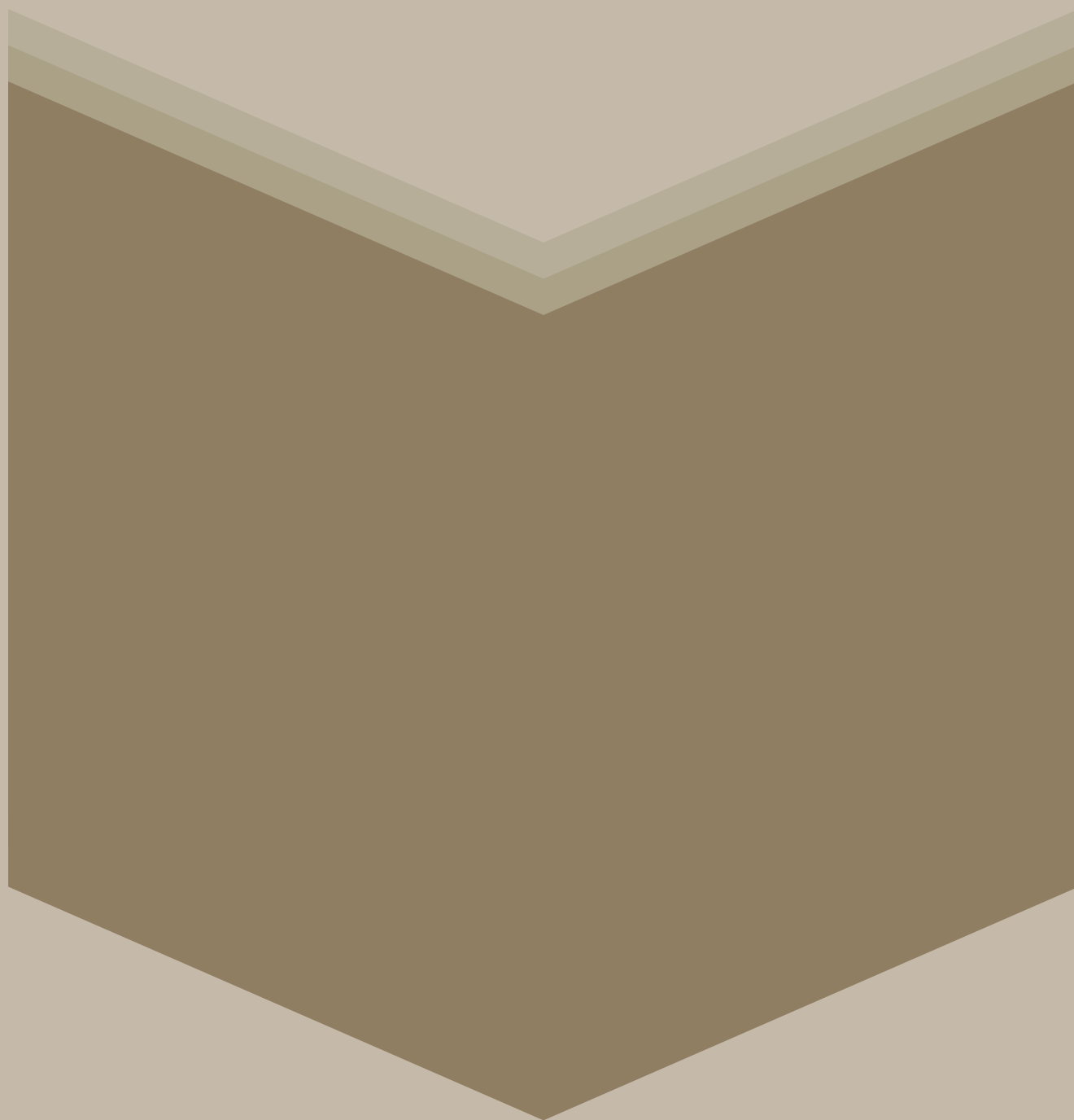


CUADERNOS CONSTITUCIONALES



AÑO 2020 N° 1



UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

Edición: Departamento de Derecho Constitucional,
Ciencia Política y de la Administración. Universitat de València.
Avda. de los Naranjos, s/n, 46022, València.
Telf: (34) 96 3828120
Web: <https://ojs.uv.es/index.php/cuadernosconstitucionales>
Contacto: cuadernosconstitucionales@uv.es
Diseño y maquetación: Ibán Ramón design_estudio
ISSN: 2660-9231



Todos los trabajos que se publican en Cuadernos
Constitucionales lo hacen sujetos a una licencia Creative
Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional.
Los términos de la licencia disponibles on-line en:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

CODIRECTORES

Remedio Sánchez Ferriz,
Universitat de València
Roberto Viciano Pastor,
Universitat de València

SECRETARIO

Ignacio Durbán Martín,
Universitat de València

CONSEJO DE REDACCIÓN

Antonio Bar Cendón,
Universitat de València
Ana María Carmona
Contreras, Universidad de
Sevilla
Lorenzo Cotino Hueso,
Universitat de València
Fco. Javier Díaz Revorio,
Universidad de Castilla-
La Mancha
Carlos Flores Juberías,
Universitat de València
Vicente Garrido Mayol,
Universitat de València
Martin Ibler, Universität
Konstanz, Alemania
Luis Jimena Quesada,
Universitat de València
M^a Josefa Ridaura Martínez,
Universitat de València
Fiammetta Salmoni,
Università degli Studi
Guglielmo Marconi, Italia
Rosario Serra Cristóbal,
Universitat de València

CONSEJO ASESOR

Tatiana A. Alexeeva,
Universidad Nacional de
Investigación “Escuela
Superior de Economía”,
Rusia
Jorge Asbún Rojas,
Universidad Privada de Santa
Cruz de la Sierra, Bolivia
José Asensi Sabater,
Universidad de Alicante
Francisco Balaguer Callejón,
Universidad de Granada
Luís Roberto Barroso,
Universidade do Estado do
Rio de Janeiro, Brasil
Paloma Biglino Campos,
Universidad de Valladolid
Roberto L. Blanco Valdés,
Universidade de Santiago
de Compostela
Miguel Carbonell Sánchez,
Universidad Nacional
Autónoma de México,
México
Marc Carrillo López,
Universitat Pompeu Fabra
Jesús María Casal
Hernández, Universidad
Católica Andrés Bello,
Venezuela
Carlos de Cabo, Universidad
Complutense de Madrid
Francisco José Eguiguren
Praeli, Pontificia Universidad
Católica del Perú, Perú
Lliliana Estupiñán Achury,
Universidad Libre, Colombia
Teresa Freixes Sanjuán,
Universitat Autònoma de
Barcelona
Tommaso Edoardo Frosini,
Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli, Italia
Piedad García-Escudero
Márquez, Universidad
Complutense de Madrid
José Luis García Guerrero,
Universidad de Castilla-
La Mancha
Javier García Roca,
Universidad Complutense
de Madrid

Roberto Gargarella,
Universidad de Buenos Aires,
Argentina
Sergio Gerotto, Università
degli Studi di Padova, Italia
Luis López Guerra,
Universidad Carlos III
de Madrid
Marta Lorente Sariñena,
Universidad Autónoma
de Madrid
Pascal Mahon, L'Université
de Neuchâtel, Suiza
Manuel Martínez Sospedra,
Universidad CEU Cardenal
Herrera
Joan Oliver Araujo,
Universitat de les Illes
Balears
Lucio Pegoraro, Università
di Bologna, Italia
Mariano Peset Reig,
Universitat de València
Miguel Ángel Presno Linera,
Universidad de Oviedo
Miguel Revenga Sánchez,
Universidad de Cádiz
Paolo Ridola, Sapienza-
Università di Roma, Italia
Dominique Rousseau,
Université Paris 1 Panthéon-
Sorbonne, Francia
Massimo Siclari, Università
degli Studi Roma, Italia
Claudia Storini, Universidad
Andina Simón Bolívar,
Ecuador
Antonio Torres del Moral,
Universidad Nacional de
Educación a Distancia
Arianna Vedaschi, Università
Commerciale Luigi Bocconi,
Italia
Francisco Zúñiga Urbina,
Universidad de Chile, Chile

CUADERNOS CONSTITUCIONALES



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

ÍNDICE

Presentación	7-8
I. Derecho constitucional español	
Carlos de Cabo Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico ante una realidad constituyente: la desigualdad	11-31
Luis López Guerra Sobre las disfunciones de la democracia representativa: algunas propuestas	33-51
Francisco Balaguer La crisis de la democracia en la época de Weimar y en el siglo XXI	53-63
II. Derecho constitucional extranjero	
Teresa Freixes El diálogo entre tribunales en el marco europeo	65-80
Julio César Fernández Toro Presidencialismo y gobernabilidad democrática en América Latina	81-102
Liliana Estupiñán La organización territorial de Colombia. Una lectura a 30 años de la Constitución política de 1991	103-122

Francisco Zúñiga

Acerca del estado regional y la nueva
constitución. Presente y por-venir

123-135

III. Historia constitucional

Pilar García Trobat

Mujeres en revolución (1868-1874)

137-157

Manuel Martínez Sospedra

Hablando llanamente: Monarquía y estado
democrático. Notas sobre una paradoja

159-176

IV. Recensiones

Fiammetta Salmoni, *Stabilità finanziaria,
Unione bancaria europea e Costituzione*,
por **Claudio De Fiore**

179-181

Gabriel Moreno González, *La democracia
humanista*, por **Juan Carlos Moreno Piñero**

183-186

Presentación

El estudio del Derecho Constitucional en Valencia (en realidad, entonces, Derecho Político) recibió del precedente grupo académico encabezado por don Diego Sevilla Andrés un legado simbólico, trasunto de las iniciativas de este, en un período en que apenas existían los medios y posibilidades que hoy se ofrecen tanto a la investigación y a su publicitación, cuanto a la “exteriorización” (y hasta mundialización) con que cuenta la Universidad moderna, gracias a los programas de movilidad y a los instrumentos de comunicación que a la misma proporcionan las nuevas tecnologías. A una sociedad nueva, una nueva Universidad o, al menos, bien distinta de la que conocimos en los años 60 y 70.

En efecto, Diego Sevilla tuvo la idea de fundar una revista con el título de Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, junto a una colección de libros con el mismo nombre del humanista valenciano. La avanzada edad del fundador y los escasísimos medios de la época explican la corta vida de una y otra (solo 3 números de la revista y 11 títulos en libros). En la etapa preconstitucional en que nos hallábamos el estudio del Derecho Político se centraba básicamente en nuestro caso en los estudios de Historia Constitucional de los que se hicieron eco los aludidos libros.

Ya en pleno régimen constitucional se intentó sin grandes pretensiones refundar la revista y el resultado adquirió otras dimensiones al haber publicado hasta 74 números; aunque, de nuevo, su publicación se vio interrumpida por diversas razones entre las que no estuvo ausente el coste de su tirada en papel.

Como se suele decir, a la tercera va la vencida, o eso esperamos de este proyecto ahora sometido a los nuevos estándares técnicos y de calidad imperantes en el ámbito de las publicaciones científicas.

Se ofrece, pues, a los estudiosos del Derecho Constitucional una “renacida” plataforma como fuente de conocimiento propia del área científica, a través de estudios y notas que nos ha parecido oportuno distinguir en las siguientes secciones cuyo contenido se explica por sus propios nombres:

1. Estudios sobre nuestro Derecho Constitucional y, por consiguiente, sobre el régimen democrático vigente.
2. Derecho constitucional extranjero, sin perjuicio de que se puedan recibir estudios de derecho comparado que no son, sin embargo, usuales en España.
3. Historia constitucional, como nexos y recuerdo de la fundación de la revista.
4. Recensiones.

En definitiva, este tercer intento mantiene los iniciales propósitos de constituir una plataforma de debate sobre las cuestiones más vivas del Derecho Constitucional, ya sea en nuestro ámbito estatal como en el extranjero, y en la experiencia histórica que tanto puede aportar a la reflexión de una rama del Derecho en que los usos y costumbres (y las circunstancias históricas, en especial de nuestro siglo XIX) han contribuido a consolidar una diversidad de

manifestaciones en las formas de gobierno e incluso en las formas de Estado. La identidad del propósito no afecta a sus características técnicas que sí varían ostensiblemente pues ahora se trata de convertir la revista en exclusivamente digital pasando al formato OJS (Open Journal System) que se utiliza en la mayoría de revistas digitales. Asimismo pretendemos actualizar su denominación que será la de Cuadernos Constitucionales.

Como en todo proyecto colectivo son muchas las personas a las que hay que agradecer su puesta en marcha y en especial su continuación. En principio, el encargo del Departamento de la Universidad de Valencia para lanzar el proyecto merece la gratitud a todos sus miembros; y también a ellos el que hayan dejado el Consejo de Redacción en manos de quienes ya son titulares de Cátedra; gratitud también a todos los colegas nacionales y extranjeros que han aceptado con generosidad formar parte del Consejo Asesor. Muy especialmente agradecemos a las primeras firmas con su generosidad que hacen posible este primer número. Por último, el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia agradece la participación de cuantos en adelante quieran hacer uso de esta plataforma.

**Remedio Sánchez Ferriz
Roberto Viciano Pastor**

Codirectores

I. DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico ante una realidad constituyente: la desigualdad

CARLOS DE CABO MARTÍN

Catedrático emérito de Derecho
Constitucional.

Universidad Complutense de Madrid.

<https://doi.org/10.7203/cc.1.19047>

Fecha de recepción: 13/10/2020

Fecha de aceptación: 02/11/2020

Resumen

Partiendo de nociones exploradas en trabajos anteriores del autor, como son la apuesta por un constitucionalismo crítico o la teoría general del Común, este artículo profundiza en las crecientes disonancias que se dan entre el vigente marco jurídico-constitucional y la progresiva crisis estructural del *statu quo*. Desde tales parámetros se analizan y categorizan distintos procesos vinculados a las nuevas formas de dominación capitalista haciéndose particular hincapié en un elemento que adquiere una relevancia máxima y se revela como central de la actual realidad constituyente: la desigualdad.

Palabras clave

Pensamiento crítico; constitucionalismo crítico; el Común; desigualdad; capitalismo.

Abstract

Starting from notions explored in previous works by the author, such as the commitment to critical constitutionalism or the general theory of the Common, this article delves into the growing dissonances that exist between the current legal-constitutional framework and the progressive structural crisis of the "status quo". From these parameters, different processes linked to the new forms of capitalist domination are analyzed and categorized, with particular emphasis on an element that acquires maximum relevance and is revealed as central to the current constituent reality: inequality.

Keywords

Critical thinking; critical constitutionalism; the Common; inequality; capitalism.

Sumario

I. Supuestos teóricos de una dogmática crítica. — II. Prefiguración de la realidad como constituyente a partir de la crisis de 2008. 1. Efectos en el ámbito jurídico-político: excepcionalidad y reformas constitucionales. 2. Efectos en la realidad social: transformación del conflicto y aparición de “el común”. — III. El componente central de la realidad constituyente: la desigualdad. 1. La desigualdad actual como disfuncionalidad en el capitalismo: las respuestas del sistema. 1.1. Respuestas objetivas: ocultamiento y fetichización de la desigualdad en la sociedad opaca. 1.2. Respuestas subjetivas: combatir la pobreza y capitalismo social. 2. Acentuación de tendencias con la crisis de 2020. 2.1. Acentuación de la desigualdad, reaparición de la clase y juridificación del conflicto. 2.2. La sociedad del riesgo. Crisis sanitaria y cambio climático: de problema a solución para el capitalismo. 2.3. Nota sobre la ciencia. 2.4. Fortalecimiento del estado y del espacio estatal: la cuestión de la frontera. 2.5. Efectos económicos e institucionales: concentración capitalista y el acuerdo de la Unión Europea desde esta perspectiva. 3. La realidad constituyente. 3.1. Nueva relevancia de la Constitución en un solo país. 3.2. Demandas de la realidad al contenido constitucional: neutralismo, medidas tendentes a evitar la desigualdad cuando se produce y a reducirla cuando se ha producido. 3.3. La demanda constitucional específica de “los cuidados” y otras demandas de la realidad. 3.4. El paso de la realidad al proceso constituyente.

I. Supuestos teóricos de una dogmática crítica

La yuxtaposición que aparece en el título de este trabajo (pensamiento crítico, constitucionalismo crítico) indica, ciertamente, la relación inmediata que los vincula en cuanto ambos responden a la misma matriz lógica e histórica que se inicia en la Ilustración. A partir de ahí, el racionalismo que aparece va desarrollando todas sus potencialidades que permiten “liberar” a la razón para que despliegue todas sus capacidades cognitivas, eliminando las falsas conciencias. En su versión jurídico-constitucional, junto a otras vías, le permiten librarse de la falsa conciencia positivista; pero, así mismo, ambos forman parte de “la crítica”, que en sentido moderno también se inicia en la fase ilustrada, pero ahora ya no

sólo como creación teórica sino con base material, en cuanto surge la realidad de las clases y, por consiguiente, la posibilidad de alternativa y de la crítica como vehículo que la encarna. Ahora bien, como esta posible alternativa abre también la posibilidad de conflicto entre las diferentes opciones, quiere decirse que el pensamiento crítico se define como el pensamiento del conflicto. Y, así mismo, el constitucionalismo crítico como el constitucionalismo del conflicto.

