que, sin embargo, carece de dicha naturaleza. Por eso, el lector me disculpe si, en determinadas ocasiones, entremezclo la argumentación, pero ello responde más a la naturaleza de las cosas que a un error de óptica.

Las primeras páginas de este escrito están destinadas a precisar el sentido que se da a nociones tan polisémicas como son democracia y Estado de Derecho, así como la manera más adecuada de configurar su relación. No se preocupe el lector porque, aunque responder a estas cuestiones podría dar lugar a muchos volúmenes, también puede hacerse con cierta brevedad cuando, como ocurre en este caso, la respuesta es meramente instrumental. De este somero análisis se deduce que democracia y Estado de Derecho están tan íntimamente conectados que, en la actualidad, es imposible concebir la una sin el otro y viceversa. Esta relación está, sin embargo, en entredicho porque la interpretación que el populismo hace de la democracia pone en riesgo los propios fundamentos de ambos. Nuestro país, por ahora, se ha mantenido al margen de estos riesgos, aunque no cabe negar que existen problemas. Para detectarlos, se analizan algunas dificultades que puede generar el uso del referéndum, así como ciertas ficciones que resultan del funcionamiento del gobierno y, sobre todo, del parlamento.

II. La evolución de la conexión entre Estado de Derecho y democracia

II.1. ESTADOS DE DERECHO SIN DEMOCRACIA Y DEMOCRACIAS SIN ESTADOS DE DERECHO

Vaya por delante que los constitucionalistas, a diferencia de los filósofos del Derecho o de los administrativistas, no hemos reflexionado en profundidad sobre las obligaciones que impone el Estado de Derecho. Esta laguna puede deberse a que esa noción no estaba (ni está) bien vista por ciertas corrientes de pensamiento, que siguen recelando del principio por considerar que el Derecho es sólo es una superestructura ideada para

garantizar la pervivencia de una estructura económica basada en la explotación del hombre por el hombre. Pero la falta de análisis detenidos también puede responder a que, hasta hace poco tiempo, no existían demasiadas tensiones entre el Estado de Derecho y la democracia. Es cierto que nuestra más autorizada doctrina ha subrayado el avance que supuso la construcción del Estado constitucional de Derecho, máxima expresión del Estado de Derecho, al imponer límites a la voluntad del parlamento y al atribuir al Tribunal Constitucional una función contra mayoritaria¹. También es verdad que siempre han despertado interés las restricciones que el principio de legalidad o la reserva de ley establecen sobre el ejecutivo o las exigencias que la certeza del Derecho o la seguridad jurídica imponen al legislador. Pero, aunque podía debatirse el significado de dichos principios, no había reparos a la hora de aceptar que el carácter democrático de dichas instituciones no las hace *legibus solutus*.

Volviendo al tema que da título a este epígrafe, la primera idea a tener en cuenta es que la relación entre Estado de Derecho y democracia no es, de por sí, necesaria, ya que han existido formas de Estado de Derecho sin democracia y democracias (o, más bien, presuntas democracias) en las que el poder no está sometido a Derecho.

Lo primero puede ocurrir cuando, como afirma D. Grimm², el Estado de Derecho se interpreta en sentido meramente formal. En la Europa del siglo XIX, y en sistemas autoritarios contemporáneos, era (y sigue siendo posible) que el poder público se manifeste mediante leyes que respeten exigencias tales como la seguridad jurídica, el principio de legalidad, la jerarquía normativa o la tutela judicial efectiva. Pero, en estos modelos, ni está asegurado que todos los poderes públicos estén sometidos a la ley ni, sobre todo, que las leyes no vulneren los derechos de las personas.

No cabe desconocer el progreso que supuso la implantación definitiva de esta versión del Estado de Derecho en la época de las monarquías constitucionales europeas del siglo XIX. Entonces no solamente se exigió gobernar mediante leyes, sino que también se impuso que el poder se

¹ Por ejemplo, GARCÍA PELAYO, M., *Obras Completas*, CEPC, Madrid 2009, págs. 3027-3039; RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos; la agonía de la justicia constitucional*, *Fundamentos* n.º 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006, pág. 222; ARAGÓN REYES, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19, 1987, págs. 15-52.

² GRIMM, D., «Majority Rule, Democracy and Populism: Theoretical Considerations», AMATO, G., BARBISAN, B., PINELLI, C., (ed.), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Gran Bretaña, 2023, pág. 54.

sometiera al Derecho, con lo que se limitó la centralidad de la corona en el sistema político. Frente a la arbitrariedad que había caracterizado a la monarquía absoluta, donde la ley era la expresión de la voluntad del soberano, la definitiva implantación del Estado liberal supuso reconocer que sólo las leyes elaboradas por el parlamento en condiciones de publicidad podían vincular a los ciudadanos, sobre todo cuando se trataba de afectar a su propiedad y a su libertad. Además, esa primera concepción del Estado de Derecho supuso afirmar la primacía de la ley (y del órgano representativo que la elabora) sobre la voluntad del monarca y del gobierno que encabezaba.

La primacía de la ley, la reserva de ley y el principio de legalidad siguen siendo elementos esenciales del Estado de Derecho, pero no siempre presuponen o traen como consecuencia la afirmación de la democracia. Con los fascismos del periodo de entreguerras se puso de manifiesto que estos principios no son suficientes. Todavía en la actualidad, hay países en los que el poder público se expresa a través de leyes, lo que sin duda redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, pero donde ni se exige que la ley sea elaborada por un órgano que realmente represente a los ciudadanos ni que los poderes públicos, incluido el propio parlamento, estén sometidos a Derecho³.

Como antes afirmaba, también es posible que existan democracias o, más bien, gobiernos populares sin Estado de Derecho. Para que esto suceda, es preciso entender la democracia en un sentido muy distinto a como esta se estructura en los países de la órbita occidental. Teóricamente, este sería el caso de una democracia exclusivamente directa, porque sería imposible someter a Derecho la voluntad infalible del pueblo. Pero también puede ser (y es el caso) de algunas democracias representativas en las que no hay (o no funcionan) los límites a la voluntad de la mayoría en defensa de los derechos de la minoría.

II.2. LA VINCULACIÓN DE DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

La democracia y el Estado de Derecho se volvieron dos caras de la misma moneda con el constitucionalismo de la postguerra, cuando la

³ RUDOLF, M., «Xi Jinping Thought on the Rule of Law. New Substance in the Conflict of Systems with China», *SWP Comment* n.º 28, 2021, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, <https://www.swp-berlin.org/10.18449/2021C28/>, visitado 20 diciembre 2023.

noción del Estado de Derecho adquirió un carácter sustantivo y se implantó definitivamente la democracia representativa y pluralista. A partir de entonces, el Estado de Derecho exige la democracia y no hay democracia sin Estado de Derecho.

Tanto cuando se defiende una noción sustancial como cuando se mantiene una idea meramente formal de democracia, siempre es preciso reconocer que el pueblo, titular de soberanía, es el centro del sistema político y se expresa a través de representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual y secreto. Ni siquiera los partidarios de la democracia directa pueden sostener que, en las complejas sociedades contemporáneas, el pueblo pueda gobernarse continuamente a sí mismo de forma directa. La concepción de democracia exige, además, que las decisiones se adopten por mayoría, pero con respeto al pluralismo político.