Con ello se ha dado un paso importante ya que del ámbito epistemológico se pasa al metodológico, al del objeto y el método ya que se apunta a la realidad como movimiento (en cuanto conflictiva) y porque, además, lo exige en gran medida la especificidad de ese ámbito constitucional pues dada su jerarquía, antes o delante de él ya sólo está la realidad y, por consiguiente, es por donde los cambios básicos en ella, entrarán en el derecho. Y así ocurre que las transformaciones o innovaciones fundamentales que el ordenamiento jurídico registra entran, deben entrar, a través del derecho constitucional.

El derecho constitucional es, en este sentido, el derecho del cambio y debería definirse más (y, obviamente, la Constitución) por este carácter “natural” que por los “artificiales” o técnicos de fijeza o permanencia que lo modulan, con frecuencia de forma exagerada, por razones de conveniencia o funcionalidad coyuntural.

Se trata, por tanto, de la integración de la realidad pero ahora ya como elemento juridificado. Esta integración de la realidad en el derecho además de la problemática referida, apunta a otra más general. Porque uno de los problemas clásicos del conocer es cómo salvar la distancia sujeto-objeto, problema que se agudiza cuando el objeto del conocimiento no sólo cambia sino que es el propio cambio. Si siempre la realidad es más compleja que los conceptos mejor elaborados, a ello se añade que el equipo intelectual con el que se la intenta captar está siempre “anticuado”, va siempre detrás del cambio. Esta es la situación “natural”, la problemática siempre presente del conocimiento. Pero hay situaciones en las que el cambio es tan repentino y radical que esa distancia sujeto-objeto alcanza un grado tal que el equipo intelectual con el que se cuenta se convierte en inservible. Es cuando tiene lugar la definitiva obsolescencia de las categorías que, si se siguen utilizando, o son inútiles o sufren deformaciones o colonizaciones interesadas e ideológicas.

Esta situación, este momento de la realidad, desde la perspectiva constitucional se puede entender como Constituyente y la Teoría constitucional debe expresarlo e intentar responder en base a una dogmática –si se sigue utilizando el término– necesariamente no positivista.

Es de lo que se trata ahora. Se considera que la situación actual reúne esas características y demanda ese tratamiento. Se entiende así que la realidad ha experimentado un cambio tan radical que seguir operando constitucionalmente con los mismos esquemas teóricos ni sirve para dar cuenta de lo existente ni para planteamientos críticos, es decir, transformadores. Hasta tal punto los cambios afectan a supuestos constitucionales básicos que, si se definieran en base a ellos, se estaría en el fin de la “época constitucional” (en la terminología de J. Asensi) en cuanto las formas que empiezan a surgir apuntan a algo bien distinto del concepto clásico e histórico de Constitución.

Como hay que dar por supuesto, no es ésta la única posición que se mantiene sobre la situación actual. No se van a mostrar aquí otras más o menos discrepantes pero sí a hacer una breve referencia a la que es, justamente, la contraria, en cuanto que se llama a la Constitución actual la “Constitución permanente” (Muñoz Machado); de forma que el modelo occidental actual de Constitución es definitivo y sólo caben adaptaciones del mismo. Se ha llegado, por tanto, desde esta perspectiva al “Fin de la Historia Constitucional”. Esta postura está

en consonancia con la que, desde otras perspectivas y con otro sentido, pero con el mismo resultado, sostiene la desaparición en la actualidad del poder constituyente, afirmación que se hace tanto desde el punto de vista histórico como teórico. Desde el punto de vista histórico en cuanto –se dice– el poder constituyente, su concepción, tuvo la función coyuntural de legitimar el “nouveau régime” frente al “ancien régime” y sus instituciones democráticas y para ello se basó en abstracciones (Nación, Pueblo) sustituidas en la actualidad por los concretos actores políticos. Desde el punto de vista teórico se sostiene que la existencia como potencialidad del poder constituyente es incompatible con los supuestos de la democracia representativa, así como con el concepto de Constitución, con su supremacía y normatividad si el “soberano” se mantiene fuera de la constitución, porque si se introduce en ella como necesario para reformarla, se confunde con el poder de reforma. Prácticamente coincidente es la posición de algún tipo de contractualismo que sólo admite la actuación del poder constituyente como limitado en cuanto sólo lo acepta dentro del acuerdo previo sobre determinados principios (Rawls).

Todo ello es un ejemplo claro de esa deformación (o colonización) que se decía han sufrido algunas categorías constitucionales; en este caso se trata de anular la que es precisamente el vehículo fundamental del cambio constitucional; lo que, si claramente demuestra el carácter de las posiciones citadas, también exige acudir al rescate de la categoría introduciendo las modificaciones que resulten de la nueva situación.

II. Prefiguración de la realidad como constituyente a partir de la crisis de 2008

1. Efectos en el ámbito jurídico-político: excepcionalidad y reformas constitucionales

Si bien la falta de correspondencia realidad/constitución se empieza a generar a partir de las transformaciones que implica la última fase de la globalización financiera, de manera más próxima la situación se agudiza con la crisis de 2008. Su impacto constitucional, como se ha expuesto en un trabajo anterior sobre Conflicto y Constitución, tiene dos manifestaciones. La primera es la simple inaplicación de la constitución. Como es conocido, la parte de las constituciones que habitualmente se cumple es la que clásicamente se denomina como orgánica o de organización del poder, que es siempre necesaria hasta el punto de que en el supuesto poco imaginable de que no existiera Constitución formal, seguiría existiendo un mecanismo semejante por puras exigencias de funcionamiento. Pero en lo demás, en lo que era propiamente el contenido del estado social, dejó de aplicarse recurriendo, más o menos explícitamente, a una vieja teorización legitimadora del derecho constitucional como es la excepcionalidad. Es bien conocido cómo la “excepcionalidad” se hace en defensa de la “normalidad”, aunque se trate de una defensa muy especial, pues para defenderla, primero se la destruye. Así ocurrió con la teorización del Estado de excepción justificado por la defensa del Estado de Derecho, al que elimina. Ahora la excepcionalidad no es política sino económica. Se entiende que la crisis económica de 2008 generó una situación que produjo una contradicción que convertía en incompatibles las exigencias de la economía y las constitucionales. Y ante esta situación de excepcionalidad, se consideró que la “ley económica”, debía prevalecer sobre la jurídico constitucional; se argumentó, incluso, explícitamente diciendo que entre otros

objetivos se trataba de defender al Estado social cuando lo que realmente se hizo fue acabar con lo que quedaba de él desde la crisis del mismo que se había iniciado ya en los años setenta del pasado siglo con la conocida como crisis del petróleo.

La otra manifestación del impacto constitucional de esa crisis del 2008 es más directa y radical. Supone incorporar a la Constitución las prioridades y exigencias del capitalismo financiero. Formalmente se trató de reformas constitucionales, pero, materialmente, significaron algo distinto en cuanto quebraron. Ahora ya también formalmente, el constitucionalismo del Estado social. La reforma española del 2011 es un ejemplo característico. Desde entonces se entiende que el constitucionalismo social se ha sustituido por el “constitucionalismo económico”, por un constitucionalismo que responde de manera primordial a las exigencias de funcionamiento de la economía en esta coyuntura. Esta conversión (ruptura) constitucional de ser y tener un contenido de pacto (el constitucionalismo del Estado social) a pasar a ser y tener un contenido “de parte”, posibilitó nuevas reformas en los demás niveles del ordenamiento jurídico a través de las que se articularon las medidas que exigió el programa de austeridad impuesto.

En el nivel supraestatal, y también en este aspecto jurídico-político, lo más destacado en esta fase es la adecuada institucionalización de la globalización financiera, con toda una serie de instituciones ademocráticas que generan un tipo de actos –así se les denomina– para neutralizar su carácter fuera del nomen iuris y, en consecuencia, de las categorías del estado de derecho para evitar el consiguiente régimen jurídico al que deberían someterse con una específica huida del derecho público. Sin embargo, se incorporan de forma bien dudosa a los ordenamientos jurídicos internos de los estados que además “compiten” entre sí para facilitar su penetración, que se reviste de “la necesaria y progresiva incorporación al orden interestatal” en nombre de superiores valores superracionales.

2. Efectos en la realidad social: transformación del conflicto y aparición de “el común”

En el ámbito estructural, de la realidad social, se produce una dinámica que acentúa su distanciamiento de la Constitución y su configuración como constituyente. Tratando de ordenar y categorizar los múltiples efectos de la crisis y en lo que respecta a lo que aquí interesa cabe señalar estos dos que tienen la peculiaridad de que, respondiendo a las mismas causas y resultando de procesos de la misma naturaleza, se presentan como opuestos: uno es la fragmentación y el otro lo que puede denominarse el Común.

La fragmentación es, probablemente, la categoría que más significado alcanza en las sociedades de esta fase del capitalismo financiero, aunque esa fragmentación se relaciona con la complejidad de las sociedades actuales, la referida al conflicto que aquí se contempla se vincula a la profunda transformación experimentada por el Trabajo que ha terminado con la característica unidad de clase (apareciendo lo que pueden llamarse distintos “sectores de clase” y que en términos teóricos buena parte de ellos podían considerarse como clase pero que empírica y funcionalmente tienen dinámicas propias); así como la cuestión calificada como “subsunción de la sociedad en el capital” y que, en el sentido en el que ahora se utiliza, implica la expansión de la lógica del capital a los más diferentes sectores más allá de los propiamente económicos y que plantea, cuando llega la crisis, problemas específicos desde esa lógica entendida y tomada como excluyente o preferente.

Esta fragmentación hace que cuando llega la crisis de 2008, produzca en cada uno de esos sectores, efectos propios y que dan lugar a esa realidad que aparece como multiconflictiva e inestable.

A partir de esta situación, al transformarse la circunstancia histórica que venía definida por un conflicto prácticamente único y central, considerado como “contradicción principal” (el conflicto de clase) se transforma también el “sujeto histórico” que lo protagonizaba y frente a ese sujeto único que lo incorporaba (la clase) aparecen nuevas “subjetividades” que incorporan los distintos conflictos (mujeres, clases medias depauperadas, jóvenes, inmigrantes, nacionalistas). Porque lo que aquí interesa destacar es que, aunque cada uno de estos conflictos y cada una de esas subjetividades que los incorporan tienen otros componentes que los especifican muy claramente, en todos se puede encontrar uno de carácter socioeconómico vinculado a la crisis y a aquella lógica económica.

A la dimensión cuantitativa, es decir el paso del gran conflicto al pequeño conflicto, se añaden otros elementos característicos de la nueva realidad conflictiva como son los aspectos cualitativos: buena parte de los nuevos conflictos no se reducen a la reivindicación material de “vivir mejor” sino de “vivir de otra manera”; cambia, así mismo, el lugar: de la fábrica a la calle. Y la forma de exteriorizarse: de la huelga a la manifestación que adquiere también nuevos caracteres.

Esta heterogeneidad social (captada de forma anticipatoria por A. Negri, como multitud), ha suscitado dos tipos de propuestas teórico políticas: intentar reconducir esa realidad múltiple a la unidad perdida en base a la nostalgia (“melancolía de la izquierda” dirá E. Traverso recordando a W. Benjamin) y valor que en la cultura europea tiene en todos los ámbitos la categoría de unidad y que ha sido la postura mayoritaria desde la que se entiende lo sucedido como una derrota, o entender que en cada conflicto existe una “potencialidad de lo universal” y, por tanto lo que se debe intentar es llegar cada uno hasta el límite de su desarrollo como propugnan algunas corrientes del autonomismo y en otro sentido y en otro ámbito (América Latina) agrietar el capitalismo (J. Holoway).

Pero, aparte de las “propuestas”, tiene más relevancia señalar lo que en la realidad, en su dinámica, ha tenido esta transformación social de expresión política y de componente de la nueva realidad constitucional. De una parte, esos nuevos conflictos se han configurado como “nuevos movimientos sociales”, que han tendido a desarrollar procesos de convergencia (no de unidad) en su práctica política (en España en la terminología del partido Unidas Podemos se han denominado como “confluencias”) y que genéricamente se les ha designado como populismo. El término, como es bien conocido, en su versión actual procede de América Latina (su origen histórico se vincula al campesinado ruso de la etapa revolucionaria y a su confuso papel, lo que puede suscitar alguna sugerencia) que ante la necesidad de categorizar la nueva situación de devastación socioeconómica generalizada, producida por los efectos de las políticas neoliberales extremas en este tipo de sociedades, y dado que las categorías con las que se venía operando desde el pensamiento crítico (como la clase) ya no bastaban, se acudía a otra como la de pueblo, con un contenido diferente al histórico europeo. Si bien su referencia, relativamente unitaria, se acomodaba a la situación, también relativamente uniforme de depauperación generalizada. Todo ello bien distinto de la característica fragmentación de las sociedades europeas, por lo que su utilización respecto a ellas carece de rigor, aunque se usó más que como categoría de análisis como criterio ideológico de descalificación de los nuevos conflictos y de las subjetividades que los encarnaban.

De otra parte, la situación de crisis provocó reacciones que, sin base tampoco en análisis reales, atribuyen la causa de los problemas existentes a la pérdida

de los valores tradicionales, comunitarios o de identidad que se vinculan al irracionalismo político y que han dado lugar a organizaciones y movimientos de carácter neofascista.

Todo ello empieza a configurar una realidad constitucional en la que ya no es posible seguir utilizando las abstracciones que hasta ahora funcionaban como supuestos constitucionales y que tenían como base el "todo social" representado. La realidad se ha separado tanto de esas ficciones que no es posible mantenerlas ante el nuevo nivel de fragmentación de ese "todo social" que ya no es representable como tal y que, por tanto, tiene que tener consecuencias también en lo que se entendía como correspondiente unidad del orden jurídico y, específicamente, constitucional.

El otro efecto en la realidad que acentuaba la crisis de 2008 y que también contribuye a su alejamiento de la Constitución, es la aparición de "el Común". Hay que matizar no obstante que este término, el Común, comprende en la actualidad distintos contenidos.

Un contenido que es de naturaleza "objetiva"; es el más alejado del discurso que aquí se sigue y es consecuencia del desarrollo de las fuerzas productivas; tiene una doble manifestación:

1ª La expansión del capitalismo aludida ha conducido a una cada vez mayor socialización de la producción, mientras la apropiación de la misma, del excedente, está cada vez en menos manos. Se produce así una contradicción cada vez más acentuada y de mayor trascendencia entre "lo común" de la producción (en el sentido de la práctica contribución de todos) y una apropiación cada vez más privada.

2º La otra manifestación consiste en que, también contradictoriamente, esa cada vez más concentrada propiedad privada de los medios de producción actuales, en concreto, de los medios tecnológicos, elabora unos productos inmateriales relacionados con lo que genéricamente se puede llamar "el conocimiento", y sobre los que, en buena medida se pierde el control, de forma que apenas se pueden ejercer los derechos de propiedad privada clásica y se presentan como de "acceso común".

Otro contenido del Común, más próximo y de forma cada vez más acentuada, es lo que comprende el concepto de Bienes comunes, progresivamente expansivo tanto en el orden físico material como inmaterial (ciertos conocimientos) y que junto a su existencia y carácter objetivos, incorpora, cada vez con más fuerza, el elemento subjetivo, es decir, el de la lucha por esos bienes comunes para conseguir que queden fuera de la propiedad y de la gestión privada y, como otra forma de globalización, se extiendan a la humanidad en su conjunto.

Finalmente, el contenido más específico de la categoría, el más próximo a lo que aquí se trata y de carácter más "subjetivo", relacionado por ello con las nuevas subjetividades de los nuevos conflictos, es el que se puede denominar "prácticas del común". Comprende buena parte de los movimientos que se integran en el "nomadismo" o movimientos sociales que entienden que en el interior del capitalismo no hay "solución" y tratan de crear espacios externos al mismo. Han surgido tanto en el ámbito de la producción, como del consumo, como del intercambio, con una financiación fuera también de los circuitos habituales, configurando una "economía alternativa" que aparte de su aspecto cuantitativo muy superior al que su escasa visibilidad presenta (la International Social Coalition señala a dos mil millones de personas afectadas sólo en materia agroalimentaria y el informe Gibson-Graham indica que el 50% de la economía mundial se desarrolla en espacios alternativos) lo cualitativo de abrir una vía extrasistema y fuera de los tres conflictos básicos del capitalismo: Capital-Trabajo, Naturaleza y Género.

Asimismo, en el aspecto jurídico y jurídico-constitucional aporta una novedad relevante. No se puede considerar a ese derecho del común (B. de Souza habla de "direito achado na rua" como el derecho positivo, una "superestructura" que se sitúa –como así ocurre– sobre la estructura social, sino que, en este caso, forma parte de ella en una continua práctica constituyente y de autoproducción (otra novedad) del sujeto colectivo, con lo que no sólo se facilita sino que se exige una dogmática diferente (F. Balaguer).

Como precedentes de esta novedad se pueden citar estos dos: el primero estaría representado por Proudhon que (en la interpretación quizás más autorizada de su obra como es la de G. Gurvitch) atribuye al Derecho una fuerza estructural para construir una alternativa a la propiedad (tanto privada como del Estado, por lo que se le considera un teórico del Común) a través de la "Constitución social".

El segundo estaría representado por la diferenciación que –en el sentido del que se trata– establece la historiografía moderna entre el derecho positivo y el consuetudinario. Ha sido la historiografía inglesa la que ha hecho la aportación decisiva a partir de la forma y significado del aprovechamiento en común de un bien común especial como era el bosque.

Debe recordarse, para darle la importancia que tiene en la materia, la relevancia del bosque en la historia inglesa que se manifiesta tanto en el derecho (P. Linebaugh en La carta de los bosques, considerada integrable en la Carta Magna) como en el imaginario colectivo, desde la leyenda de Robin Hood a la literatura de Shakespeare donde el bosque de Birnam desempeña un importante papel, como se sabe, en Macbeth. Este Derecho se configura como un derecho integrable en el common law.

Una apertura constitucional a este tipo de derecho lo es también a que a partir de él se pueda igualmente contribuir a una dogmática crítica.

III. El componente central de la realidad constituyente: la desigualdad

1. La desigualdad actual como disfuncionalidad en el capitalismo: las respuestas del sistema

Con las últimas crisis y junto a todas las transformaciones a las que en buena parte condiciona, aparece un elemento que adquiere una relevancia máxima y se revela como central de la actual realidad constituyente: la desigualdad. Obviamente no es un hecho nuevo pero lo que sí es nuevo es tanto el nivel y generalización alcanzados como su disfuncionalidad sistémica que desborda los límites en lo que se había desarrollado el conflicto de clase y amenaza al sistema en su conjunto.

Esta relativa novedad empieza a manifestarse a partir de la crisis de 2008. Como es conocido, la explicación oficial a esa crisis se basó en la desregulación financiera, pero lo cierto es que el capitalismo venía mostrando una continuada baja de la productividad (Silicon Valley era un espejismo), una contracción de la demanda y, secuencialmente, una tendencial baja en la tasa media de beneficio que estimuló la huida hacia "la ganancia", propia del capital financiero. Ante esta situación se teorizó –desde el sistema– que en base a la doctrina del estancamiento (Summer) se debía combatir, defensivamente, para mantenerse el sistema, sin más aspiraciones, con medidas de la denominada "austeridad expansiva"; pero pronto, análisis más rigurosos (Stiglitz) mostraron una causalidad más compleja que la poco explicativa del estancamiento y que tenía como elemento determinante la desigualdad.

La desigualdad se mostraba ahora como elemento básico de la disfuncionalidad capitalista, de manera que su “precio”, el precio de la desigualdad, era un conjunto de deficiencias y disfunciones que planteaban al capitalismo su contradicción fundamental: era connatural con la desigualdad en cuanto se basa precisamente en ella pero a la vez, llegado a un punto determinado, no podía sobrevivir a ella.

1.1. Respuestas objetivas: ocultamiento y fetichización de la desigualdad en la sociedad opaca

Efectivamente el capitalismo es desigualdad tanto en el origen, en la producción (la diferente situación en la que se sitúan las fuerzas productivas capital-trabajo) como, consecuentemente, en la apropiación posterior del excedente. Esta desigualdad a la que aquí se alude (la socioeconómica y sus derivados) no es un hecho exclusivo del capitalismo sino que estuvo presente en los modos de producción anteriores. Pero en ellos (tanto en el esclavismo como en el feudalismo) la desigualdad era un hecho no sólo manifiesto y visible sino defendido como legitimación del sistema (los hombres nacen libres o esclavos en un caso; el orden estamental en el otro) mientras que en el capitalismo la causa de la desigualdad y aún la desigualdad misma, se oculta y desaparece como sistémica. Por el contrario, el sistema se legitima en base a la igualdad política de la democracia y a la igualdad jurídica propia del Estado de derecho como garantía de la libertad igual para todos. El derecho es, pues, un elemento básico no sólo de esa legitimación y de su funcionamiento (garantía del intercambio entre libres e iguales) sino, en lo que ahora interesa, de ese ocultamiento de la desigualdad a partir de la categoría abstracta de sujeto.

Hay que añadir que, además de este efecto de ocultamiento directo derivado del formalismo y universalismo jurídicos (vinculados al sujeto), se produce otro efecto que contrarresta lo que el derecho tiene de garantía ciudadana. Es lo que se ha llamado “la opacidad del derecho” (M. Carcova) para designar al, progresivamente acentuado en la medida en que aumente su complejidad, desconocimiento del derecho como factor de estabilidad y aliado del poder, de la dominación.

A todo lo cual se une el fenómeno general de la “fetichización social”, en cuanto a la inicial fetichización de la mercancía (el ocultamiento de las relaciones y circunstancias de su producción) sucede la realidad actual de una “sociedad oscura”, en cuanto el desarrollo de la información y tecnología en múltiples ámbitos termina produciendo (y pese a que en algún sector puede actuar como “transparencia” en la vigilancia y el control de mundos privados por quien las domina) un desorden informativo desorientador. La globalización potencia estos efectos tanto en el orden financiero (paraísos fiscales) como en el de las relaciones internacionales (el dark commerce) como en el productivo, ya que en las “cadenas de valor”, la progresiva fragmentación de los tramos de la producción hasta el producto final, impide los controles adecuados. Todo ello unido a las múltiples técnicas de ocultamiento de las transacciones financieras que aumenta el descontrol económico y fiscal en forma ya incalculable; es lo que se ha llamado la “riqueza oculta de las naciones” (Zucman) que cambia de grado y naturaleza a la tradicional economía sumergida.

No obstante, la concentración capitalista y demás efectos del capitalismo financiero, junto a la crisis de 2008 y las políticas económicas para combatirla, han llevado a la desigualdad a unos niveles en que no sólo ha “rasgado” esos velos de ocultamiento, sino que ha aparecido según se indicaba como un

verdadero problema para el sistema. Ahora ya no sirve la justificación de que es algo inscrito en la naturaleza humana o su consideración puramente moral, porque de lo que se trata es de la dificultad de funcionamiento de un sistema que da lugar a la sociedad del 1% frente al 99% (datos de hace años pero que parece que ya ni siquiera responden a la realidad por defecto) y en la que pese a todo, ese 1% no es independiente del 99%.

1.2. Respuestas subjetivas: combatir la pobreza y capitalismo social

Las reacciones del sistema han sido de distinto tipo. Interesan menos lo que son meras propuestas voluntaristas (desde la aparatosidad, en gran parte inútil, pese a su esfuerzo de datos de Piketty, a la moral de Rawls o a la “singular” de López Claro, que desde el Fondo Monetario Internacional da la receta mágica de “trabajo para las mujeres e igualdad para todos” o las más construidas de Galbraith, Atkinson o la ambiciosa de Stiglitz de un “capitalismo progresista” basado en un nuevo pacto social) que las que tienen un carácter más institucional. En este sentido quizá lo más destacado es que desde el sistema, más que el planteamiento de la desigualdad, que obligaría a un análisis causal de la misma, se fija en uno de sus efectos, ciertamente importante pero menos comprometido, como es “la pobreza”. En vez de la desigualdad se analiza y trata de combatir “la pobreza”. Los programas de “lucha contra la pobreza” así como las iniciativas tanto en su vertiente vertical de estratificación social u horizontal de sentido territorial (cooperación al desarrollo internacional o internamente como en España los programas de la España vacía) no plantean su origen sino se toman ya como resultado a contrarrestar. Porque, además, la pobreza tiene dos características: la primera es que no se presenta como conflicto y la segunda es que, precisamente por ello, no plantea exigencias, sino que todo es discrecional.

En este orden de ideas es significativo lo que ocurre con los premios Nobel de economía en cuanto sus características temáticas son bastante indicativas de los problemas que preocupan en cada momento al capitalismo. Tal ocurre con los de 2019 otorgados (E. Duflo y A. Banerjee) por sus aportaciones sobre como “repensar la pobreza” que implica un “método científico” (según sus autores) consistente en el estudio empírico de cómo se comportan los pobres, para conseguir una mayor eficacia en los programas; parecería que la vieja fórmula de las expectativas racionales se aplicaría ahora en este ámbito.

La otra iniciativa tiene como objetivo una nueva presentación de un viejo tema: el capitalismo “de rostro humano” que ahora se presenta como “capitalismo social”.

Su momento inaugural puede entenderse que tiene lugar con la reunión de la poderosísima Business Roundtable (integrada por los máximos dirigentes de las 180 multinacionales más grandes en los diversos sectores) que trata de establecer una serie de reglas nuevas para un “better capitalism”, un capitalismo ético, un capitalismo social. El hecho que se considera nuevo y rupturista con la habitual concepción de la empresa, es que, en adelante, su objetivo no debe ser, se dice, exclusivamente el accionista y el dividendo, sino que debe extender sus beneficios e influjo social a los sucesivos círculos expansivos de empleados, clientes y comunidad en la que se inserta. A partir de ahí se ha extendido la idea de “empresa social”, “respetuosa” con los distintos sectores vulnerables y con prácticas sostenibles (Foro telemático de Davos o la Agencia Internacional de la Energía). En este mismo sentido de autorreforma del capitalismo, se sostiene de manera más directa como tratamiento de la desigualdad (que en estos medios se designa a veces como “asimetría”) la cooperación entre los extremos tanto social como espacialmente, imponiendo a las megalópolis y

zonas privilegiadas un traspaso de medios a las que sufrieron deslocalización y empobrecimiento. Es decir, se concluye, “mutualizando” necesidades y cooperando en las soluciones, de manera que mutualización y cooperación son los conceptos clave (P. Collier).

Cabe señalar que esta iniciativa, convertida en corriente relativamente extendida (con otras manifestaciones como la del “capitalismo consciente”) tiene su origen y base más destacada en el medio anglosajón, por lo que se la ha relacionado con la relevancia que tuvo en estos ámbitos sociales y políticos la ética protestante. Una ética, como se sabe, nada dogmática, que no percibía como alternativa la opción material-espiritual (no hay que optar entre este mundo y el otro como en el cristianismo) y que al compatibilizarla, pronto desarrolló una ética de los negocios así como un entendimiento de los negocios como ética (en el sentido de que el éxito en ellos podía entenderse como predestinación). Pero lo cierto es que hasta que la desigualdad no se presentó como un problema para el funcionamiento del capitalismo, no actuó esta ética.

2. Acentuación de tendencias con la crisis de 2020

Sobre esta situación general sobreviene –casi se superpone en términos históricos, respecto de la crisis de 2008– la crisis de 2019-2020. Y, como se decía, aunque con las peculiaridades del problema sanitario que implica esta última, también sus efectos básicos más que nuevos o rupturistas respecto de la situación anterior lo que hacen es acentuar las tendencias socioeconómicas que se venían manifestando y, así mismo, implicar, como parece, un nuevo impulso al capitalismo, especialmente al tecnológico y financiero.

2.1. Acentuación de la desigualdad, reaparición de la clase y juridificación del conflicto

Se acentúan las sentencias a la fragmentación y a la desigualdad y cuando en una sociedad ya fragmentada sobreviene una crisis que inicialmente afecta a todos los sectores, el resultado es la potenciación de esa fragmentación y la cualificación de esa desigualdad. Se ha señalado que la desigualdad es el elemento que tienen en común la crisis de 2008 y 2019 (Mazzucato) pero la distinción se manifiesta porque la crisis de 2020 tiene efectos específicos tanto en el orden cuantitativo como en el orden cualitativo.

Cuantitativamente (aunque este no es un trabajo empírico es necesario mostrar ahora algún dato, por otra parte, bien conocido) en España actúa sobre una tendencia que había ido creciendo en términos que el informe del relator de Naciones Unidas (enero de 2020) calculaba en un crecimiento del 24% para el 1% de la población y en el 2% para el 99% restante. Sobre esta situación el informe de Oxfam Intermón de 2020 señala que en poco menos de tres meses la desigualdad de renta neta creció el 1,7 del índice de Gini, que es el índice más utilizado (y que en todo el período en la crisis anterior fue del 1), a lo que añade que los más pobres perdieron proporcionalmente ocho veces más; y, en términos absolutos que los 23 millonarios de la lista de Forbes se enriquecieron en ese período (79 días) 19.200 millones de euros. Se puede añadir que el sistema impositivo siguió recayendo sobre el trabajo y consumo en un 83% sin perjuicio del descenso real en todos los niveles.

Cualitativamente, uno de los aspectos más destacados es lo que se puede inicialmente calificar como la “reaparición de la clase”, o de los problemas de clase. En

principio porque la afectación de la enfermedad ha sido claramente de clase y de género dado que (aparte de la huida de los ricos a sus confinamientos privilegiados) ha tenido un carácter preferentemente urbano y se ha intensificado en los barrios más populares y marginales por razones obvias de salubridad, hacinamiento y déficit de servicios. Pero, a la vez, porque ha sido la clase trabajadora más modesta, la que no hace teletrabajo, la que ha hecho que la sociedad siga funcionando en los sectores más necesarios (agricultura, energía, comercio, seguridad, transporte y específicamente, cuidados en sus diferentes manifestaciones).

Pero también, contradictoriamente, porque ha sido la mayor afectada por el desempleo y la precariedad, de manera que esa clase empieza a hacerse visible y a plantear específicos conflictos de clase. Y es necesario introducir aquí una especificación importante y es que todos los análisis coinciden en señalar que, si las crisis anteriores se caracterizaban porque el “género” más afectado era el hombre, en esta ha sido destacadamente la mujer, sobre la que, en la forma en que es históricamente habitual, han recaído y se han superpuesto los diferentes impactos de la crisis desde los económicos y sociales a los domésticos.

Finalmente, en cuanto a la forma de enfrentarse con esta problemática y a los diversos conflictos (aparte de las prestaciones estatales y la ayuda europea a la que se aludirá después), tiene interés señalar la acentuación de las tendencias que desde la fase anterior se venían manifestando, como era la elusión de la resolución democrática del conflicto mediante su juridificación, bien acudiendo a una normativa específica (se citaba ejemplificativamente la “Ley mordaza” en España) bien a los tribunales.

En lo que se refiere a la crisis de 2020, en un primer momento de la crisis, el Estado acude de manera justificada a la constitución y a la ley para hacer frente a la crisis sanitaria, si bien después la escasez de recursos económicos sanitarios que hubieran permitido la utilización de medios y mecanismos más refinados, hizo que se necesitara compensar esta deficiencia con una gestión autoritaria.

En un segundo momento, que es el actual, son los tribunales los protagonistas en cuanto es a ellos a los que se desvía el conflicto político, disfrazado de otros caracteres, deformando la democracia y en gran medida privatizándolo. Son, sobre todo, los tribunales superiores los que tienen la función más relevante no sólo por razones de competencia sino porque dadas las características del sistema judicial español esos intereses privados (disfrazados de públicos) encuentran en ellos posibilidades más favorables.

Se concluye que, si dado que los distintos poderes del Estado han sido históricamente lugares desde los que se ha apoyado específicamente la dominación, de manera que en el capitalismo siempre ha habido un poder predominante que reflejaba el de la clase dominante tal que, si en el liberal fue el parlamento y en el monopolístico el ejecutivo, aparece ahora que en el capitalismo financiero, y ante las nuevas formas de ejercerse la dominación, se estaría ante el progresivo papel del poder judicial (lo que no deja de ser una paradoja sarcástica dado que justamente el capital financiero es el que más característicamente huye y elude las características y problemáticas que le puede presentar el derecho).

2.2. La sociedad del riesgo. Crisis sanitaria y cambio climático: de problema a solución para el capitalismo.

Inicialmente, la crisis sanitaria se presentó en sus comienzos de una forma que responde a las características que se señalaron antes como propias de las sociedades actuales: su opacidad. Se presentó el problema como específicamente sanitario, una patología desconocida e inevitable que había que combatir. Se

multiplicaron las informaciones “endógenas” del fenómeno y sus efectos, pero eludiendo todo análisis causal sistémico. Sólo muy lentamente y sin mayores análisis ni críticas se abrió paso la tesis de que es una crisis vinculada a lo que genéricamente se llama cambio climático, disfrazado de crisis sanitaria. A este respecto hay que situar aquí la teorización que hace unos años se hizo sobre la “sociedad del riesgo” (U. Beck).