Hace ya años, A. Pizzorusso señalaba que, desde el punto de vista cultural, el pluralismo exige reconocer que la diferencia, y no la semejanza, el disentimiento, y no la unanimidad, el cambio y no la inmutabilidad son los factores que favorecen la paz social. Parte del convencimiento de que nadie es depositario de la verdad por naturaleza o por inspiración divina y que, por ello, la verdad sólo puede alcanzarse a través de la discusión y del encuentro entre las posiciones más diversas. El pluralismo político concreta esta visión en la existencia de grupos (principalmente partidos políticos) que compiten por el poder, en condiciones de igualdad y de libertad, sobre todo en los procesos electorales⁴.

Así entendida, la democracia contemporánea sólo puede funcionar cuando se somete a Derecho y se expresa a través del Derecho. Así, en primer lugar, el Derecho conforma jurídicamente al pueblo. Este, al margen de las normas, puede ser un agregado de individuos unido por vínculos comunes, pero carece de los medios adecuados para que la opinión de cada uno de sus miembros pueda unirse a la de todos los demás, formar una mayoría e imputar dicha voluntad al grupo. En segundo lugar, la Constitución y las leyes son precisamente las normas que determinan en qué manera se participa políticamente, esto es, si de forma directa o a través de representantes, y concretan quién vota, cómo se vota y qué se vota⁵. Por último, el Derecho no sólo establece la forma de funcionamiento del parlamento y del gobierno, sino que la voluntad de dichos

⁴ PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1984, pag. 115.

⁵ BIGLINO CAMPOS, P., «Democracy and Rule of Law: Two Sides of the Same Coin», J. CREMADES, C. HERMIDA (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer Nature Switzerland AG 2022, pág. 2, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_154-1, visitado 1 septiembre 2023.

órganos representativos vincula precisamente porque adopta una determinada forma jurídica.

La noción de Estado de Derecho también cambia con el constitucionalismo de la postguerra porque, al hacerse más sustantiva, presupone la democracia. Durante mucho tiempo se ha debatido acerca del significado del Estado de Derecho y se ha puesto de manifiesto la dificultad que entraña llegar a una noción común. Ahora bien, algunos de estos obstáculos se han superado en la última década. En estos momentos, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea defienden la misma noción, gracias, en gran medida, a la aportación de la Comisión de Venecia en su informe de 2011⁶ y de la Comisión europea, en el Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho elaborado en 2014⁷. Los anexos a este último documento⁸ recogen los mismos requisitos que había anticipado el órgano consultivo del Consejo de Europa.

Para ambas organizaciones supranacionales el Estado de Derecho comprende los clásicos principios de legalidad, seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo y tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales. Ahora bien, el Estado de Derecho también impone que el proceso legislativo sea transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas, así como el respeto a la separación de poderes y a la igualdad ante la ley.

No conviene olvidar, además, que esta noción común de Estado de Derecho ha dejado de ser mero *soft law* porque se ha incorporado al art. 2.a) del Reglamento de condicionalidad, lo que significa que forma parte del parámetro de comunitariedad que deben respetar los Estados miembros, al menos cuando resulten afectadas la buena gestión del presupuesto de la Unión o la protección de sus intereses financieros⁹. Por lo

⁶ *Report on the rule of law*, CDL-AD(2011)003rev, [https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).

⁷ *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, Estrasburgo, 11.3.2014 COM(2014) 158 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0158>.

⁸ *Annexes to the communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, Strasbourg, 11.3.2014 COM(2014) 158 final. https://commission.europa.eu/system/files/2021-08/com_2014_158_annexes_en.pdf, visitado 1 diciembre 2023.

⁹ BIGLINO CAMPOS, P., «El Estado de Derecho como parámetro de comunitariedad: la eficacia del valor y de los principios que lo concretan», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir), BASTARRECHE BENGOA, (coord.), *Solapamientos e interferencias en el control de conformidad constitucional y europea de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 49-75. .

demás, estas exigencias coinciden con las que están repartidas a lo largo de nuestra norma fundamental y, sobre todo, en su art. 9.3 CE

III. La crisis del modelo y el populismo

Vuelvo a la pregunta inicial: este modelo de relación entre instituciones democráticas y Estado de Derecho, que caracteriza a los Estados constitucionales desde el final de la segunda guerra mundial, ¿está en crisis?

A la hora de hablar de modelos, es necesario ser prudentes porque, según el diccionario de la RAE, los modelos son arquetipos, esto es, esquemas teóricos que se elaboran para ser imitados o reproducidos. En la terminología de Max Weber¹⁰, podrían considerarse tipos ideales que no pretenden describir la realidad, sino facilitar su análisis. Vaya por delante, pues, que, a la hora de reflexionar sobre el asunto, comparar el modelo con la realidad (en nuestro caso española) lleva siempre a concluir que dicha conexión está en crisis, porque pocas veces el ser se acomoda a los dictados del deber ser.

Aun reconociendo esta limitación, puede afirmarse que la conexión entre democracia y Estado de Derecho se está debilitando en la última década, desde que algunos Estados, antes democráticos, comenzaron a retroceder. No conviene exagerar estos pasos atrás, porque, como señalaba Daniel Ziblatt, ahora hay más democracias de las que ha habido en la historia de la humanidad¹¹. Pero tampoco cabe despreciarlos, ya que algunas democracias que se consideraban consolidadas están sufriendo los zarrazos de lo que, con poca propiedad, se denomina constitucionalismo iliberal.

Las causas más profundas de este deterioro son, sin duda, de carácter económico y social. Cuando empezábamos a recuperarnos de la crisis económica que comenzó tras la quiebra de Lehman Brothers en 2008, vinieron la pandemia generada por la Covid-19 y, por si esto fuera poco, la invasión de Ucrania y el conflicto palestino-israelí, con su fuerte impacto

¹⁰ WEBER, M., *Economy and Society*, (Ed. Roth G., Wittich C), University of California Press, 1968, págs. 19-22.

¹¹ RIZZI, A., «Daniel Ziblatt. Polítologo de Harvard y coautor de «Cómo mueren las democracias». El populismo de derecha en Europa es una amenaza mayor que el de izquierda», *El País*, 23 abril 2023, <https://elpais.com/internacional/2023-04-23/daniel-ziblatt-el-populismo-de-derecha-es-en-europa-y-ee-uu-una-amenaza-mayor-para-la-democracia-que-el-de-izquierda.html>, visitado 21 diciembre 2023.

sobre la economía de casi todos los países. Todos estos factores, unidos a otros de carácter más permanente y estructural, como son la creciente globalización y la robotización, han producido un fuerte incremento de la desigualdad y un empeoramiento del nivel de vida de muchos ciudadanos. En el ámbito de lo político, la razón, que había guiado el pensamiento occidental desde la edad de la ilustración, ya no está de moda y ha dejado paso a la indignación hacia los poderes públicos, a los que se ve incapaces de hacer frente a la situación. El mismo malestar que, siguiendo de cerca los planteamientos de Stephane Hessel¹², inspiró al movimiento 15-M, sigue persistiendo y no cabe descartar que sea ajeno a fenómenos tan dispares como son las revueltas protagonizadas por los *gilets jaunes* en Francia en 2018 o el asalto al Capitolio a principios de 2021.