Se distingue entre el “riesgo” y el “peligro”. El “riesgo” –se afirmaba– se “produce”, es decir, conscientemente se busca, se asume en cuanto es la contrapartida de un beneficio que se pretende conseguir: es, por consiguiente, voluntario, querido, aceptado y, sobre todo, tiene un “autor”, un sujeto responsable que es el que resultará beneficiado. El “peligro”, sin embargo, es algo que sucede inevitablemente; se entiende que sólo procede de la fatalidad. Pues bien, el capitalismo tiene la virtualidad de convertir el “riesgo” en “peligro”. Y aplicando esta tesis a la crisis sanitaria actual se trataría justamente de eso: de convertir el “riesgo”, fruto de lo que, en general, puede llamarse la depredación capitalista de la naturaleza, en el “peligro” de la aparición de la patología.

Y a continuación hay que destacar que, si hasta ahora la cuestión del cambio climático se presentaba como un problema para el capitalismo, en adelante tiene todas las condiciones para presentarse como solución. Tampoco es la primera vez que ocurre, pues entra dentro de la “normalidad” de la relación crisis-capitalismo. Incluso podía incluirse en cierta forma en la virtualidad del capitalismo para metabolizar con provecho los problemas que surgen o que crea, de forma que se incluiría en la doctrina de Shock, en sentido amplio. Pero ahora es algo más profundo porque, además, ocurre en una fase en la que desde diferentes puntos de vista, se venía advirtiendo el agotamiento del proceso de acumulación. En estas circunstancias, el problema del cambio climático se puede convertir en su solución: todos los análisis indican que la nueva vía del crecimiento va a ser inicialmente y a tener su origen en las enormes, incalculables, inversiones que se van a necesitar para efectuar la transición ecológica y energética con toda la complejidad de aspectos derivados; a lo que se añade la nueva rentabilidad de las también nuevas energías que se apuntan ya como muy superiores actualmente y sobre todo con posibilidades en un futuro muy próximo, a las fósiles. Lo que, por otra parte, no deja de plantear un conflicto con la fracción del capital que está todavía vinculado a esas energías fósiles. Todo el negacionismo, cada vez más declinante, sería su expresión más característica.

Por eso, es indudable que, de ahora en adelante, la “lucha contra el cambio climático” va a experimentar un fuerte impulso que incorporará al sistema buena parte de las propuestas del movimiento ecológico (que en su momento se presentaron como antisistema) y que están también en la base del progreso de su expresión política, representada en la aceptación, fortalecimiento e integración de los partidos y organizaciones “verdes”.

2.3. Nota sobre la ciencia

Finalmente, una observación relacionada con todo ello, sobre el papel de la ciencia. Es bien conocido cómo la mayoría de los gobiernos en Europa han acudido a la ciencia y a los científicos para fundamentar y justificar sus actuaciones para combatir la crisis sanitaria atribuyéndoles una función decisoria. Este hecho plantea la compleja cuestión de la relación entre ciencia y política y, más en concreto, la relación entre el científico y el político. Desde Max Weber se ha planteado como contradictorio el “conocimiento” del científico y el “juicio de valor” del político y, por tanto, la imposibilidad de la respectiva suplantación.

Pero, junto a ello, aparece otra cuestión más próxima a lo que aquí se está tratando. Es la que reflexiona sobre el hecho de que, en buena parte, la circunstancia actual convierte a la ciencia en el mecanismo que resuelve la problemática que ha creado la dinámica capitalista, como está demostrándose ahora con la crisis sanitaria. Probablemente ha ocurrido siempre y en una historia de la ciencia desde esa perspectiva (la dialéctica conflicto-conocimiento que en otro lugar se ha estudiado) seguramente se encontrarían repetidos ejemplos de esa relación capitalismo-ciencia. Pero todo indica que en el futuro inmediato esa relación se va a acentuar de modo que, progresivamente y con más intensidad, la ciencia en el ámbito en el que circunstancialmente sea requerida, será cada vez más auxiliar de los problemas que crea no ya la dinámica natural de las sociedades, sino especialmente las exigencias y desarrollo del capitalismo. En este sentido también se apunta a un fortalecimiento de la inversión en ciencia en los sectores que ahora se perciben como necesarios.

2.4. Fortalecimiento del estado y del espacio estatal: la cuestión de la frontera

Se produce ahora un oscurecimiento inicial de la globalización y simultánea y correspondientemente un fortalecimiento y protagonismo del Estado frente a la crisis. Este oscurecimiento de la globalización se refiere más que a la globalización como un hecho, que como tal (lo que en el lenguaje clásico se denomina el desarrollo de las fuerzas productivas) y con sus potencialidades va a seguir existiendo, a lo que puede considerarse como la institucionalización de la globalización.

También aquí puede decirse que se trata de una tendencia ya manifestada en cuanto desde el mismo sistema que había propiciado esa globalización con su funcionalidad respecto del mercado mundial y la circulación de capitales, se habían ya empezado a detectar aspectos negativos que mostraban un “exceso de globalización”, una conveniencia de menor globalización y de fortalecimiento de los mercados internos.

Ahora, sin duda, la causa de la aceleración de esta tendencia es otra, en cierta medida exógena a ese funcionamiento y que ha puesto el acento en el fortalecimiento del Estado de una manera directa y primera y, sólo como consecuencia, una relativización de esa globalización.

El fortalecimiento del Estado procede de algo tan evidente como, de nuevo, ocultado siempre en el capitalismo: la superioridad funcional y social de lo público en el sentido de que cuando aparece un problema colectivo de afectación social sin más rentabilidad o exigencia que el “interés general” –en este caso de cualificación vital– lo privado no existe y sólo aparece “lo público”, en este caso protagonizado por el estado. Y, dado que la institucionalización de la globalización puede entenderse básicamente como institucionalización de lo privado (también este hecho incidiría en su debilitamiento) puede entenderse que no solamente es un fortalecimiento del estado, sino que es un fortalecimiento de lo público. Se trata, por otra parte, de un estado deteriorado por “lo privado”, en el sentido de que se trataba de un estado debilitado por las políticas neoliberales del estado mínimo que lo habían dejado sin recursos para atender las exigencias de la crisis sanitaria. Un espacio privado que, además ahora, solicita ayuda y propugna la colaboración público privada. Con ello no sólo se produce un fortalecimiento del estado sino una legitimación del mismo y de sus intervenciones con políticas públicas. Han aparecido, por ello, nuevas corrientes teórico políticas que propugnan una defensa del “orden estatal” para buscar nuevas formas de progreso socioeconómico ante la crisis y, frente a los

condicionamientos externos, accionar todas las posibilidades de “soberanía popular” (M. Monereo).

La preferencia por los espacios estatales no es ciertamente nueva. Hay que tener en cuenta que la posición de Adam Smith no fue nunca unánimemente compartida: basta recordar las propuestas de List (sistema nacional) o de Fichte (el estado comercial cerrado). Ahora, no obstante, no se trata de posiciones económico-funcionales sino de posiciones críticas que entienden esta recuperación del espacio estatal como una circunstancia favorable a procesos de transformación social.

En relación con todo ello han surgido nuevas problemáticas entre las que se puede destacar la de la frontera. Desde hace algún tiempo (el comienzo de ese tratamiento podía situarse en E. Balibar: “Las fronteras de la democracia”) hasta el momento actual (también es sintomático el ensayo de R. Debray: “Elogio de la frontera”) e, incluso, dándole un carácter “epistemológico” (por ejemplo, la frontera como método, S. Mezzadra, B. Neilson) se viene poniendo en cuestión el que hasta ahora se consideraba un dato apromblemático. Se plantea, por el contrario, como un problema oscurecido también por las circunstancias de la sociedad actual. El nuevo enfoque empieza tratando de destruir el mito de la “naturalidad” de las fronteras, entendiéndose que ninguna frontera es “natural” y, que, por el contrario, toda frontera es un hecho antidemocrático (Balibar); pero, a partir de ahí, se reconvierte la cuestión en el sentido de que dada su existencia, hay que considerar a la frontera como una institución y que, por consiguiente, debe gestionarse democráticamente. Y gestionar democráticamente la frontera significa gestionar democráticamente todos los aspectos que implica: la cuestión de la identidad no sólo propia sino del “otro”; el entendimiento de la frontera como un mecanismo no rígido de exclusión sino flexible de inclusión-exclusión y, más específicamente, como un elemento definidor de nuevos caracteres del conflicto capital-trabajo, con la aparición de las nuevas subjetividades (vinculadas al hecho migratorio) mostrando cómo la globalización solo es tal, solo es “totalidad” para el capital, pero no para el trabajo.

2.5. Efectos económicos e institucionales: concentración capitalista y el acuerdo de la Unión Europea desde esta perspectiva

Pero de todo lo dicho sobre el fortalecimiento de lo público, de los espacios interiores y estatales, no se puede deducir, como parece que precipitadamente se ha hecho en algún caso, que esta crisis iba a suponer una crisis prácticamente insuperable para lo privado, más claramente para el capitalismo como modo de producción. Sin negar que las condiciones producidas por la crisis puedan generar un “movimiento de lo real” de carácter transformador, lo cierto es que en la situación actual sólo puede advertirse que, aunque sectores concretos hayan resultado afectados y prácticamente destruidos así como, en otro orden de cosas, interrumpido en gran medida el orden de las relaciones sociales y psicosociales, el capitalismo como tal y sobre todo alguna de sus fracciones dominantes, especialmente las del capitalismo financiero y financiero-tecnológico, registra tal fortalecimiento que parece de nuevo aplicable la teoría del Shock. Es muy representativo lo que está ocurriendo en la actualidad (agosto 2020) en Estados Unidos: mientras el conjunto del país está sufriendo los efectos devastadores de una crisis sanitaria mal gestionada y, asimismo, de una crisis económica generalizada, el Mercado de capitales cotiza en máximos históricos y el conocido acrónimo FAANG (referido a las empresas Facebook, Apple, Amazon, Netflix, Google) registra el mayor crecimiento de la historia, sumando

más de 5 billones de dólares (el producto interior bruto de Alemania, la cuarta economía del mundo, es de 3,96 y el español de 1,42) de manera que cada una de esas empresas tiene ya, en este nivel, la capacidad de un Estado. A nivel mundial se constata, específicamente, el aumento de concentración capitalista en el ámbito de las tecnologías que con la crisis sanitaria y sus efectos a partir de los confinamientos y demás consecuencias, con la intensificación de las comunicaciones y usos de distinto tipo, han tenido un aumento gigantesco de datos e información que, como se sabe, actúan como “medios de producción”.

Y en Europa, aunque de manera diferente, la tendencia no es la transformación sino el fortalecimiento del capitalismo. Este sentido último es el que aparece con toda evidencia en el reciente acuerdo sobre el Fondo de Reconstrucción Europeo que, aunque conlleva otros efectos que, de manera inmediata, sean socialmente positivos, cumple, objetivamente, esa finalidad de “reactivación” económica ante la enorme contracción de la demanda y de reestructuración productiva de la oferta que hacía inevitable y urgente “salvar al capitalismo”. Sin embargo, antes de que se cumpla ese objetivo, se trataba de un supuesto que implica una fuerte potenciación del capitalismo financiero; porque todo ese “gasto” que se prevé, procede del “mercado de capitales”, es decir de ese capital financiero que tendrá, además, una doble garantía:

1º. La presupuestaria de la Unión Europea que, si bien tiene desde la perspectiva institucional de esa Unión Europea el “progreso” de responsabilidad solidaria, de relativa “mutualización” o, como se dice más frecuentemente, el carácter claramente federalizante, también tiene para ese capital financiero este carácter garantista.

2º. También es objetivamente una garantía, además de los efectos que se pretenden de manera más inmediata, la fuerte “condicionalidad” en políticas y reformas que se entienden las más ventajosas para esa reactivación económica, garantizadas a su vez, por ese “freno de emergencia” que han impuesto formalmente los llamados Estados “frugales” (aunque realmente la imposición proviene de ese capital financiero) lo que permite el control de las mismas y, en su caso, la reconsideración de las ayudas. Es notable, además, cómo estas exigencias del capitalismo se han impuesto a los principios y regulaciones establecidos tanto en el orden económico como en el jurídico.

En el orden económico, porque según se sostenía dogmáticamente en la crisis anterior, sólo las políticas de austeridad (aquella “austeridad expansiva”) podía reestablecer el equilibrado funcionamiento del sistema a través de un rígido tratamiento de la deuda y el déficit, lo que se sostenía con carácter general y no sólo coyuntural. Ahora son los mismos defensores de aquellas ortodoxias (por ejemplo, la Comisión Europea) los que no sólo permiten sino que prácticamente exigen y, a la vez, posibilitan el aumento –según el criterio anterior– “desmesurado” del gasto estatal. Por eso han surgido críticas que, junto a otros elementos, ponen en cuestión supuestos básicos de la teoría económica dominante hasta el punto de hablarse de “la economía desenmascarada” (título del libro de Steve Keen). De todos modos, esta fórmula finalmente aprobada no se ha hecho, como se sabe, sin tensiones, que hay que entenderlas más que entre Estados, entre opciones del capital: una, defensora de la rigidez y exigencias tendentes a hacer pagar sin concesiones el coste de la crisis a los que más la necesitan, la opción del capital financiero más especulativo y vinculado a los “Estados frugales” en cuanto relacionados con paraísos fiscales y, la otra, dispuesta a hacer algunas concesiones con las que evitar o atenuar el conflicto, “comprando” así la recuperación, el continuismo, sin grandes traumas. Las dos opciones realmente aparecen en el acuerdo final aunque se le dé más relevancia a la segunda, si bien el fuerte control de la condicionalidad exigida muestra con firmeza la presencia de la primera.

En el orden jurídico se reproduce en este contexto lo que antes se indicó en el interno y constitucional. Porque ahora también ante la “excepcionalidad económica”, se justifica la prevalencia de la “ley económica” sobre la jurídica, en este caso representada por los tratados. Porque, efectivamente, esta, no sólo permisividad, sino incitación apremiante y expresa a la intervención estatal, así como la facilitación de los recursos correspondientes para el desarrollo de políticas de apoyo al sector privado, no sólo incumplen sino que son difícilmente compatibles con el objetivo y las previsiones de los tratados acerca de la necesaria abstención del Estado y de las exigencias que implica la defensa de la “política de la (libre) competencia y el Mercado”. A lo que hay que añadir la pérdida de uno de los principios tradicionalmente indiscutibles y que también contiene el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea como es equilibrio presupuestario de gastos-ingresos ya que con el endeudamiento contraído hace inevitable déficits futuros.

Como ocurría en el ámbito constitucional, la norma no se ha modificado, simplemente se ha desconocido y, más o menos informalmente, se ha sustituido por otras que la contradicen, contradicción acentuada por el importante grado de coactividad de que se las dota.

En cierta manera, aunque sea también impropio, porque no es un ámbito estrictamente constitucional, se verifica aquí la hipótesis de este trabajo en cuanto el cambio en la realidad “constitucional” europea operada por las transformaciones actuales la han convertido en “constituyente”.

3. La realidad constituyente

De todo lo expuesto puede deducirse que la realidad constitucional española se configura actualmente como constituyente tanto en sentido impropio de ser la realidad la que se está imponiendo, la que “realmente constituye”, como en el más propio de que se ha separado de la Constitución en tal grado que demanda un cambio de “paradigma constitucional” (P. Haberle).

Pero, dado que esta situación se presenta como una situación de crisis (que –debe repetirse– aunque añada elementos específicos, lo más destacado es que ha acelerado y acentuado tendencias ya bien consistentes) se puede argumentar y de hecho así se hace que los momentos de crisis no son los más adecuados para hacer un cambio constitucional.

Pero, además de que esa afirmación (si es cierto lo anterior, el cambio en la realidad) se sitúa “fuera de la realidad” y en otros niveles, hay que tener en cuenta que las Constituciones surgen precisamente en momentos de crisis, de manera que en esas situaciones la nueva Constitución no es una opción sino una necesidad. Es, justamente, este hecho el que dota a la Constitución de un cierto “pathos” en su nacimiento que se proyecta después en su contenido a partir de la contradicción que se produce entre ese contenido fuertemente determinado por la coyuntura en la que surge y la pretensión de dotarlo de permanencia, es decir, de prolongar a través de la rigidez esa circunstancia histórica concreta. La contradicción se agudiza en la actualidad ya que la aceleración del tiempo histórico de manera prácticamente homogénea, es decir en todos los sectores de la realidad que aparece como conflictiva, de “aprendizaje” (W. Benjamin), dota también de otro tipo de pathos, ahora agónico, al constitucionalismo actual que trata de resistir a las exigencias de la coyuntura. De ahí que no se trate ya de la alternativa rigidez-flexibilidad sino de otro tipo de constitución que se la ha denominado como soft ware o “Constitucionalismo bastidor”, cuyo contenido formal más característico ya sería exclusivamente el de la constitucionalización

del cambio, de la dinámica de la realidad, del devenir (F. Berardi) con instituciones que junto a las de estabilidad –las que expresan lo que es– se sitúan otras que posibilitan, a partir de lo que es, el poder ser. No es tan extraño ni nuevo este tipo de consideraciones pues ya H. Heller proponía algo semejante con la expresión de que “a través de la constitución pasará la vida”.

Respecto del contenido material, no se trata de hacer “propuestas” cuyo sentido y valor sea rechazado con anterioridad por no tener una base real. Por eso lo único que cabe decir, desde esta perspectiva, es advertir cuales son los elementos básicos de esa realidad constituyente que se ha venido analizando y que serán los componentes naturales de ese contenido (que puede tener otros, como pueden ser los elementos referidos a la eliminación de las excrescencias antidemocráticas como la configuración actual de la jefatura del estado y que ya venía exigida por el cambio que se indica) o la repercusión de todo lo anterior en materia de derechos.

3.1. Nueva relevancia de la Constitución en un solo país

Hay que partir de un elemento de esa realidad que es previo a todo lo demás y condiciona el proceso. Es el cambio producido a través de esa relativa crisis de la globalización y de la nueva relevancia del Estado, del orden estatal y de lo público. Efectivamente, como se afirmó, el Estado se fortaleció de manera rotunda en un primer momento de la crisis, aunque después ha sufrido alguna limitación como la que supone en Europa el Acuerdo Europeo, pero en todo caso mantiene una relevancia y potencialidad nueva y muy superior al período anterior a la crisis de 2019. Pero, si esto es así, si se está ante una reafirmación de la importancia y capacidad real del Estado, de lo público, y, también del espacio territorial y social estatal, quiere decirse que se está también ante una reafirmación de la relevancia de la “Constitución en un solo país”, del orden constitucional interno y, por tanto, de las posibilidades que se abren al poder constituyente democrático. Por consiguiente, se modifica la situación anterior (“la Constitución más allá del Estado”, había dicho Ferrajoli) en la que el espacio estatal y su gestión se relativizaban mucho más acentuadamente al supra-estatal porque se partía de principios, inicialmente aceptables, como que buena parte de los problemas actuales exigen planteamientos superestatales pero se pasó a hacer de este orden supra-estatal (y especialmente del europeo) una institucionalización garantista del capitalismo al que se protegía de posibles “veleidades” internas o estatales. Ahora, como se vio, en el interior de los Estados, con los nuevos caracteres del conflicto, cabe un mayor protagonismo de la soberanía democrática sin que implique aislacionismo o antieuropeísmo sino darle otro sentido.

Respecto del contenido concreto de las constituciones, el elemento o componente en la realidad constituyente española –pero generalizable y del que hay que partir no sólo por su importancia sino por las consecuencias y efectos que genera, y de lo que puede decirse que en una u otra medida derivan todos los otros elementos de esa realidad– es la desigualdad. Como se vio, los niveles alcanzados en diferentes ámbitos junto a sus disfuncionalidades son incompatibles con un constitucionalismo democrático y normativo.

3.2. Demandas de la realidad al contenido constitucional: neutralismo, medidas tendentes a evitar la desigualdad cuando se produce y a reducirla cuando se ha producido

Supuesto, como se viene afirmando, que esa desigualdad, aunque tenga otros componentes, está inscrita de manera necesaria en el modo de producción dominante, en las relaciones de producción capitalistas, una primera exigencia derivada inmediatamente de esa realidad es sancionar el neutralismo constitucional respecto de los modos de producción. En la teoría constitucional se ha sostenido la exigencia de neutralidad constitucional respecto del “modelo económico” que se corresponde con lo que desde otra perspectiva se define como “sociedad abierta”. Ahora se trataría de otro tipo de neutralismo que, por otra parte, tiene su natural anclaje en un principio-valor básico del constitucionalismo como es el pluralismo. Pero ahora ya no se trataría del pluralismo “dentro del modo de producción capitalista” que es el horizonte ideológico en el que se mueven las teorizaciones citadas, sino del pluralismo respecto de los modos de producción.

Este sería, pues un prerequisite importante: que, constitucionalmente no se obstaculice y se abra la posibilidad constitucional también de cambio real y no se utilice la constitución como defensa de lo existente.

A partir de aquí y dado que la desigualdad se origina en la relación capital-trabajo, existen dos tipos de medidas para contrarrestarla: una tendente a conseguirlo en origen, es decir, en el momento en que esa relación se contrae; este es el supuesto real, después, la forma concreta que adoptaría ya entraría en el campo de las propuestas que no tienen aquí lugar y que se decidirían en su caso en el proceso constituyente, aunque se puede añadir que, en una u otra forma, tendrían que ver con dos cuestiones: la configuración adecuada de la contratación laboral por una parte y, por otra, con la democracia económica que debería incluir la democracia en la empresa.

El otro tipo de demandas de la realidad suceden cuando ya se ha producido esa relación de desigualdad, y sin que se pueda ir tampoco más allá, tienen que ver con las formas de encauzar y resolver democráticamente la contradicción y el conflicto, de una parte y, de otra, con las prestaciones tendentes, “estáticamente”, a compensar esa desigualdad que también fortalecen la posición negociadora del trabajo.

3.3. La demanda constitucional específica de “los cuidados” y otras demandas de la realidad

Aunque se relaciona con lo anterior (se ha definido al capitalismo como “el patriarcado productor de mercancías” según la conocida consideración feminista) exigen una mención especial “los cuidados” como espacio constitucional y constituyente propio.

Hay que considerarlo aparte porque, en la realidad así es, ya que no está incluido en la relación capital-trabajo, pues el “cuidado” que aquí se contempla no es propiamente “trabajo”. Aunque de nuevo hay que señalar que el tratamiento de esta compleja y fundamental cuestión corresponderá al momento constituyente, se pueden hacer dos tipos de consideraciones breves referidas una al aspecto teórico y otra al de la práctica constitucional.

El aspecto teórico se refiere a las diferentes posturas que en el interior del feminismo se mantienen sobre la materia y que simplificadaamente son estas dos: la que sostiene que si únicamente se trata de convertir y de cambiar “el

cuidado" para configurarlo como trabajo (remunerado) lo que en realidad se está haciendo es consagrar la división sexual del trabajo, "fossilizar" a la mujer (V. Esquivel). En relación con esta posición se desarrolla todo un movimiento "nómada", extrasistema, que trata de construir toda una red de cuidados gestionados como una "práctica del común" que intenta reestructurar la producción y reproducción social a través de formas cooperativas de organizar el trabajo de cuidados.

La otra posición defiende, por el contrario, la remuneración del trabajo de cuidados entendiendo que precisamente su consideración como "trabajo", lo que hace es objetivar la cuestión, independizarla del sexo (S. Federici).

El otro aspecto que antes se indicaba, el de la práctica constitucional, se refiere al precedente más destacado en la materia como es el que ofrece el llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano" (M. Carbonell) que comienza con la constitución bolivariana de Venezuela, seguida, fundamentalmente en esta cuestión, de las de Bolivia y Ecuador. Se considera en este sentido como paradigmático el tratamiento que se contiene en la Constitución de Venezuela (el muy reconocido artículo 88) en el que se considera al "cuidado" como trabajo "creador de valor agregado y productor de riqueza", es decir, el aspecto cuantitativo; pero se le añade algo que, ciertamente, define al "cuidado" como es el aspecto cualitativo (lo que se ha señalado como la carga emotivo-sensible que incorpora, tan fundamental en el componente y desarrollo humano) y que en el mencionado artículo se designa como "bienestar social". Así mismo, se considera que "la economía de cuidados", debe intentar cuantificarse y formar parte de las "cuentas nacionales".

El resto de las cuestiones que forman ese supuesto programa constituyente inscrito en la realidad, se han ido ya mencionando críticamente como componentes de la misma y no es necesario volver sobre ellas (nuevo tipo de conflicto, movimientos nómadas, el cambio climático, la función y el papel de la tecnología, las fronteras, el papel de la ciencia, transacciones financieras, etc.) ni tampoco su tratamiento que resultará del supuesto proceso constituyente y del que dependerá su repercusión en el ámbito de los derechos y libertades. Igualmente, en las formas de participación y que demanda ese nuevo tipo de conflictos y movimientos sociales. Únicamente dos observaciones sobre estas dos cuestiones últimas: la del tratamiento de aquellas cuestiones y la de las nuevas formas de participación.

Sobre el tratamiento debe indicarse que el necesario aumento del gasto social tiene dos formas básicas de financiación: la deuda y la imposición. En la medida en la que se plantea como opción, es la imposición la que, también por razones objetivas, es la defendible: su disponibilidad soberana, implantación democrática, finalidad distributiva y justicia social frente a, justamente las contrarias, que hacen rechazable la otra opción.

Y respecto de las nuevas formas de participación, aunque sean las demandas de los nuevos conflictos las que las configuren, cabe señalar que no se trata de supuestos o deducciones más o menos supuestas o teóricas, sino de algo que empieza a estar también en la realidad. Tal ocurre con las "Asambleas ciudadanas" que, demandadas por los movimientos sociales, están empezando a utilizarse en distintas materias y en distintos países desde hace algún tiempo pero que muy recientemente están adquiriendo más relevancia tales como las asambleas del cambio climático (Francia, Suecia e Irlanda) reconocidas también en España en relación con la "emergencia climática" y la transición energética, así como, en la misma línea, los RIC o Referendos de Iniciativa Ciudadana de los "chalecos amarillos", también propugnadores de aquellas asambleas ciudadanas.

3.4. El paso de la realidad al proceso constituyente

Finalmente, hay que mencionar, aunque ya fuera del ámbito de este trabajo, el paso de lo “objetivo” a lo “subjetivo”, es decir, de “la realidad constituyente” al “sujeto constituyente” capaz de constitucionalizarla. Si bien esta denominación tradicional de “sujeto” ahora ya no debe entenderse –según se dijo– como unitario, sino en sentido complejo, así como la posible constitucionalización tampoco será “unitaria”, sino fragmentada y parcial, aunque estas parcialidades o fragmentos de Constitución no serán ya propiamente “reformas constitucionales” en el sentido clásico, en cuanto integrables en la misma Constitución a la que tratan de adaptar o perfeccionar, sino parcialidades o fragmentos de “otra constitución” en el sentido de que posibilitarán el cambio hacia estructuras diferentes.

Será, en todo caso, el movimiento de lo real el que lo producirá y tampoco es una suposición abstracta, porque si la realidad sigue siendo constituyente, es decir, conflictiva, terminará generando las condiciones del cambio como ha sucedido históricamente, con las peculiaridades de cada circunstancia. Aunque probablemente es innecesario, debe aquí advertirse que no se trata en esta postura de un estructuralismo o neoestructuralismo determinista, sino que en esa “realidad” se incluye, naturalmente, el elemento subjetivo representado sobre todo por el conflicto, como se ha venido considerando.

En este sentido se hace notar en los estudios actuales de historia del derecho, que se viene comprobando la hipótesis de que históricamente los cambios más radicales y que aparecen como improbables (y naturalmente siempre que se dan las circunstancias de la realidad apuntadas) han ido precedidos de las denuncias, construcciones y teorizaciones de los juristas críticos. El hecho se relaciona con el desbloqueo de la Razón propia del pensamiento crítico y que en el pensamiento crítico jurídico supone romper la apariencia u ocultamiento que el propio derecho crea. Pero también con esa relación estudiada entre el lenguaje y realidad que alude a la performatividad (J. L. Austin) y de forma más específica la que elaborada por el feminismo (Judith Butler) descubre el poder reiterativo del discurso para romper identidades, situaciones, estables. Este trabajo es una contribución más en esta línea y con esa clara intencionalidad.

Sobre las disfunciones de la democracia representativa: algunas propuestas

About the dysfunctions of representative democracy: some proposals

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático emérito de Derecho Constitucional.

Universidad Carlos III de Madrid.
lopez@der-pu.uc3m.es

<https://doi.org/10.7203/cc.1.19048>

Fecha de recepción: 11/11/2020

Fecha de aceptación: 02/12/2020

Resumen

El paso de un sistema bipartidista a uno multipartidista ha dado lugar a numerosas dificultades en el funcionamiento de los mecanismos de democracia representativa, establecidos en la normativa constitucional y la práctica política española y basados en el papel determinante de los partidos políticos. En el presente artículo, se analizan vías posibles para facilitar procesos de integración y negociación políticas, dentro del marco constitucional, a efectos de evitar los ya frecuentes bloqueos institucionales.

Palabras clave

Transición a la democracia; democracia representativa; democracia directa; democracia participativa; Presidencia del Gobierno; Consejo General del Poder Judicial; Tribunal Constitucional.

Abstract

The transition from a two-party to a multi-party system has created difficulties in the functioning of representative democracy mechanisms established in the Spanish Constitution and in political practice. This article presents possible ways to facilitate processes of political negotiation and integration within the current constitutional framework, in order to avoid the already frequent institutional deadlocks.

Keywords

Transition to democracy; representative democracy; direct democracy; participative democracy; Presidency of Government; General Council of the Judiciary; Constitutional Tribunal.

Sumario

I. La transición a la democracia y la Constitución.— II. Constitución y democracia representativa.— III. Las dificultades del sistema.— IV. La ausencia de modelos alternativos.— V. Multipartidismo e integración.— VI. Integración política y Jefatura del Estado.— VII. Impulso e integración política en el proceso de investidura.— VIII. Impulso e integración política en la renovación de órganos constitucionales.— IX. Conclusiones. *Bibliografía.*

I. La transición a la democracia y la Constitución

Se han hecho muy frecuentes en los últimos años, tanto en los medios de comunicación, como en los foros políticos y en los ámbitos académicos, las críticas a diversos aspectos del actual sistema constitucional, entendido no sólo como el texto de la Constitución, sino también como su aplicación en la práctica. Estas críticas se dirigen a aspectos como el régimen electoral, la organización de los poderes públicos (de la Jefatura del Estado al Poder Judicial), al sistema de partidos y a la organización territorial. Las críticas (y sus respuestas) son ciertamente en muchos casos mera expresión coyuntural de la confrontación política. Pero no deja tampoco de ser cierto, al menos según los sondeos de opinión, que existe una conciencia generalizada de que se están produciendo una serie de graves disfunciones en el funcionamiento de los órganos del Estado a las que el sistema constitucional no está dando adecuada respuesta.

Valga señalar que a veces estas críticas adoptan una dimensión retroactiva, y versan no solo sobre las circunstancias actuales, sino sobre el mismo origen y desarrollo de las instituciones en la presente etapa constitucional, sobre la transición a la democracia y el texto constitucional entonces elaborado. Pero, incluso a primera vista, no parece que tales críticas sean ni necesarias ni justificadas. En una apreciación retrospectiva, no es difícil reconocer los méritos de los protagonistas del proceso de transición de la dictadura franquista a la democracia, así como la indudable utilidad en su momento de la expresión formal de ese proceso, la Constitución de 1978. No cabe olvidar las circunstancias del momento. El contexto, interno e internacional, no era el más favorable para una transición pacífica; en el plano interno, caracterizado por una tradición histórica de dictaduras, guerras civiles y golpes de Estado era evidente la presencia de grupos e instituciones contrarios a una evolución hacia la democracia, en una situación de crisis económica, a lo que se unía una creciente actividad terrorista. En el plano internacional, estaba plenamente vigente la situación de guerra fría, en que la experiencia mostraba que los principales protagonistas en el bando occidental no estaban dispuestos a permitir experimentos que pudieran ofrecer ni siquiera una aparente ventaja al otro bando. Que en tales circunstancias fuera posible establecer un entramado constitucional democrático que no sólo evitara un nuevo enfrentamiento civil, sino que asegurara un largo período de

estabilidad política y social, aparte de una integración en el contexto europeo, no deja de representar un logro difícil de ignorar, y más merecedor de elogio que de censuras.