Sería posible preguntarse si una situación tan prolongada en el tiempo responde a la idea de crisis, cuya principal característica es provocar cambios repentinos. Pero, dejando este tema de lado, lo que sí es posible afirmar es que en los países que acabo de citar y en otros muchos (algunos de la Unión Europea) avanza el fantasma del populismo.

El eje principal del discurso populista se asienta en una visión de la titularidad de la soberanía que es difícilmente compatible con el Estado de Derecho. En efecto, en algunos planteamientos, el poder constituyente, que en toda democracia corresponde al pueblo, se concibe absuelto de todo límite y, por tanto, autorizado a tomar cualquier tipo de decisiones, aunque estas no respeten el resto de los elementos esenciales del constitucionalismo, como son la división de poderes, los derechos fundamentales y la sumisión de todos los poderes a las normas jurídicas.

Las tensiones en la relación entre democracia y Estado de Derecho se manifiestan, además, en la manipulación de las formas de participación política. Es cierto que, en los países donde ha triunfado el populismo, sigue habiendo elecciones. Ahora bien, estas van precedidas por modificaciones en la legislación que benefician al partido en el poder. En efecto, los elementos estructurales del sistema electoral, como son el diseño de las circunscripciones, el número de escaños que corresponden a cada una de ellas o la fórmula electoral se modifican para favorecer a la fuerza política en el poder. Con la misma finalidad, también se vulneran principios esenciales del procedimiento electoral, como son la necesidad de garantizar la neutralidad de los poderes públicos y la libertad de expresión de todos los contendientes. La manipulación se completa alterando la composición de las comisiones electorales, que son precisamen-

¹² *Indignaos*, Barcelona, 2011.

te los órganos encargados de velar por la objetividad del procedimiento electoral.

Estas alteraciones conducen a parlamentos en los que predomina el partido en el poder y donde las fuerzas de la oposición o bien desaparecen, o bien tienen un peso meramente testimonial. Puede haber diferencias significativas en las políticas sociales o económicas de los sistemas populistas, pero la estrategia es común. De un lado, el poder se concentra en manos del titular del poder ejecutivo, quien, al margen de las instituciones representativas, legitima su autoridad en su conexión directa con el pueblo, establecida a través de plebiscitos, redes sociales o programas de radio y televisión. De otro, se desactivan los controles inherentes al Estado de Derecho, que se consideran una rémora a la auténtica voluntad popular.

IV. Los riesgos en España: la deriva populista de los partidos políticos

España cuenta con garantías para hacer frente al populismo. Lo es, en primer lugar, la estructura territorial, que constituye un sistema de frenos y contrapesos orientado a dividir el poder. En nuestro país, la separación horizontal cumple con la misión que le asignaba Hamilton y Madison, esto es, facilita que la mayoría predominante en una de las zonas territoriales obstaculice abusos por parte de la que gobierne en la otra y que pongan en peligro la posición de las personas¹³.

También el sistema parlamentario puede actuar como impedimento para el avance y consolidación del populismo, al privar al jefe del ejecutivo de la fuente más efectiva de legitimidad, esto es, de la elección popular y al someterlo al control del parlamento. Además, el líder del ejecutivo, en un sistema monárquico como el nuestro, pierde parte de su autoridad porque no es titular de la jefatura del Estado, magistratura que, de esta forma, escapa de las contiendas partidistas.

Estos y otros factores explican que, en términos generales, nuestro Estado de Derecho no haya experimentado el retroceso que ha sufrido en otros países. Por ahora, nuestra posición en el índice elaborado por el World Justice Project¹⁴ se mantiene en un notable (0.73 sobre 1). Ocupa-

¹³ HAMILTON, A o MADISON, J., *The Federalist Papers*, nº 51., <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60>, visitado 15 septiembre 2023.

¹⁴ WJP Rule of Law index, Spain, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Spain/>.

mos la posición 23 sobre 140 países, situación que no ha sufrido retrocesos significativos desde 2015. Esto no significa, sin embargo, que no haya problemas.

Más adelante será preciso analizar las principales dificultades que afectan a España. Por ahora, me parece conveniente abrir un paréntesis para hacer referencia a una de las principales causas que pueden explicarlas, esto es, la deriva que han asumido los partidos políticos. Como es conocido, el art. 6 CE no sólo proclama la libertad de dichas fuerzas, sino que, además, establece ciertos límites. Además de imponerles democracia en su estructura interna y funcionamiento, exige que su creación y el ejercicio de sus actividades se desarrolle respetando la Constitución y la ley. No es cuestión de analizar con detalle la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de las exigencias que impone el principio democrático y que descarta que nuestra democracia sea militante¹⁵. Merece la pena señalar, ahora, que nuestro ordenamiento tampoco establece límites internos a los partidos en lo que se refiere al Estado de Derecho.

Como consecuencia de esta construcción, en nuestro país no es posible impedir, como sin embargo ocurre en la República Federal Alemana, que los partidos defiendan propuestas destinadas a destruir el Estado de Derecho propugnando, por ejemplo, gobiernos arbitrarios. En dicho país, y a diferencia de lo que ocurre en España, el Tribunal Constitucional Federal ha integrado el Estado de Derecho en el orden fundamental democrático libre que menciona el art. 21.2 de la Ley Fundamental y que incluye la vinculación a la ley de todos los poderes públicos, el control de esa vinculación por tribunales independientes y la atribución en exclusiva del uso de la fuerza a órganos estatales vinculados a la ley y sometidos a control judicial¹⁶.

La ausencia de límites a la ideología de los partidos políticos no suscitaba problemas hace unas décadas, cuando todavía estábamos en la tercera ola democratizadora de las que hablaba S. P. Huntington. Sin

¹⁵ SSTC 123/1883, 48/2002, 56/1995 y 226/2016, entre muchas otras. Tuve ocasión de analizar esta jurisprudencia en «La indefensión de la Constitución neutral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 127, 2023, págs. 22-27, <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-127-eneroabril-2023/la-indefension-de-la-constitucion-neutral>, visitado 21 diciembre 2023.

¹⁶ Sobre este asunto, SALVADOR MARTÍNEZ, M., «La prohibición de partidos políticos en Alemania: la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 2017 sobre el NPD», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º30, julio-diciembre 2018, pág. 13, https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/09_SALVADOR.htm, visitado 20 septiembre 2023.

embargo, y como se señalaba anteriormente, las cosas han cambiado y no cabe excluir la existencia de partidos que no solo pongan en cuestión el principio democrático, sino también los fundamentos del Estado de Derecho.

Hasta hace poco tiempo, casi todos los partidos políticos que concurrían a las elecciones prometían impulsar una reforma de la Constitución. No ha sucedido así en las elecciones generales de 23 de julio de 2023. En esta ocasión, sólo se menciona expresamente, de forma casi consensuada, la modificación del art. 49 de nuestra norma fundamental para eliminar la referencia a los disminuidos físicos o psíquicos. Ahora bien, el Estado de Derecho sale mal parado cuando las propuestas electorales van en contra de lo dispuesto en la norma fundamental sin proponer expresamente su reforma. Así sucede cuando, por ejemplo, se promete «resignificar» ciertos preceptos constitucionales, convocar el referéndum previsto en el art. 92 CE para someter a votación propuestas contrarias a la Constitución o blindar derechos frente a las mayorías parlamentarias sin introducirlos, al tiempo, en el título primero de la norma fundamental.

El primer factor que puede haber incidido en esta deriva es la manera en que los propios partidos han interpretado la exigencia constitucional de democracia interna. También en este asunto es preciso tener muy en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es cierto que dicho órgano ha subrayado la importancia de esta exigencia, al señalar que «difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado... si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos»¹⁷. Ahora bien, dicho órgano también ha reconocido que el principio democrático puede ser interpretado de diferentes maneras, por lo que tanto el legislador como los propios partidos gozan de un amplio grado de libertad a la hora de autoorganizarse¹⁸.

La opción más reciente seguida por la mayoría de nuestras formaciones políticas a la hora de diseñar su estructura interna ha sido incrementar los cauces de participación directa en detrimento de las formas representativas tradicionales. Así, se han impuesto las elecciones primarias para elegir al candidato a la presidencia del gobierno y, en algunas oca-

¹⁷ STC 56/1995 y 226/2016.

¹⁸ STC 56/1995. Sobre estos asuntos, recientemente, FERNÁNDEZ ESQUER, C., «La democracia interna en los partidos políticos y su medición», en SALVADOR MARTÍNEZ, M., (Coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, págs. 175-196, Madrid, 2022.

siones, a quienes se incluyen en las listas electorales¹⁹. Es frecuente, además, que las cúpulas directivas de los partidos consulten directamente a los afiliados o simpatizantes acerca de asuntos que son especialmente polémicos²⁰.

Las consecuencias de introducir estas formas de participación directa no han sido los esperados. No tengo datos ciertos sobre este extremo, cuya elaboración son más propias de la Ciencia Política que del Derecho Constitucional. Ahora bien, cabe formular, aunque sea a título de hipótesis que, lejos de favorecer la democracia interna de los partidos, estas formas de participación han fomentado la concentración de poder en las cúpulas y, sobre todo, en quienes son o aspiran a ser presidentes del gobierno²¹. El abandono de las formas de democracia representativa ha propiciado formas de cesarismo en virtud de las cuales las decisiones que antes se adoptaban en asambleas locales, provinciales o regionales, a través de debates y votaciones que exigían negociaciones y cesiones, ahora sean adoptadas por los máximos responsables del partido. Esta concentración de poder tiene, además, *chilling effect* sobre la libertad de expresión. Quienes se muestran críticos con los planteamientos oficiales corren el riesgo de ser expulsados de sus formaciones o, como poco, quedar marginados y perder la posibilidad de ascender en la organización interna o de figurar en las listas electorales.

Y, volviendo al tema que nos interesa, el recurso a las bases en épocas de descontento puede premiar a las opciones más populistas porque estas, al prometer respuestas fáciles a problemas complejos, son las que pueden resultar más atractivas. En definitiva, los propios partidos, antes

¹⁹ REAL, A., «De elegir solo al presidente hasta a los representantes locales: así varían las primarias de los partidos políticos» *Newtral*, 1 agosto 2022, <https://www.newtral.es/primarias-partidos-politicos-espana/20220801/>.

²⁰ Un buen ejemplo es la consulta llevada a cabo por Podemos el 9 de junio de 2023, antes de formar una alianza electoral con Sumar. Más que una pregunta, se trataba de solicitar la autorización de las bases para que el Consejo de Coordinación de la primera de estas formaciones negociara y acordara la coalición con la segunda. (MORALES, E., «Más de 50.000 inscritos de Podemos votan sobre el acuerdo con Sumar: así ha cambiado la participación en las consultas», *Público*, 9 junio 2023, <https://www.publico.es/politica/50000-inscritos-votan-acuerdo-sumar-cambiado-participacion-consultas.html>. Podemos recurre con frecuencia a este tipo de consultas, dado que ha realizado 25 desde 2015. Quizá la más controvertida fue la impulsada en mayo de 2018 ante la polémica levantada por la adquisición de una vivienda por parte de dos de sus dirigentes.

²¹ Acerca de estos riesgos, recientemente, Alguacil González-Aurioles, J. «Democracia interna de los partidos políticos: sentido, razón de ser y proyección en el Derecho Electoral y en el Derecho Parlamentario», en SALVADOR MARTÍNEZ, M. (Coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, Madrid, 2022, págs. 158-163.

o después de llegar al poder, pueden reforzar sus propios planteamientos subordinando las exigencias que impone el Estado de Derecho a lo que decida la mayoría de los convocados.

Otro elemento que puede estar degradando el Estado de Derecho es lo que se ha venido denominando «bloquismo polarizado» y que ha venido a sustituir al bipartidismo que caracterizó a nuestro sistema político desde 1982 hasta 2015. El recrudecimiento del enfrentamiento ideológico puede deberse a un fenómeno de sobrepuja electoral, que impulsa a los partidos más moderados a radicalizar sus propuestas con el objetivo de captar el voto que antes iba destinado a formaciones políticas situadas a su derecha o a su izquierda²². También es posible que la polarización sea una consecuencia (más o menos querida) de los gobiernos de coalición, porque marcan la agenda política del ejecutivo y radicalizan el discurso político.

No cabe desconocer los efectos beneficiosos que los acuerdos para gobernar pueden tener para la democracia, porque permiten superar situaciones de bloqueo y de parálisis institucional en caso de que ningún partido haya obtenido la suficiente mayoría parlamentaria. Además, los gobiernos de coalición, al menos en teoría, fomentan la cultura de la negociación y del consenso, elementos necesarios en toda democracia. Ahora bien, nuestra experiencia enseña que, en algunas ocasiones, generan claros inconvenientes, sobre todo cuando el gobierno, y la mayoría parlamentaria que los respalda, no tienen en cuenta las limitaciones que impone el Estado de Derecho. En estas ocasiones se hacen evidentes las consecuencias más nocivas de la polarización, como son generar excesivas expectativas sobre lo que está en juego en las elecciones, obstaculizar la adopción de acuerdos e incrementar la desconfianza y el conflicto entre las alternativas políticas²³.

Y nuestro país no es ajeno a estos riesgos, ya que la incapacidad de las fuerzas políticas a la hora de llegar a un pacto ha provocado frecuentes y prolongados retrasos en la renovación de órganos constitucionales²⁴. Como mero ejemplo de esta situación de bloqueo baste con recor-

²² CASAL BÉRTOLA, F.; RAMA CAAMAÑO, J., «Sartori, fragmentación y polarización política», *Agenda Pública*, 17 marzo 2019, <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14362/sartori-fragmentacion-polarizacion-politica>.

²³ SINGER, M., «Elite polarization and the electoral impact of left-right placements. Evidence from Latin America», 1995-2009, *Latin American Research Review*, vol. 51 no. 2, 2016, pág. 176.

²⁴ Sobre estos problemas, BAAMONDE GÓMEZ, L., «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la «cesta institucional», *Revista de Derecho Político*, nº 113, 2022, págs.71-93.

dar que el Consejo General del Poder Judicial estuvo más de cinco años en funciones.