Una justificación para un juicio de valor positivo de esta naturaleza puede ser la que se basa en los resultados de la transición a la democracia y de la fórmula constitucional en ella diseñada. Sin duda, el texto constitucional de 1978 incluía elementos heredados de la dictadura, integrantes de la fórmula de consenso o transacción lograda, como el mantenimiento de la monarquía, la inclusión de referencias a la Iglesia y las Fuerzas Armadas, un sistema electoral elaborado en la fase predemocrática, y el uso de determinados símbolos y expresiones, entre otros. Pero la aplicación de la Constitución ha dado lugar a un sistema que cuenta con instituciones democráticas, un nivel aceptable de defensa de los derechos fundamentales y que ha hecho posible una amplia descentralización territorial. Además, en la práctica, y durante un largo período, el sistema constitucional ha proporcionado una considerable estabilidad gubernamental. Para emplear los términos del profesor Pérez Royo (2015: 22), “el Estado español de la Constitución de 1978 ha sido el Estado más legítimo y, como consecuencia de ello, el más eficaz de nuestra historia”.

Prueba de esa estabilidad podría ser además (y contrariamente a una opinión muy generalizada) la ausencia de reformas constitucionales de entidad; ausencia que puede explicarse, no sólo por la considerable dificultad del procedimiento constitucional de reforma, sino también porque, y hasta muy recientemente, esa reforma no se veía como necesaria¹. Las dos reformas efectuadas en 1992 y 2011 se refieren a aspectos muy particulares y ceñidos a unas circunstancias concretas. Los informes sobre posibles reformas elaborados por el Consejo de Estado en 2005 se referían a aspectos marginales del sistema, no se tradujeron en consecuencias prácticas y, reveladoramente, no se referían a ninguno de los problemas constitucionales que han venido a plantearse en la realidad más cercana.

II. Constitución y democracia representativa

Una explicación para esta estabilidad (y quizás, también para los problemas que ahora se plantean) puede encontrarse en la fórmula general diseñada por la Constitución, y confirmada en la práctica para el diseño de la “democracia avanzada” a que se refiere el Preámbulo de la Constitución. El Tribunal Constitucional en su sentencia 119/1985 hizo referencia a esta fórmula. Señalaba el Tribunal en esa sentencia, que la participación política, base de la democracia, a que se refiere el artículo 23 de la Constitución podría ejercerse en tres formas: democracia representativa, democracia directa, (con fórmulas como referéndum y régimen local de concejo abierto), y (sin la cobertura constitucional de la democracia representativa y directa) “otros títulos de participación que puedan crearse en el ordenamiento” (FJ 3). Y reitera lo que ya había afirmado en una sentencia anterior, la 76/1994, en que señaló que “La Constitución en su artículo 1.3 proclama la Monarquía Parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa” (FJ 3).

¹ Sobre esta cuestión, Pérez Tremps (2018).

La elección prevalente de fórmulas de democracia representativa supuso en la práctica no sólo la marginación de procedimientos propios de la democracia directa como el referéndum y el concejo abierto (cuya aplicación se ha visto reducida incluso legislativamente, como se verá) y de las “otras formas de participación” a que se refería la sentencia 119/95, sino también, dentro de los mecanismo representativos, la adopción de aquellos procedimientos que reducían considerablemente toda vinculación con técnicas, siquiera complementarias, de democracia directa o de otro tipo. Desde luego, por la misma naturaleza de la “forma política del Estado” como una monarquía parlamentaria, quedaba excluida la legitimación democrática directa de la Jefatura del Estado. El régimen parlamentario, con exclusión de toda elección directa del ejecutivo se extendió también constitucionalmente a las Comunidades Autónomas y por vía legislativa al gobierno local, a pesar de la opción abierta que dejaba el artículo 140 de la Constitución². El modelo representativo venía además a convertirse en un modelo rígido, reduciendo la relación entre los representantes y la voluntad de los representados mediante el fortalecimiento constitucional y legal de los partidos políticos como mecanismos de intermediación entre una y otros. El sistema electoral proporcional establecido en la Constitución se basaba forzosamente en el empleo de listas electorales elaboradas por los partidos, reforzando a la dirección de éstos frente a las eventuales preferencias de los electores. Y es comúnmente aceptado que las circunscripciones electorales provinciales previstas para el Congreso y el Senado, y el empleo de la fórmula D’Hondt para el primero, han favorecido hasta recientemente la posición de los partidos mayoritarios, y la reducción o eliminación de alternativas electorales minoritarias.

No puede negarse que el sistema de democracia representativa “rígida” establecido durante la transición a la democracia ha tenido buenos resultados durante un largo tiempo. El sistema bipartidista a nivel nacional se mantuvo hasta recientemente, ocupando conjuntamente los dos partidos mayoritarios en forma consistente alrededor de trescientos de los trescientos cincuenta escaños del Congreso de los Diputados. En consecuencia, la estabilidad gubernamental ha sido un fenómeno continuado; entre 1979 y 2018 (fecha en que ya se mostraban los graves problemas del sistema) se sucedieron seis presidentes del Gobierno en un período de cerca de cuarenta años, estabilidad no frecuente ni en nuestra historia constitucional, ni en regímenes parlamentarios de nuestro entorno.

III. Las dificultades del sistema

Un juicio globalmente favorable sobre los efectos del sistema constitucional puesto en marcha durante la transición a la democracia no obsta a la constatación de que en los últimos años ese sistema se encuentra con notables dificultades para enfrentarse con nuevos problemas, surgidos tanto de la evolución de la sociedad española como del contexto internacional en que se sitúa. Y ello, considerado desde dos perspectivas, una de tipo subjetivo (la legitimidad popular de las instituciones) y otra de tipo objetivo (la eficiencia del sistema para asegurar el funcionamiento normal de esas instituciones). Muestras de esos problemas podrían ser, en cuanto a lo primero, la falta de identificación y confianza por parte de la opinión pública respecto de elementos claves del sistema, y por otro, y desde la perspectiva objetiva e institucional, disfunciones

2 Art. 140 CE, “Los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos”.

como los bloqueos y dificultades en la configuración de órganos constitucionales, la ralentización extrema de la labor legislativa del Parlamento, una inusitada reiteración de procesos electorales, la debilidad parlamentaria del ejecutivo, o el surgimiento de conflictos territoriales cuya resolución aparece como lejana y difícil. Se trata de problemas que afectan a todos los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, y a la organización territorial del mismo.

Resulta inevitable que se haya planteado la cuestión de cuáles podrían ser las causas para que un edificio constitucional que se había mostrado durante varios decenios, y en un período de duración sin comparación en nuestra historia, capaz de asegurar niveles adecuados de estabilidad política y social, y de crecimiento económico, muestre síntomas graves de ineficacia e inestabilidad. Las explicaciones (y los remedios) propuestas sobre la incapacidad o dificultad para enfrentarse con esos síntomas han versado sobre los diversos elementos del sistema, desde las previsiones constitucionales hasta su desarrollo y aplicación, tanto por la labor legislativa como por la interpretación judicial y la práctica de los actores políticos y administrativos.

Una vía para acercarse, siquiera sea parcialmente, a una respuesta a esta cuestión pudiera ser una aproximación a los orígenes de la situación actual. No es difícil considerar que esos orígenes se encuentran estrechamente ligados a la más grave crisis afrontada en este siglo no sólo por España, sino por todos los países de nuestro entorno, esto es, la crisis económica iniciada en 2008. Posiblemente, las causas de los problemas actuales ya existían con anterioridad a esa fecha, y se habían visto ocultos por la ingeniería jurídico-constitucional de la transición a la democracia; pero a partir de la recesión económica mundial, esos problemas se vieron considerablemente agravados. Las consecuencias de la crisis en el plano político y las dificultades del sistema democrático-representativo diseñado por la normativa y la práctica políticas para enfrentarse con las demandas de la sociedad se hicieron evidentes en los dos planos señalados más arriba, subjetivo e institucional.

En lo que atañe al aspecto subjetivo, de identificación de los ciudadanos con el sistema, y su confianza en el mismo, los datos (si no completamente fiables sí al menos orientadores) de las encuestas de opinión muestran un vuelco notable a raíz de la crisis económica³. Y las cifras muestran también la extensión de las posiciones críticas y de desconfianza hacia los elementos claves del sistema; consistentemente, los sondeos colocan a los partidos políticos entre los principales problemas del país, o traducen la opinión mayoritaria de que el Parlamento ya no sirve para enfrentarse con los problemas graves de la sociedad española⁴. La repetida expresión o mantra “no nos representan” acuñado en las manifestaciones del año 2011 era una expresión de la inquietud de una parte

3 Antes de la crisis, y siguiendo las categorías de las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas, el porcentaje de encuestados “críticos” que consideraban la situación política española mala o muy mala se situaba alrededor del 33% (en diciembre de 2006). Todavía en junio de 2009, entrada ya la crisis económica, el porcentaje era inferior a la mitad de los encuestados (48.5%). Pero el descontento con el sistema se incrementó a medida que las consecuencias de la crisis se hacían evidentes. En diciembre de 2010, ese porcentaje era ya superior al 67%; ocho años después, en enero de 2019, cerca de tres cuartos de los encuestados (72,7%) consideraban mala o muy mala la situación política en general. Todavía en el momento inmediatamente anterior a la extensión de la pandemia del covid-19, en febrero de 2020, un 57% de los encuestados la seguía considerando mala o muy mala.

4 Ver, por ejemplo, el Barómetro del CIS de septiembre de 2018, en que se señalaba que para un 75,9% de los encuestados “el Parlamento se ocupa de cuestiones de poca importancia”. Sobre el tema, también, el *Informe sobre la Democracia en España*, de la Fundación Alternativas de 2018, 196-197.

considerable de la opinión con respecto a los mecanismos de una democracia definida como representativa.

Desde la perspectiva institucional, el desgaste de esos mecanismos establecidos en la fase de transición a la democracia empezó también a hacerse evidente (o más evidente) a partir del recrudecimiento de las consecuencias de la crisis económica. La fórmula de democracia representativa establecida a partir de la Constitución descansaba en gran parte en la existencia de un bipartidismo que aseguraba mayorías estables en el Parlamento, y como resultado, gobiernos también estables. Pero el sistema bipartidista se vio profundamente afectado a partir de un primer signo de alarma, las elecciones europeas de 2014, que supusieron por primera vez que los dos grandes partidos, socialistas y populares, obtuvieran menos de la mitad de los votos y de los escaños⁵. Y a partir de ese momento, la deriva del bipartidismo se trasladó a las Cortes Generales. El porcentaje del voto popular obtenido por los dos grandes partidos disminuyó progresivamente en las elecciones generales a partir de 2015, hasta caer, en las de 2019, por debajo de la mitad de los votos expresados. Como consecuencia, disminuyó (aunque a menor ritmo, debido a la prima derivada del sistema electoral) el porcentaje de diputados elegidos en las listas de ambos partidos⁶.

La relevancia del bipartidismo en el funcionamiento del sistema constitucional se ha traducido en que su sustitución por un sistema multipartidista ha dado lugar a considerables disfunciones afectando a todos los poderes del Estado. Por lo que se refiere al mismo poder legislativo, la fragmentación partidista se ha traducido en un notable deterioro de la actividad legislativa, viéndose obligado el Gobierno a la utilización cada vez más intensiva del decreto-ley; y ello con anterioridad a las circunstancias excepcionales resultantes de la pandemia covid-19. El último año "normal" desde la perspectiva legislativa fue el 2015; a partir de ese año, el número de decretos leyes (que la Constitución reserva al caso de "extraordinaria y urgente necesidad" en su artículo 86) ha superado ampliamente el de leyes y leyes orgánicas conjuntamente (en el año 2016 con toda claridad, ya que no se aprobó *ninguna* ley ordinaria, y sólo dos leyes orgánicas)⁷. Particularmente revelador de las disfunciones en este campo es el sistemático retraso en la aprobación de las leyes de Presupuestos, en teoría anuales, pero que cada vez más frecuentemente deben ser prorrogadas en aplicación del artículo 134.4 de la Constitución⁸.

La esclerotización parlamentaria derivada de la crisis del bipartidismo encuentra su reflejo en la situación del poder ejecutivo. La dificultad de formar gobierno a partir de los resultados de las elecciones generales ha conducido a

5 Si en las elecciones europeas de 2009 la suma total de votos de ambos partidos fue más del 80% (42% el PP, 38,78% el PSOE) y el conjunto de escaños obtenidos por ambos partidos fue de 47, en las elecciones europeas de 2015 el conjunto del voto PP/PSOE pasó al 49.1% (26,09% el PP, 23,01% el PSOE), y el total de escaños a 30 (16 el PP, que pierde ocho escaños, y 14 el PSOE, que pierde nueve).

6 En las elecciones de 2011, los dos grandes partidos obtuvieron el 73,39% de los votos: en las de 2015, el 64,2%; en las de 2016, el 55,64%; en las de 2019, el 48,82%. En cuanto a los diputados, los dos conjuntamente obtuvieron en 2011, 296; en 2015, 2013; en 2016, 222 y en 2019, 204.

7 En 2016 se aprobaron 2 leyes orgánicas, ninguna ley ordinaria y 7 decretos-leyes; en 2017, las cifras fueron 1 ley orgánica, 12 leyes ordinarias y 21 decretos leyes; en 2018, 5, 11 y 28, respectivamente; en 2019, 3, 5 y 18; en lo que va de 2020 (noviembre), 1, 3 y 31. Como comparación, en 2016 se aprobaron 16 leyes orgánicas, 48 ordinarias y 12 decretos-leyes.

8 En el momento de escribirse estas líneas (noviembre de 2020) siguen en vigor los Presupuestos para 2018, aprobados, por cierto, a mediados de ese año Ley 6/18 de 3 julio. Pero, además, hay que recordar que vino a sustituir a la ley 48/15 de Presupuestos para 2016, aprobada en 2015. Dos leyes de Presupuestos para (hasta el momento) cinco años.

que en dos ocasiones hasta el momento ha debido permanecer en funciones (esto es, con facultades limitadas) el gobierno cesante, durante períodos que no pueden sino considerarse excesivos, y desde luego no favorables a una adecuada política de dirección gubernamental; a raíz de las elecciones de diciembre de 2015, el Gobierno cesante debió mantenerse en funciones durante diez meses (diciembre 2015-Octubre 2016), y tras las elecciones de abril de 2019, el Gobierno cesante hubo de mantenerse en funciones hasta enero de 2020 (nueve meses)⁹. Como era de esperar, en ambas ocasiones la fragmentación parlamentaria se reflejó en la situación del Gobierno; por primera vez se aprobó en el Congreso una moción de censura en cuarenta años, en junio de 2018; por primera vez se formó un Gobierno que acertadamente el profesor Giménez Glück (2019) ha podido denominar *hiperminoritario*, apoyado por un grupo parlamentario de 85 (!) diputados de un Congreso de 350; por primera vez en la presente fase constitucional hubo de formarse un gobierno (también minoritario) de coalición en enero de 2020.

También atribuibles al fin del bipartidismo son, al menos en parte, consecuencias disfuncionales para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como son los notables retrasos en su renovación. No es desde luego un fenómeno nuevo (el Consejo General del Poder Judicial que debía haberse renovado en 2006 no lo fue hasta el 2009, y el tercio de Magistrados del Tribunal Constitucional elegidos por el Senado que debía haber cesado en 2007 hubo de mantenerse hasta el año 2010), pero la incapacidad de llegar a acuerdos no ha venido a disminuir al fragmentarse el Parlamento, con las consiguientes dificultades añadidas para obtener las necesarias mayorías reforzadas¹⁰.

IV. La ausencia de modelos alternativos

No faltan indicios, pues, de que el modelo de democracia representativa (si se quiere, de democracia representativa “rígida” instaurado durante la transición a la democracia) se encuentra desde hace ya algún tiempo con notorias dificultades para mantener tanto la necesaria legitimidad de las instituciones como una efectiva capacidad para resolver los continuos problemas de la sociedad española. Lo que en algún momento pudo llevar a que se pusiera en duda, no sólo la especificidad de la peculiar forma española de democracia, sino la misma idea de democracia representativa como fórmula política. Como pudo señalar el profesor Díez-Picazo (2014) en forma voluntariamente autocontenida “existe cierto malestar con la democracia representativa”. La percepción de ese malestar se revela en el mismo título de su trabajo “Apología de la democracia representativa”. Que un título de ese tipo se considerara pertinente en aquel momento es muestra de la constancia, y no sólo en el ámbito académico, de que existía un clima de, al menos, desconfianza hacia las instituciones. Este clima se traducían en propuestas de fórmulas alternativas de democracia, a veces poco coherentes y utilizadas como reclamos en la lucha política, pero en ocasiones formuladas en un marco de discusión intelectual, en busca de remedios a lo

-
- 9 La fragmentación parlamentaria no permitió la constitución de Gobierno tras las elecciones de 2015, y debió procederse a una nueva elección en junio de ese año; lo mismo ocurrió tras las elecciones de abril de 2019, y hubo que convocar a los electores a las urnas en noviembre del mismo año.
- 10 Cuando se escriben estas líneas (noviembre de 2020) el retraso en la renovación del Consejo General del Poder Judicial es de dos años, y el correspondiente a un tercio de los magistrados del Tribunal Constitucional es de once meses.

que se percibía como una situación política general insatisfactoria. Las alternativas a la democracia representativa que parecían ofrecerse eran la democracia directa y lo que (en terminología algo diferente de la empleada por el Tribunal Constitucional) podría llamarse la democracia participativa¹¹. Pero no es difícil apreciar que ninguna de ellas, desde una perspectiva mínimamente realista constituye una alternativa viable. Es ya evidente que ese tipo de propuestas no se muestran, al menos en las circunstancias españolas, como vías para introducir legitimidad, estabilidad y eficiencia en la vida política.