V. Algunos de nuestros problemas

V.1. ESTADO DE DERECHO Y REFERÉNDUM

La primera distorsión puede estar relacionada con las críticas a la representación y con las demandas de mayor participación ciudadana que se generalizaron tras el estallido de la crisis económica de 2008.

Es posible que, en el Estado liberal, la representación obedeciera a una concepción elitista del poder público, marcada por la desconfianza hacia la mayor parte del pueblo, a cuyos integrantes no se les reconocía capacidad suficiente para tomar decisiones que vincularan a todos. Pero no parece que se pueda formular este reproche a las democracias contemporáneas, que se fundamentan en la soberanía popular y en el sufragio universal. En sentido opuesto, la experiencia histórica demuestra que la única forma de democracia posible es la representativa²⁵.

Cuando los que se reivindican son nuevas formas de democracia deliberativa, no parece que la relación entre Estado de Derecho y democracia corra peligro. Este es el caso, por ejemplo, de los cauces abiertos en ayuntamientos y asambleas legislativas de algunas comunidades autónomas para que los ciudadanos presenten enmiendas al articulado a las iniciativas legislativas, formulen preguntas al ejecutivo o acudan a audiencias abiertas durante el procedimiento legislativo²⁶. Estas formas de participación no son demasiado distintas de las instituciones participativas que se introdujeron en las constituciones en el periodo de entreguerras²⁷, ya que permiten que los poderes públicos tengan en cuenta un abanico más amplio de informaciones y de ideas. Además, no ponen en cuestión que la decisión final corresponda a las instituciones representa-

²⁵ Por ejemplo, para ARAGÓN REYES, M., la única forma de democracia posible es la parlamentaria. «Democracia y Parlamento», *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 129-155, <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/138>, visitado 20 septiembre 2023.

²⁶ Para un análisis detallado de estas medidas me remito a GARCÍA-ESCUDERO, P., «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 171-216.

²⁷ Pizzorusso, A. «Democrazia partecipativa e attività parlamentare», en *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, AAVV, Milán, 1980, pp. 133 y sig.

tivas ni que el acto final esté sujeto a las formas de control que exige en Estado de Derecho.

Otra cosa es lo que sucede con el referéndum, sobre todo cuando este no es normativo, sino que es convocado por el ejecutivo para someter a votación decisiones políticas de especial transcendencia. Esta institución suscita problemas de hondo calado. Recordemos que, como cualquier tipo de referéndum, es binario, porque obliga a los ciudadanos a decidir, con un sí o con un no, asuntos que merecerían una respuesta más matizada. Acudir a la decisión popular impide, además, que se generen los procesos de negociación y cesión que, sin embargo, caracterizan a los órganos de naturaleza representativa. Pero la principal limitación de esta forma de democracia directa radica en que es muy difícil, si no imposible, articularla con los elementos estructurales del Estado Constitucional.

Es cierto que el referéndum acentúa el protagonismo de la soberanía popular, pero lo hace a costa de otros factores clave como como son la división de poderes, el respeto a los derechos de la minoría y, sobre todo, el Estado de Derecho. En cualquier sistema democrático el pueblo, tanto cuando actúa como poder constituyente como cuando interviene como poder constituido representa la fuerza más poderosa, por lo que resulta muy difícil establecer límites a lo que pueda decidir. Esta es una realidad bien conocida por los líderes populistas quienes, como se señalaba al principio de estas páginas, pueden vulnerar lo establecido en la Constitución o provocar cambios antidemocráticos mediante plebiscitos que ponen en cuestión derechos básicos de las minorías²⁸ o que desdican la división de poderes²⁹.

En ocasiones como las que se acaban de mencionar, no sólo sufren estos valores, sino también el Estado de Derecho porque resulta sumamente improbable verificar la sujeción de la decisión popular a Derecho. Buena prueba de ello es que hay quienes sostienen (y esta polémica no es completamente ajena a nuestro país) que una decisión aprobada por el pueblo no puede estar sometida a ningún tipo de control, ni siquiera al que corresponde al Tribunal Constitucional³⁰. El referéndum convocado

²⁸ Sirva como ejemplo el plebiscito que se celebró en Hungría el 2 de octubre de 2016 para que el pueblo aprobara, o rechazara (como finalmente ocurrió) el plan establecido por la Unión Europea sobre acogimiento de refugiados.

²⁹ Sobre este asunto, por ejemplo, SERRAFERO, M. D, EBERHARDT, M. L., «Referéndums en Europa y América Latina. Casos controvertidos», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 2021, n.º 51, págs. 703-726, <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11069>, visitado 1 octubre 2023.

³⁰ Por ejemplo, y como es conocido, el Consejo Constitucional francés se ha declarado incompetente para verificar la constitucionalidad de los referéndums, argumentando precisa-

en Cataluña el 1 de octubre de 2017 puso de manifiesto estos riesgos, porque tuvo lugar a pesar de realizarse en contra de lo previamente dispuesto por el Tribunal Constitucional³¹.

Como antes se señalaba, los problemas no desaparecerían si se activara el referéndum previsto en el art. 92 CE para someter a votación decisiones que son manifiestamente contrarias a lo dispuesto en la norma fundamental. Este sería el caso, por ejemplo, de la propuesta realizada por fuerzas independentistas acerca de la autodeterminación de Cataluña, pero también de las propugnadas por otra fuerza de signo distinto acerca de la supresión del Estado de las Autonomías o de la ilegalización de determinados partidos.

La activación de estos plebiscitos agravaría las tensiones entre representantes y representados y subrayaría todavía más el predominio del ejecutivo sobre el resto de los poderes, ya de por sí muy acusado. En efecto, los procedimientos de reforma constitucional están tasados en nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que, tanto el art. 167 como el art. 168 CE prevén la participación popular, pero una vez que las Cortes Generales hayan concretado los términos del debate. En caso contrario, la libertad del órgano que representa a todo el pueblo en su conjunto estaría sumamente condicionada por el resultado de un referéndum convocado por el ejecutivo, aunque sea con autorización de Congreso de los Diputados. Pero, además, no conviene olvidar que, como antes se señalaba, la utilización cesarista del referéndum ha sido una de las primeras armas utilizadas por los líderes populistas para afianzar su propio poder.

V.2. ESTADO DE DERECHO, GOBIERNO Y PARLAMENTO

Aunque, como hemos visto, hay otras tensiones entre democracia y Derecho, también adquieren importancia las que afectan a la relación entre el gobierno y el parlamento, porque este es el escenario natural del principio democrático.

mente que las leyes aprobadas por el pueblo constituyen expresión directa de la soberanía nacional. (Decisiones n.º 62-20 DC, de 6 de noviembre y n.º 93-313 DC de 13 de septiembre de 1992). Para el caso de España, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J., «El Tribunal Constitucional y la autonomía de Catalunya: crónica de un disparate», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*, n.º 15, 2017, págs. 177-203.

³¹ En la STC 114/2017 dicho órgano había declarado inconstitucional la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación».

Desde sus más remotos orígenes, el Estado de Derecho ha tenido como finalidad defender el principio representativo. Esta es la finalidad de la primacía de la ley que, desde el Bill de Derechos de 1689, se propone acabar con la arbitrariedad del poder ejecutivo, entonces en manos del monarca, sometiéndolo a la ley elaborada por el parlamento. Y es, también, la justificación de la reserva de ley, porque sólo una asamblea representativa, elegida y compuesta por ciudadanos, puede regular las relaciones de estos con el poder sin amenazar a la libertad de las personas. En garantía de ambos principios, el de legalidad está destinado a verificar la sumisión del gobierno y de la administración a la ley, sometiéndolos a control jurisdiccional.

La instauración del parlamentarismo racionalizado ha matizado estas formas de asegurar la representación, porque ha privado al parlamento de su monopolio en la elaboración de las leyes, atribuyendo al gobierno amplias funciones normativas. No parece que, en la actualidad, el ejercicio de la potestad reglamentaria genere más o distintos problemas de los que siempre ha planteado. En todo caso, las nuevas dificultades, de existir, estarían menos conectadas con el principio democrático, por lo que conviene dejarlas de lado. Distinto es el caso de la potestad del gobierno de dictar normas con fuerza de ley y, más en concreto, decretos-leyes, ya que la legislación delegada, además de ser menos frecuente, presupone la intervención parlamentaria.

El excesivo uso de los decretos-leyes en comparación con las leyes dictadas por las cámaras es un problema tan denunciado que ya no es un asunto reservado a los especialistas, sino divulgado por los medios de comunicación³². Según los datos extraídos de la página web del Congreso de los Diputados, durante la XIV legislatura (desde el 3 de diciembre de 2019 al 30 de mayo de 2023, es decir, en un periodo que abarca sólo 30 meses) se han batido todos los récords con la aprobación de 96 decretos-leyes. Es cierto que, en ese lapso de tiempo, hemos vivido una pandemia y una grave inflación derivada de la invasión de Ucrania. Pero también es verdad que, aun así, el número parece muy elevado, sobre todo si lo comparamos con las 117 leyes (orgánicas y ordinarias) que se dictaron en el mismo periodo³³.

No es esta la ocasión de analizar los problemas que entrañan los límites materiales a los decretos-leyes, la correcta interpretación de la ex-

³² Por ejemplo, MARTIALAY, Á., «Sánchez bate récords y se convierte en el presidente que más usa el decreto-ley de la democracia», *El Mundo*, 3 abril 2021.

³³ Senado, Leyes aprobadas. XIV Legislatura (03/12/2019-30/05/2023). <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/leyes/aprobadas/index.html>.

traordinaria y urgente necesidad que justifican su dictado o la abundantisíma, pero polémica, jurisprudencia constitucional acerca de estos temas³⁴. Sin embargo, conviene dedicar alguna atención a otros asuntos que afectan a la tramitación parlamentaria de dichas normas, porque están íntimamente conectados con el principio democrático.

El primero de ellos deriva de la regulación contenida en el art. 151.2 del Reglamento de del Congreso de los Diputados. Este precepto somete el debate de convalidación de los decretos-leyes a las mismas reglas que rigen para los debates a la totalidad. Con esta disposición, se impide la presentación de enmiendas por parte de los miembros de las Cámaras, por lo que la discusión sobre el decreto-ley queda reducido a una mera ratificación³⁵.

Es verdad que buen número de los decretos-leyes se tramitan posteriormente como ley. Ahora bien, aquí surge el segundo problema porque, en virtud de las prórrogas al plazo de presentación de enmiendas, la mayor parte de los proyectos de ley que tienen su origen en decretos-leyes convalidados no terminan siendo aprobados, sino que caducan con el fin de la legislatura³⁶.

Estos resultados no parecen muy conformes con las exigencias que impone el Estado de Derecho y que se mencionaban al inicio de este epígrafe. No es sólo que la ley, única norma del ordenamiento elaborada por un órgano que representa directamente a los ciudadanos, pierda centralidad con respecto a unas disposiciones del ejecutivo que deberían tener carácter extraordinario; es, también, que el Congreso de los Diputados poco puede decir sobre ellas y que dicha cámara, junto al Senado, a veces no son capaces de modificar lo dispuesto previamente por el gobierno. Con ello, unas normas que deberían obedecer a situaciones de urgencia, pasan a incorporarse definitivamente a nuestro ordenamiento, a pesar de que la situación de urgencia haya decaído.

Además de las exigencias que se acaban de mencionar, el Estado de Derecho impone otros requisitos que, aunque son también un límite al

³⁴ Resumida recientemente en el FJ 2 de la STC 18/2023.

³⁵ GÓMEZ LUGO, Y., «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4, 2013, pág. 111, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2097/1073>, visitado 20 noviembre 2023. También CARMONA CONTRERAS, A., «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, n.º 47, 2013, pág. 17, <https://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/download/271142/358773>, visitado 22 noviembre 2023.

³⁶ GÓMEZ LUGO, Y., «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 126, 2022, pág. 169.

poder, vinculan especialmente al legislativo, como son la seguridad jurídica y la irretroactividad de las leyes penales o restrictivas de derechos. El primero de ellos debe ser, además, entendido de manera amplia, tal y como ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este órgano ha señalado que la seguridad jurídica exige, de un lado, «que las normas de Derecho sean claras y precisas»; de otro, «que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables»³⁷.

Habría mucho que decir acerca de estos requisitos en nuestro ordenamiento, porque no estaría de más devolver a la ley la dignidad perdida, estableciendo condicionamientos materiales como son la coherencia interna, la precisión y la concisión. Además, sería conveniente acabar con la legislación motorizada y las leyes cuyo contenido se reduce a meros actos administrativos³⁸. Ahora bien, hay otra exigencia del Estado de Derecho que conecta con los temas que deben tratar estas páginas y que consiste en que, como antes se mencionaba, las leyes sean aprobadas mediante un procedimiento legislativo transparente, democrático y sujeto a rendición de cuentas.

No está claro cómo este requisito ha llegado a los estándares europeos acerca del Estado de Derecho, porque ni la Comisión de Venecia ni la Comisión Europea ni el Tribunal de Justicia aclaran el asunto, al menos según la información de la que dispongo. Lo cierto es que estos requerimientos no son ajenos a nuestro ordenamiento, sino que, en líneas generales, coinciden con las exigencias que el principio democrático impone a la ley para que esta pueda ser una norma que exprese integración política³⁹ y que consisten en que esta refleje la voluntad de la mayoría del parlamento siempre que durante su formación se haya garantizado la participación de la minoría y en un procedimiento público.

No cabe ocultar que, a la hora de verificar en qué medida se cumplen estos requisitos en nuestras cámaras, hay datos preocupantes, no sólo en el parlamento nacional sino también en los autonómicos. Sólo por poner unos ejemplos, merece la pena recordar, en primer lugar, el frecuente uso de dos especialidades procedimentales que deberían considerarse excep-

³⁷ STJUE C504/19 de 29 de abril de 2021, Banco de Portugal y otros, ap. 51; STJUE C-156/21 de 16 de febrero de 2022, Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, ap. 223.

³⁸ Acerca de estas exigencias, FUERTES, M., «Once tesis y una premática para restablecer la dignidad de la ley», *Revista de Administración Pública*, nº177, 20008, págs. 119-155.