Desde luego, no la alternativa de la democracia directa referendaria. Y ello no solamente por su dudosa funcionalidad (al menos como vía única o principal) en una sociedad del tamaño y complejidad de la española, sino también por razones coyunturales, como ha sido la reacción frente a la reivindicación del referéndum por parte de las posiciones soberanistas en el País Vasco y Cataluña. Lo que, por cierto, ha llevado a una restricción por la jurisprudencia constitucional de las ya escasas posibilidades de aplicación del referéndum existentes en la Constitución; si éstas eran escasas en el ámbito estatal, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las hizo prácticamente inexistentes en el ámbito autonómico. Esa jurisprudencia, en la coyuntura de las reivindicaciones de los movimientos soberanistas en el País Vasco y Cataluña, supuso una lectura reduccionista de los artículos 92 y 149.1.32 de la Constitución, en lo que se refiere al régimen del referéndum en ese ámbito. La interpretación de la Constitución llevada a cabo por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, aparte de sus efectos en lo que se refiere a la cohesión territorial, supuso una reducción de las posibilidades de la democracia directa en las Comunidades Autónomas, al establecer como competencia del Estado la “entera disciplina” de la materia referendaria, así como que sólo una ley orgánica puede establecer tipos de referéndum y regular su contenido. Pero incluso en el supuesto de que en algún momento se produjera una apertura legal en ese aspecto, y se permitieran en la regulación estatal referendos de alcance autonómico, la sentencia posterior 137/2015, sobre el Reglamento canario de consultas a la ciudadanía, vino a hacer aún más difícil esta posibilidad, al establecer que la convocatoria de referéndum no estaba incluida implícitamente en la competencia estatutaria de “organización de las instituciones propias” presente como regla general en los Estatutos de Autonomía; para que en el ámbito de una Comunidad Autónoma pudieran convocarse consultas referendarias sería necesaria una expresa disposición al respecto en su Estatuto. Lo que equivalía a la necesidad de una reforma estatutaria para la eventual aplicación de una hipotética ley estatal permisiva, por el momento no existente¹².

En lo que atañe a la democracia directa referendaria en la esfera local (donde teóricamente podría tener mayor funcionalidad que en ámbitos más amplios) la situación no es mucho más favorable a las consultas referendarias populares. Ciertamente la Ley Orgánica del Referéndum se remite en esta materia a la Ley de Bases de Régimen Local, y ésta da cobertura suficiente a la convocatoria de estos referendos en su artículo 71 (STC 51/2017), aparte de que los Estatutos de Autonomía establezcan la competencia autonómica en este aspecto, dentro de sus competencias sobre Administración Local. Podría pues preverse un desarrollo de las técnicas de democracia directa en este campo, en materias como ubicación de establecimientos públicos, infraestructuras, y otros de innegable relevancia en el nivel local. Pero la exigencia de autorización estatal (artículo

11 Para una exposición, Virgala Foruria (2015).

12 Sobre esta cuestión es ilustrativo el trabajo de López Rubio (2019).

149.32 CE) y el complicado procedimiento exigido para esa autorización han minimizado el recurso al referéndum local. Entre 1985 y 2017, se solicitó autorización para 164 referendos: 71 fueron denegados, 24 fueron archivados, en diez casos se desistió. En conjunto, se celebraron 42 referendos locales en 32 años. Lo que es significativo, teniendo en cuenta que en España hay 8.131 municipios¹³.

Si la democracia directa referendaria no se muestra como una vía alternativa a la democracia representativa, lo mismo cabe afirmar de lo que podría denominarse democracia participativa, en el sentido de aquellas fórmulas en que los ciudadanos no (o no sólo) se pronuncian sobre decisiones ya elaboradas por otros (como en el caso del referéndum) sino que participan activamente en la elaboración de esas decisiones. Los instrumentos para esta participación pueden ser muy diversos (y algunos de ellos, como el concejo abierto, son a veces considerados también como parte de la democracia directa). Ejemplos podrían ser la iniciativa legislativa popular, las consultas ciudadanas no vinculantes, la intervención en foros populares de asesoramiento, la posibilidad de enmiendas ciudadanas a propuestas legislativas o reglamentarias, la adopción de decisiones colegiadamente (como en el caso del concejo abierto, que el Tribunal Constitucional, como se vio, estima institución de democracia directa). Todas estas fórmulas se caracterizan por una actuación colectiva paralela a la relación representativa, y en algún caso sustitutoria de ésta (caso del concejo abierto).

En algún momento en nuestro país (y en el contexto europeo en general) ha cobrado alguna relevancia este tipo de fórmulas, bien como alternativa o más frecuentemente como complemento a la democracia representativa, en ocasiones con apoyo en las nuevas fórmulas de comunicación vía Internet. Se han propuesto, (y en ocasiones llevado a cabo) vías de democracia participativa sobre todo en el ámbito local, en diversas disposiciones legales, sobre todo de ámbito autonómico. Estas disposiciones parten de la constatación, en la sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de que determinadas formas de participación no pueden identificarse como consultas referendarias, si no se basan en el censo y no pretenden tener fuerza vinculante. Partiendo de la presencia de disposiciones estatutarias que se refieren a consultas y otros tipos de participación, diversas Comunidades Autónomas han adoptado leyes sobre el tema, con diversos títulos¹⁴, que pretenden abrir vías de lo que puede denominarse democracia participativa no representativa, si bien sin la pretensión de reemplazar los mecanismos ordinarios de representación, local o autonómica. Y no han faltado propuestas de extender estas vías participativas incluso a instituciones de carácter estatal (Castellà Andreu, 2013).

Puede que en determinadas áreas estas técnicas contribuyan de alguna forma a añadir un plus de legitimidad a las instituciones representativas, e incluso a aumentar su eficacia. Pero por el momento, su presencia es marginal, y en no pocos casos sometida a una cierta inseguridad jurídica, a la hora de diferenciar estas técnicas de las vías referendarias: inseguridad que, en ocasiones, como es bien sabido, ha llevado a conflictos ante el Tribunal Constitucional. En cuanto a las formas de democracia participativa y no representativa expresamente previstas en la Constitución, la utilización de la iniciativa legislativa del artículo 87.3 ha sido prácticamente inexistente, y el régimen de concejo abierto del artículo 140, tras la reforma de la Ley de Bases del Régimen Local de 2011 se ha

¹³ Véase Orduña Prada (2017: 68).

¹⁴ Ley de Instituciones Forales de Euskadi 2/2016; Ley 7/2017 de Participación Ciudadana de Andalucía; Ley Balear 12/2019 de Consultas Populares y Procesos Participativos.

visto severamente restringido: baste decir que de los 945 municipios acogidos a ese régimen en 2007 se pasó, diez años más tarde, a 94¹⁵.

Si se aceptan los razonamientos expuestos, puede inferirse, por un lado, que la fórmula “rígida” de democracia representativa diseñada en la transición a la democracia, y basada en la práctica en un acentuado bipartidismo, se encuentra actualmente con muy serias dificultades para enfrentarse con los problemas de la sociedad española, y, consecuentemente, para mantener un nivel adecuado de legitimidad del sistema; por otro, que cualquier propuesta para afrontar esas dificultades ha de partir del mantenimiento del principio de la democracia representativa, por la imposibilidad de adoptar otras soluciones (la vía de la democracia directa referendaria o la vía de la democracia participativa en el sentido que se ha expuesto) a no ser en forma complementaria y forzosamente marginal. Y ello no solamente en virtud de las restricciones que derivan de los mandatos constitucionales, sino por razones eminentemente prácticas.

V. Multipartidismo e integración

Es evidente que la diversidad de intereses de los diversos sectores de una sociedad compleja como la española hace necesaria una labor de coordinación y negociación conducente a propuestas que puedan contar con un suficiente apoyo mayoritario de la opinión y del electorado. Esta integración puede conseguirse dentro de la misma organización de los partidos mayoritarios (los famosos partidos *catch-all* o *pigliatutto*) en un modelo bipartidista de democracia mayoritaria, o bien mediante la negociación interpartidista en supuestos de multipartidismo, en un modelo de democracia consociacional. El problema se plantea cuando la primera vía no es posible, al desaparecer el bipartidismo, y la segunda tampoco lo es, por razones ideológicas, sociales o de falta de instrumentos para superar la confrontación partidista. Las experiencias de la última década apuntan a que las dificultades señaladas del sistema político español derivan en gran parte del paso de un sistema bipartidista a uno multipartidista, y de la falta de capacidad de integración de los ahora múltiples partidos políticos representados en las Cortes. En la situación española, la propuesta y aceptación de políticas que puedan obtener un suficiente consenso mayoritario por parte de la sociedad se ve obstaculizado por la incapacidad (o al menos, las serias dificultades) de los actores políticos constitucionalmente privilegiados, esto es, los partidos, para superar la confrontación entre ellos.

Desde luego, no se trata de una situación que se haya dado sólo en España, ni sólo en la época actual. Este tipo de problemas derivados del multipartidismo se han planteado y se plantean en forma repetida, y sobre todo en los países de nuestro entorno. Si bien el recurso al Derecho o la política comparados ha de adoptarse con extrema precaución y reserva, alguna comparación puede resultar útil, sobre todo con sociedades con alguna similitud con la española, y en su mismo ámbito geográfico.

VI. Integración política y Jefatura del Estado

A este respecto, una solución institucional a este tipo de problemas ha sido la de crear un órgano con capacidad para actuar sin someterse a las limitaciones

15 Véase Orduña Prada (2017: 64).

derivadas de la confrontación interpartidista, promoviendo la adopción de fórmulas de integración que puedan obtener un apoyo mayoritario. Valga la pena recordar que una situación en parte similar a la española de hoy, de multipartidismo incapaz de llevar a cabo las necesarias labores de integración, y que afectaba a la legitimidad del sistema, se produjo en las circunstancias de la III y V República francesas. Un parlamento multipartidista, profundamente dividido, hacía muy difícil la formulación de políticas que contaran con un consenso social mayoritario (en la III República, en relación con los problemas sociales derivados de la Depresión; en el caso de la V República, en relación con el problema argelino). El monopolio de la representación política por los partidos (o si se quiere, por las organizaciones de los partidos) impedía esa formulación de políticas o soluciones integradas que pudieran contar con un expreso apoyo social mayoritario.

La solución es bien conocida. Sobre la base de las posiciones teóricas de Carré de Malberg (1931/2011: 189 y ss.), los creadores intelectuales de la V República, Michel Debré y René Capitant (Le Brazidec, 2002), introdujeron en el entramado constitucional una institución que, dentro de las exigencias de la democracia representativa, fuese capaz de promover propuestas integradoras que remediasen (en lo posible) la confrontación partidista. El modelo, para Carré de Malberg y para los artífices de la V República fue el adoptado por la Constitución de Weimar (se ha podido denominar a la República de Weimar como la “abuela indigna” de la V República) esto es, y sobre todo a partir de la introducción en 1962 de la elección presidencial directa por los ciudadanos, una Jefatura del Estado legitimada por una elección popular, capaz de acudir directamente a la ciudadanía, coexistiendo con las instituciones propias de la democracia representativa parlamentaria, pero con un margen de actuación respecto de ellas.

Obviamente, una solución de este tipo, atribuyendo una especial capacidad de integración al Jefe del Estado, no es posible en España, ni siquiera en su versión atenuada, como puede ser la de un Jefe del Estado con una legitimidad popular democrática indirecta, pero con una cierta capacidad de maniobra al margen de los partidos (como en el caso de la República italiana). La ausencia de una legitimidad democrática, directa o indirecta, de la titularidad de la Corona, y su consideración constitucional como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, fuerza a una estricta neutralidad del titular de la Corona, e impide la identificación de la Jefatura del Estado con propuestas políticas, integradoras o no, con apoyo partidista mayoritario o sin él, que supongan una inserción en el campo de la confrontación política. Desde esta perspectiva, cabe apreciar muy críticamente cualquier adopción, por la Jefatura del Estado, de posiciones que supongan una identificación con propuestas o políticas concretas, más allá del cumplimiento estricto de las tareas que le encomienda taxativamente la Constitución, con el obligatorio refrendo gubernamental o de la Presidencia de las Cortes. Lo que, obviamente, afecta también a actuaciones no formalizadas pero con relevancia pública, como pudieran ser los discursos o –con especial trascendencia reciente en la vida política española– los mensajes a la ciudadanía. No cabe pues conferir en nuestro país a la Jefatura del Estado ningún papel de integración política, y por tanto no parece situarse en esa dirección un posible remedio a las dificultades de la democracia representativa en España.

Dado el sistema constitucional español, en que la monarquía se define como la “forma política del Estado”, y dado el *status* constitucional del Rey, no resulta posible que éste se configure como elemento que remedie la disgregación y confrontación partidista y asuma el papel integrador e impulsor de propuestas que en otros contextos sí puede asumir un Presidente de la República dotado

de una legitimidad (directa o indirecta) popular o democrática. Pero ello no significa que ese papel no pueda ser representado en nuestro ordenamiento por otras instituciones, de forma que, siquiera parcialmente, se superen algunas de las dificultades derivadas de la fórmula rígida de democracia representativa que la práctica ha ido imponiendo en España.

VII. Impulso e integración política en el proceso de investidura

Hay varios aspectos de la vida política española que muestran la posibilidad (y quizás la necesidad) de que efectivamente determinadas instituciones que hasta el momento han desempeñado un papel secundario, asuman esa función de impulso e integración, superando barreras de afiliación partidista. Uno de esos aspectos es el relativo a un proceso crucial en un sistema parlamentario democrático, como es la investidura del Presidente del Gobierno y la constatación de la relación de confianza entre Gobierno y Parlamento.

La fórmula constitucional es bien conocida. Una vez constituido el Congreso, tras las elecciones, la Constitución prevé una fase de información previa por parte del Rey, que debe consultar a los “representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria” (artículo 99.1 CE). Realizadas las consultas, el Rey, a través del Presidente del Congreso propone un candidato a la Presidencia del Gobierno. No es necesario (a diferencia de lo que ocurre en las Comunidades Autónomas) que el candidato sea miembro de la Cámara ante la que se presenta. Este candidato ha de presentar su programa de gobierno y solicitar la confianza del Congreso en una intervención ante éste. En la práctica, en tanto las elecciones al Congreso han dado como resultado mayorías parlamentarias suficientemente claras de un partido (bien mayorías absolutas, bien mayorías relativas que necesitaban sólo un reducido apoyo de otros partidos) la fórmula constitucional ha funcionado aceptablemente. Sin embargo, el sistema ha mostrado considerables disfunciones en supuestos de fragmentación parlamentaria, donde no se hacía evidente la existencia de una mayoría partidista capaz de garantizar la investidura, bien en solitario, bien en coalición, bien con el apoyo externo de otros grupos.

Efectivamente, en los últimos años, y desaparecido (o considerablemente debilitado) el bipartidismo, la aplicación de la fórmula constitucional ha dado lugar a graves problemas, a los que ya se ha hecho mención. El procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno se ha revelado como extremadamente lento y dificultoso, dando lugar a que el Gobierno saliente, con sus competencias notablemente restringidas, deba permanecer en funciones durante mucho tiempo; ello se ve agravado cuando, como ya ha ocurrido en dos ocasiones (2016 y 2019) tras las elecciones no se llega a formalizar una investidura y en consecuencia, deben convocarse nuevas elecciones, prolongando el periodo gubernamental en funciones.

No deja de resultar llamativo el hecho de que, en una situación en que la composición del Congreso resulte extremadamente compleja, y por lo tanto la obtención de acuerdos exija un considerable esfuerzo, no se prevé la presencia de una institución que de alguna manera dirija el difícil proceso de formación de una mayoría que asegure una relación de confianza entre Gobierno y Parlamento. La Constitución establece que la propuesta de candidato se efectúa por el Rey, si bien tal propuesta se realiza “a través del Presidente del Congreso” (artículo 99.1 CE), que habrá pues de refrendarla. Ahora bien, esta intervención de la Presidencia del Congreso se ha interpretado como un requisito formal, sin que el Presidente intervenga en forma alguna, salvo como mero introductor en

las consultas del Rey. Éste se reúne sucesivamente con los representantes de los grupos políticos, sin la presencia, debe ya adelantarse, del Presidente del Congreso¹⁶.