³⁹ Tuve ocasión de analizar con detalle este asunto en BIGLINO CAMPOS, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, 1991, págs. 68-73.

cionales, como son la declaración de urgencia⁴⁰ y el procedimiento de lectura única⁴¹. La primera tiene carácter restrictivo porque reduce los plazos a la mitad, lo que perjudica especialmente a los parlamentarios de la oposición. Pero quizá sea todavía más nocivo el segundo, ya que no sólo reduce el derecho de enmienda al articulado, sino que el texto de la ley sólo se discute siguiendo las normas establecidas para los debates de totalidad.

La doctrina más autorizada ha rechazado que este procedimiento pueda utilizarse para textos legislativos de cierta complejidad⁴². De no ser así, se pueden limitar los derechos de las minorías, no sólo porque se restringe su facultad de proponer modificaciones a la ley, sino también la posibilidad de exponer sus críticas y alternativas ante la opinión pública⁴³.

A pesar de estos reparos, las especialidades procedimentales que se acaban de mencionar se han utilizado con gran frecuencia en nuestro ordenamiento. Baste con recordar que, en efecto, se usaron para normas de tanto calado como fueron la reforma del art. 135 de la Constitución⁴⁴, del Código Penal en delitos de terrorismo⁴⁵ o de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴⁶. Este último órgano siempre ha sido tolerante con estas especialidades procedimentales que benefician a la mayoría de las Cámaras en detrimento de las minorías⁴⁷, aunque

⁴⁰ Que reduce a la mitad los plazos ordinarios de tramitación en el Congreso (arts. 93 y 94 Reglamento del Congreso de los Diputados) y a un máximo de 20 días naturales en el Senado (art. 133 Reglamento del Senado)

⁴¹ Art. 150 Reglamento del Congreso, art. 129 Reglamento del Senado.

⁴² Por ejemplo, RUBIO LLORENTE, F., «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, pág. 95, <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24782redc016098.pdf>, visitado 20 diciembre 2023

⁴³ GÓMEZ LUGO, Y., «La tramitación legislativa en lectura única» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, pág. 16, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/470_es.pdf, visitado 10 diciembre 2023.

⁴⁴ Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011.

⁴⁵ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Sobre este asunto, GARCÍA ROCHA, M^a. P., «Diez claves para la correcta articulación del procedimiento legislativo en lectura única», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 108, 2020, págs. 179, <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1485>, visitado 24 noviembre 2023.

⁴⁶ Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

⁴⁷ Por ejemplo, y sobre la tramitación parlamentaria de la Ley citada en la nota anterior, SSTC 185/2016 y 215/2016. También resulta de interés la Opinión de la Comisión de Venecia

esta interpretación haya costado críticas por parte de las instituciones europeas⁴⁸.

También la manera en que se han canalizado las iniciativas gubernamentales en el seno del Parlamento ha generado problemas. En efecto, en nuestro ordenamiento, la redacción de los anteproyectos de ley está regulada de forma muy garantista, dado que se exigen trámites complejos como son someterlos a consulta pública, acompañarlos de una detallada memoria del análisis del impacto normativo⁴⁹ y, en determinados casos, completarlos con los informes previos de otras instituciones que, a veces, tienen carácter preceptivo, como ocurre con los recogidos en el art. 561. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o en el art. 21 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Pues bien, en determinadas ocasiones y para evitar todos estos requisitos, el gobierno se ha servido de su grupo parlamentario para canalizar sus iniciativas como proposiciones de ley, ya que estas no están sometidas a tan gravosa preparación⁵⁰.

Quizá el supuesto que tuvo más repercusión pública fue la presentación de una iniciativa legislativa por el grupo parlamentario socialista para restituir al Consejo General del Poder judicial la facultad constitucional de proponer magistrados del Tribunal Constitucional⁵¹. La proposición no fue bien recibida por dicho Consejo que, en sesión extraordinaria, acordó solicitar al Congreso de los Diputados no sólo que le requiriera su informe sino que también recabase la opinión de la Comisión de Venecia⁵².

Es cierto que, en nuestro sistema jurídico, la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley no es la misma que la establecida para las proposiciones. Ahora bien, no parece que la forma de operar seguida por el ejecu-

sobre la misma norma, esto es, la *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law nº 2/1979 on the Constitutional Court*, CDL-AD (2017) 003, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)003-e).

⁴⁸ Por ejemplo, Informe sobre el Estado de Derecho en 2023... cit, págs. 30-31 y la opinión de la Comisión de Venecia citada en nota precedente.

⁴⁹ Art. 26 Ley 50/1997, del gobierno; art 133 Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

⁵⁰ GÓMEZ LUGO, Y., «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa» cit, pág. 163.

⁵¹ Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 570 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 1 de julio 2022, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-261-1.PDF#page=1.

⁵² «El CGPJ acuerda pedir al Congreso de los Diputados que le solicite informe sobre la proposición de ley de reforma de la LOPJ», 11 de julio 2022, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/EI-CGPJ-acuerda-pedir-al-Congreso-de-los-Diputados-que-le-solicite-informe-sobre-la-proposicion-de-ley-de-reforma-de-la-LOPJ->

tivo haya sido la adecuada. Es cierto que, en esta ocasión, existían razones que justificaban la urgencia, porque se trataba de renovar un órgano constitucional. Pero no parece que obviar la consulta a los ciudadanos y privar a los miembros de la Cámara y a la opinión pública del parecer de los órganos afectados por las normas constituya una forma de proceder que satisfaga las exigencias procedimentales impuestas por el Estado de Derecho.

El último problema al que quiero hacer referencia ha tenido una gran repercusión pública y estuvo a punto de provocar una grave crisis constitucional. Recordemos que el origen del conflicto se sitúa en la presentación de dos enmiendas al texto de una Ley Orgánica que, según reza su título, transponía directivas europeas y reformaba la legislación penal sobre delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas. Las enmiendas no tenían ninguna relación con este contenido. En efecto, la primera de ellas modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial en un aspecto muy sustancial, como era disminuir la mayoría necesaria para que el pleno del Consejo realizara la propuesta de nombramientos de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde. La segunda modificaba la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el objetivo de independizar las propuestas de nombramiento que corresponden al gobierno de las que corresponden a dicho Consejo. Además, suprimía la competencia del pleno del Tribunal Constitucional para verificar la idoneidad de los nombramientos de los magistrados propuestos para dicho órgano.

Ambas enmiendas eran muy polémicas, porque pretendían acabar con el bloqueo en la renovación de ambos órganos constitucionales que, según las fuerzas políticas en el gobierno, obedecía a una actitud obstructionista de los partidos en la oposición. A pesar de este profundo y crispado desacuerdo, la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aceptó la incorporación de las enmiendas al texto de la ley. Esta decisión también resultaba polémica porque, en una reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional había sostenido que debe existir conexión material entre las enmiendas y el texto de la ley que se está tramitando⁵³. Todavía más polémica fue la decisión del Tribunal Constitucional de suspender la tramitación de las dos enmiendas, sobre todo porque lo hizo a través de un auto dictado como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo⁵⁴.

⁵³ Por ejemplo, en las SSTC 115/2019 y 172/2020 y, más recientemente, STC 49/2023, FJ 11.

⁵⁴ Auto TC 177/2022.

Habría mucho que decir sobre esta decisión del Tribunal, que plantea numerosos interrogantes acerca del contenido del derecho de participación política o de los efectos que pueden tener autos dictados en amparo sobre el procedimiento de elaboración de la ley. Pero estos temas, a pesar de su interés, escapan a los objetivos de estas páginas. Conviene sólo resaltar que, como antes se señalaba, la coherencia interna de las leyes es una exigencia del Estado de Derecho, destinada a garantizar la seguridad jurídica. Ahora bien, quizás sería de agradecer que el Tribunal Constitucional mantuviera el mismo criterio cuando le llegan recursos en los que se cuestiona la constitucionalidad de la ley por infracciones procedimentales. Nuestro máximo Tribunal es realmente activo cuando se trata de defender los derechos de los miembros de las cámaras, especialmente de las minorías, a través del recurso de amparo. Sin embargo, no parece que siga la misma orientación cuando se trata de velar por la correcta elaboración de la ley, al menos cuando esta es emanación de la voluntad de las Cortes Generales y no de una asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma. Quizás la nueva definición de Estado de Derecho formulada por las instituciones europeas que, como hemos visto, incluye exigencias al procedimiento legislativo, pueda servirle de estímulo.

VI. Conclusión

Quizás haya más problemas de los que se han enumerado en las páginas precedentes, relacionados, por ejemplo, con el control político. No deja de ser paradójico que la mayor parte de las comisiones de investigación creadas en las últimas legislaturas sean instrumentos en manos de la mayoría para fiscalizar a la oposición. Mas preocupante es, aun, que se creen otras destinadas a indagar posibles casos de *lawfare* en la justicia⁵⁵, porque este tipo de actuaciones ponen en peligro uno de los baluartes del Estado de Derecho, como es la independencia judicial. Pero quizá baste con los ejemplos recogidos en páginas anteriores porque, para muestra, bien vale un botón.

Para concluir, es posible dar a una respuesta al interrogante que se ha planteado en estas páginas y reconocer que, si no hay crisis, existen ten-

⁵⁵ CASQUERO, J., «El Congreso aprueba las comisiones del «lawfare» que el PSOE pactó sobre Cataluña», *El País*, 12 diciembre 2023, <https://elpais.com/espana/2023-12-12/el-congreso-aprueba-las-comisiones-del-lawfare-que-el-psoe-pacto-sobre-cataluna.html>, visitado 20 diciembre 2023.

siones acusada entre el Estado de Derecho y la forma en que operan nuestras instituciones democráticas. Estas fricciones no son tan graves como las que ocurren en otros países de nuestro entorno, pero su existencia aconseja reflexionar acerca de ellas con vistas a superarlas.

Antes se han analizado algunas de las causas que han generado la quiebra. Ahora conviene añadir que las tensiones responden, también, a un cierto descreimiento de algunos principios que ha llevado siglos construir pero que, para algunos, son poco modernos. La manera de superar la tensión es recuperar dichas ideas. Quizá la democracia y el Estado de Derecho tengan que adaptarse a fenómenos tales como las tecnologías de la información y de la comunicación, las demandas de más y mejor participación o los avances de la inteligencia artificial. Pero no cabe olvidar que la representación política es la mejor garantía del pluralismo, que la mayoría no lo puede todo y que todos los poderes, incluido el popular, están sometidos a la Constitución y a la ley.

Bibliografía

- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., «Democracia interna de los partidos políticos: sentido, razón de ser y proyección en el Derecho Electoral y en el Derecho Parlamentario», en SALVADOR MARTÍNEZ, M. (Coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, Madrid, 2022, págs. 145-174.
- ARAGÓN REYES, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19, 1987, págs. 15-52.
- ARAGÓN REYES, M., «Democracia y Parlamento», *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 129-155, <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/138>, visitado 20 septiembre 2023.
- BAAMONDE GÓMEZ, L., «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la “cesta institucional”», *Revista de Derecho Político*, n.º 113, 2022, págs. 71-93.
- BIGLINO CAMPOS, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, 1991.
- BIGLINO CAMPOS, P., «Democracy and Rule of Law: Two Sides of the Same Coin», J. CREMADES, C. HERMIDA (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer Nature Switzerland AG 2022, pág. 2, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_154-1, visitado 1 septiembre 2023.

- BIGLINO CAMPOS, P., «La indefensión de la Constitución neutral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 127, 2023, págs. 15-48, <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-127-eneroabril-2023/la-indefension-de-la-constitucion-neutral>, visitado 21 diciembre 2023.
- CARMONA CONTRERAS, A., «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, n.º 47, 2013, pág. 17, <https://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/download/271142/358773>, visitado 22 noviembre 2023.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C., «La democracia interna en los partidos políticos y su medición», en SALVADOR MARTÍNEZ, M. (Coord.) *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, págs. 175-196, Madrid, 2022.
- FUERTES, M., «Once tesis y una premática para restablecer la dignidad de la ley», *Revista de Administración Pública*, n.º 177, 2008, págs. 119-155.
- GÓMEZ LUGO, Y., «La tramitación legislativa en lectura única» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, págs. 2-12, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/470_es.pdf, visitado 10 diciembre 2023.
- , «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4, 2013, pág. 102-117, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2097/1073>, visitado 20 noviembre 2023.
- , «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 126, 2022, págs. 155- 187, <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-126-septiembre-diciembre-2022/efectos-de-la-fragmentacion-del-congreso-en-la-funcion-legislativa>, visitado 1 diciembre 2023.
- GARCÍA-ESCUDERO, P., «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 171-216.
- GARCÍA ROCHA, M^a P., «Diez claves para la correcta articulación del procedimiento legislativo en lectura única», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 108, 2020, págs. 177-222, <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1485>, visitado 24 noviembre 2023.
- GRIMM, D., «Majority Rule, Democracy and Populism: Theoretical Considerations», en AMATO, G., BARBISAN, B., PINELLI, C., Ed. *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Gran Bretaña, 2023, págs. 189-198.

- HAMILTON, A. O MADISON, J., *The Federalist Papers*, nº 51, <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60>, visitado 15 septiembre 2023.
- HESSEL, S., *Indignaos*, Barcelona, 2011.
- SINGER, M., «Elite polarization and the electoral impact of left-right placements. Evidence from Latin America», 1995-2009, *Latin American Research Review*, vol. 51 nº. 2, 2016, págs. 174-194.
- PÉREZ ROYO, J., «El Tribunal Constitucional y la autonomía de Catalunya: crónica de un disparate», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*, n.º 15, 2017, págs. 177-203.
- RUBIO LORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», REQUEJO PAGÉS, J.L. (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos; la agonía de la justicia constitucional, Fundamentos* n.º 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006.
- RUBIO LORENTE, F., «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, págs. 83-113, <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24782redc016098.pdf>, visitado 20 diciembre 2023, págs. 83-113.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., «La prohibición de partidos políticos en Alemania: la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 2017 sobre el NPD», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº30, julio-diciembre 2018, pág. 13, https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/09_SALVADOR.htm, visitado 20 septiembre 2023.
- SERRAFERO, M. D, EBERHARDT, M. L., «Referéndums en Europa y América Latina. Casos controvertidos», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 2021, n.º 51, págs. 703-726, <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11069>, visitado 1 octubre 2023.
- PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1984.
- WEBER, M., *Economy and Society*, (Ed. Roth, G., Wittich, C), University of California Press, 1968, pág. 19-22.