La práctica adoptada relativa a la no intervención activa del Presidente del Congreso en el proceso de investidura del Presidente del Gobierno puede considerarse como una de las causas de los problemas planteados en ese proceso. En un sistema multipartidista, y particularmente en un sistema definido por profundas diferencias ideológicas y de otro tipo, la consecución de acuerdos inter partidistas solo será posible a través de complejas negociaciones y compromisos. La presencia de un agente que lleve a cabo la labor de iniciativa e impulso, de mediación e incluso presión para que se llegue a acuerdos entre partidos aparece como imprescindible. Y, ciertamente, ese papel no puede en forma alguna ser desempeñado por una institución como la Corona, que en principio debe mantenerse apartada de la confrontación política. Hay que tener en cuenta que en no pocos casos se ofrecerán posibles alternativas en cuanto a las eventuales coaliciones de Gobierno, y la preferencia por una o por otra es una decisión política, incompatible con la obligada neutralidad de la Corona.

Descartando la existencia de una discrecionalidad política del Rey para proponer candidatos, se ha propuesto en algunas ocasiones la aplicación de fórmulas mecánicas que faciliten la labor del Rey sin comprometer su neutralidad; así, que se proponga siempre en primer lugar como candidato al del partido con mayor representación parlamentaria (Satrústegui Gil-Delgado, 2017: 89). Pero ello no ha funcionado en la práctica en un sistema parlamentario fragmentado cuando (como en 2016) el líder del partido con más escaños rehúsa aceptar el “encargo” del Rey para figurar como candidato, o cuando, como en 2019, el candidato del partido con más escaños no logra reunir los apoyos suficientes.

Si no cabe discrecionalidad del Monarca, ni hay fórmulas automáticas que sean en todo caso aplicables, una conducción adecuada del proceso de investidura parece requerir la asunción de un papel director por parte de algún agente que cuente con una legitimidad no vinculada a la pertenencia a una de las partes interesadas, esto es, los partidos políticos en presencia.

La Constitución (ya que no la práctica política) ofrece una solución. Debe recordarse que la Constitución establece que de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden (art. 64.2). En el caso de la propuesta de candidato a la investidura, el refrendante es el Presidente del Congreso; en consecuencia, parece que la responsabilidad derivada de la propuesta debería recaer sobre el Presidente refrendante. Pero en la práctica, hasta el momento, el papel del Presidente del Congreso ha sido muy reducido; su papel ha consistido en trasladar a los líderes políticos la convocatoria del Rey, sin tomar parte en las consultas de las que se veía excluido. Cabe dudar de que ésta sea la práctica más acorde ni con la necesidad de una dirección del proceso de investidura, ni con la misma Constitución, dado que en una monarquía parlamentaria el Presidente del Gobierno debe contar con la confianza del Congreso; que los indicios y muestras de esa posible confianza, necesaria para la investidura, se producen, a la vista del artículo 99 de la Constitución, durante las consultas del Rey con los representantes de los grupos políticos; y que por ello el Presidente del Congreso es responsable de que la propuesta del Rey responda al resultado de esas consultas y no a otras causas (como pudiera ser la decisión personal del Rey)¹⁷.

16 Sobre este tema, López Guerra (2019: 115-118).

17 Sobre esta cuestión López Guerra (2019: 116-117).

La iniciativa formal de la propuesta corresponde pues al Jefe del Estado. Pero el contenido de tal iniciativa dependerá del efectivo acuerdo entre fuerzas políticas, conseguido tras la necesaria negociación. Esa iniciativa formal se encuentra condicionada por el mismo objeto del procedimiento, y el responsable político de que ese objeto se logre es el Presidente del Congreso, cuyo refrendo, pues, debería condicionar decisivamente la propuesta del Rey. Resulta evidentemente contradictoria la práctica hasta el momento: aunque el Presidente del Congreso sea el responsable de la actuación del Rey, en la práctica actual no interviene, como se ha visto, en el proceso de propuesta, y ni siquiera toma parte en las consultas con los representantes políticos. Sin tener un papel en la adopción de la decisión sobre la propuesta, el Presidente del Congreso asume la responsabilidad de esa decisión.

Una solución más acorde tanto con las necesidades de la práctica como con los mandatos constitucionales sería sin duda que la Presidencia del Congreso asumiera el papel de órgano director e impulsor del proceso, que buscara la formalización de acuerdos y que solo tras lograrlos se produjera la propuesta formal del Rey (Torres del Moral, 2017: 42). Lo que lleva a replantearse si el papel del Rey, también en la investidura, no debe responder a la mecánica general de los demás supuestos previstos en la Constitución, esto es, como un papel formal, quedando la decisión última en manos del refrendante responsable, en este caso el Presidente del Congreso. Lo que por otra parte vendría justificado en virtud del principio democrático, al quedar esa decisión en manos de una instancia con especial legitimación democrática: el Presidente del Congreso es elegido, como se vio, por los diputados, miembros de las Cortes que representan al pueblo español. En definitiva, desde esta perspectiva, si bien la Constitución reconoce el papel del Rey, la última palabra en el proceso de propuestas le correspondería al Presidente del Congreso, en cuanto refrendante y por tanto responsable de la propuesta real.

Ello supondría, para llevar a cabo efectivamente su función, no solamente la presencia del titular de la Presidencia del Congreso en las entrevistas de los líderes de los grupos parlamentarios con el Rey, sino además, y probablemente con mayor relevancia, una labor previa por su parte de negociación e impulso, en tanto que representante de un órgano constitucional como el Congreso, y que además, dispone de una legitimidad propia, al haber obtenido ya en su favor un pronunciamiento mayoritario de la Cámara para su elección, con anterioridad al procedimiento de investidura. El papel del Presidente del Congreso se aproximaría así al papel del "informador" en los Países Bajos, y aún más próximamente, en la práctica, si no en la forma, al papel del Presidente del Parlamento o *Riksdag* sueco, que, a partir de la Constitución de 1974, desempeña el papel de proponer al Parlamento al candidato al cargo de primer ministro (Satrústegui Gil-Delgado, 2017: 102-103).

La atribución de este papel de impulsor y coordinador, (que, como se indicó, no entra en las funciones de un Rey en un sistema democrático) a efectos de superar la confrontación partidista, resulta más apropiada a una institución como la Presidencia del Congreso que a una de las partes en contienda, como de hecho ocurrió en los años 2016 y 2019. En ambas ocasiones después de la propuesta formal por parte del Jefe del Estado, fue el mismo candidato propuesto el que tuvo que llevar a cabo la labor de negociación necesaria para obtener los votos requeridos para su investidura. De hecho, ello supone la repetición del proceso negociador, al establecerse dos series de consultas; una práctica, por parte del candidato; otra formal, por parte del Monarca con los líderes de los grupos parlamentarios. En alguna ocasión, incluso, la consulta práctica por parte del candidato más probable tuvo lugar antes de las consultas formales

del Rey. Pero como es evidente, desde la perspectiva no sólo de una mayor efectividad, sino también de una mayor legitimidad del proceso, el protagonismo de una institución que ya tiene un apoyo mayoritario de la Cámara resulta mucho más adecuado que el de quien aun no cuenta con ese apoyo, y que obviamente tiene un interés concreto en el resultado en su favor del proceso de investidura.

La configuración de la Presidencia del Congreso como órgano impulsor del proceso de investidura supondría una vía para enfrentarse con el bloqueo derivado de la falta de mayorías evidentes *prima facie* para obtener la necesaria confianza parlamentaria y vendría a suplir la forzosa falta de iniciativa del Rey en el proceso. Además, conferiría a la Presidencia un papel acorde con la responsabilidad que se predica de todos aquellos que refrendan los actos formalmente del Rey, en este caso la propuesta de candidato. El eventual fracaso de la propuesta sería pues políticamente atribuible a un sujeto concreto (el titular de la Presidencia del Congreso); en la situación derivada de la práctica hasta el momento, tal fracaso, de graves consecuencias, no tiene ningún responsable, al no caber la atribución al Rey de responsabilidad por una propuesta sin viabilidad parlamentaria.

VIII. Impulso e integración política en la renovación de órganos constitucionales

Otro aspecto en que la legitimidad del sistema y la eficacia de las instituciones se han visto seriamente afectadas por las dificultades en superar la confrontación (y últimamente fragmentación) partidista y por la consiguiente incapacidad de alcanzar acuerdos ha sido el referente a la renovación de órganos de innegable relevancia constitucional y política. Los repetidos y frecuentes retrasos en la designación parlamentaria de los miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Consejo General del Poder Judicial y del Defensor del Pueblo representan un serio problema para el sistema político español. Tales dilaciones pueden provocar no sólo disfunciones en la labor de esos órganos, sino también graves peligros para la imparcialidad e independencia judicial. Valga recordar que son las Cámaras parlamentarias las que eligen al Defensor del Pueblo, a todos los vocales del Tribunal de Cuentas, a todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial y a dos tercios de los magistrados del Tribunal Constitucional. Esta fórmula se encuentra consagrada, bien directamente por la Constitución, bien por la legislación orgánica aplicable.

Pues bien, son bien conocidas las dilaciones a que, contrariamente a lo previsto legal y constitucionalmente, se ven sometidos los procesos de renovación de esos órganos. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, por ejemplo, y entre otros retrasos, cabe señalar que la renovación del Tribunal a propuesta del Senado, que debía haberse llevado a cabo el año 2007 sólo pudo realizarse casi tres años después, en diciembre del año 2010; la correspondiente al Congreso, prevista según la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el año 2010, sólo se produjo, con veinte meses de retraso, en julio de 2012 (y respecto a uno de los Magistrados, fallecido en 2008, con cuatro años y dos meses de retraso). Y en los momentos actuales (noviembre de 2020), la renovación por el Congreso, que debía haberse producido en diciembre de 2019, no muestra indicios de que vaya a llevarse a cabo. Por lo que atañe al Consejo General del Poder Judicial, (entre otros retrasos) la elección parlamentaria de vocales que debía haberse producido en noviembre de 2006 se demoró hasta septiembre del año 2008, es decir, casi dos años. También en estos momentos

debe señalarse que el mandato legal del Consejo acabó en diciembre de 2018, sin que haya muestras de que la elección parlamentaria de sus miembros se vaya a producir en breve plazo. La Defensora del Pueblo cesó en 2017, y el puesto sigue sin cubrirse hasta ahora. Finalmente, la renovación del Tribunal de Cuentas ha mostrado también preocupantes dilaciones; la última renovación, que se produjo en 2012 se hizo con veinte meses de retraso¹⁸.

Todo ello no deja de afectar a aspectos centrales del sistema constitucional, sobre todo en lo que se refiere a órganos con relevancia en el mundo de la justicia, como son el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas; entre otras cuestiones, el mantenimiento de sus miembros tras la finalización de su mandato los coloca en una posición de vulnerabilidad (pierden su inamovilidad, y pueden ser desplazados en cualquier momento, a voluntad del Parlamento) que perjudica notablemente su misma imagen de independencia, radicalmente asociada a la inamovilidad.

Puede en gran parte achacarse esta situación a que se deje a los mismos grupos parlamentarios afectados (*rectius*: a los partidos representados en el Parlamento) asumir el protagonismo y la dirección del proceso de renovación. Es bien conocido que esta renovación se ha llevado a cabo mediante una distribución de puestos en los órganos en cuestión de acuerdo con la distribución de escaños en el Parlamento, en el denominado sistema de cuotas. Este método (por otra parte extendido en otros países de nuestro entorno) puede ser ciertamente sometido a críticas, pero suministra unos criterios estables. El problema es que las prolongadas dilaciones suponen la eliminación incluso de este discutido criterio, dejando sometida la adecuada integración de piezas clave del sistema constitucional a decisiones oportunistas y coyunturales. Y ello con las naturales consecuencias para la legitimidad del sistema.¹⁹

Pues bien, también en este respecto las disfunciones derivadas de unos mecanismos de democracia representativa que confían exclusivamente a los partidos la responsabilidad de procesos de este tipo, podrían posiblemente reducirse mediante instrumentos que remediaran la confrontación política. Y ello dentro de los mismos cauces del ordenamiento actual, si se aplicaran fuera ya del debilitado marco del bipartidismo. Tales instrumentos son también en este caso los órganos directivos de las Cámaras y muy singularmente la Presidencia de las mismas. En efecto, la regulación parlamentaria encomienda a los órganos de gobierno de las Cámaras, dirigidos por su Presidente, la dirección del procedimiento de renovación de órganos constitucionales en sus diversos aspectos: plazos, convocatorias, proclamación de resultados y resolución de recursos. Ahora bien, la actuación directiva que corresponde a la Presidencia se ha subordinado en la práctica a la posición de los partidos, en cuanto a la efectiva realización de las diversas fases del proceso. Ciertamente, no puede dissociarse radicalmente la posición de los miembros de los órganos directivos parlamentarios de su condición de miembros de los grupos políticos de las Cámaras. Pero por otro lado (y especialmente en relación con la Presidencia de las Cámaras) su sujeción a los deberes derivados de su posición institucional

18 Sobre estos aspectos, López Guerra (2020).

19 Como señaló el Presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Tomás y Valiente (1993: 227), en su famoso "Discurso de despedida" de 8 de julio de 1992: "Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que de ellas se hace. Sin atribuir culpas ni repartir responsabilidades, tarea que no me corresponde, sí me permito afirmar que no parece que el incumplimiento del plazo para que las Cámaras procedieran a la renovación parcial del Tribunal Constitucional haya supuesto un beneficio para la imagen de aquellas ni de éste".

implica sin duda una obligación de esforzarse especialmente en el cumplimiento de sus funciones, y les confiere una relevante posición de autoridad para ello.

Ha podido señalarse en consecuencia que, al menos en parte, las dilaciones y bloqueos en la integración de órganos constitucionales de nombramiento parlamentario son imputables a la inacción de los órganos parlamentarios encargados de conducir el procedimiento: se ha podido así apreciar, en palabras de un antiguo magistrado del Tribunal Constitucional (Pérez Tremps, 2019: 220), una “falta de diligencia institucional de las fuerzas políticas y falta de capacidad de las Presidencias de las Cámaras para provocar el necesario acuerdo”. La Presidencia de las Cámaras es resultado de una elección por las mismas, y dispone así de una legitimidad específica y reforzada, que, al menos en los últimos tiempos y en un contexto multipartidista, no depende exclusivamente de su pertenencia a un grupo parlamentario; dispone por lo mismo de una propia *auctoritas*, que le proporciona un mayor margen de maniobra para el impulso y la negociación necesarias para el proceso. Y en todo caso, los órganos directivos de las Cámaras no están subordinados al mandato de los partidos, y pueden por ello fijar plazos improrrogables para la presentación de candidatos, para su examen por las Cámaras y para el pronunciamiento por parte de éstas, fijando incluso el orden del día para la eventual elección de los titulares de los puestos en cuestión. La no atención a tales plazos por algún grupo parlamentario significaría su exclusión del proceso; y si éste, finalmente, no tuviera éxito, por la no obtención en votación pública y formal de las mayorías necesarias, el fracaso no sería imputable a los órganos directivos parlamentarios, sino, de manera también pública y formal, a los actores del procedimiento que lo bloqueasen, que se verían sometidos así a una ciertamente desfavorable exposición mediática. Al menos, la falta de decisión sería resultado de un proceso abierto al público, y por tanto sometido al conocimiento y evaluación general, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones constitucionales.

IX. Conclusiones

Como se ha señalado, uno de los remedios adoptados en diversos ordenamientos frente a las disfunciones derivadas del multipartidismo en un sistema parlamentario ha sido la previsión de instituciones que, disponiendo de una fuente propia de legitimidad democrática, distinta de la pertenencia a un grupo parlamentario, se sitúen, al menos formalmente, al margen de la confrontación partidista. La existencia de esa legitimidad propia les confiere una mayor capacidad para llevar a cabo una labor de integración e impulso, en busca de soluciones que obtengan un consenso que ayude a mantener la legitimidad del sistema, sin responder (al menos formalmente) a los intereses de un partido político determinado. No se trata tanto de una tarea de dirección política ordinaria (que suele corresponder al Gobierno, al menos en el sistema español) sino de suplir las carencias de la representación a través de partidos, en procesos o decisiones que requieran un consenso amplio.

En algunos sistemas parlamentarios republicanos, esta labor se encomienda al Jefe del Estado, Presidente de la República, con una fuente de legitimidad directa (si hay una elección presidencial popular) o indirecta (si la elección es parlamentaria, con especiales requisitos). En los casos de elección directa del Presidente se ha podido hablar de un régimen semi-presidencial, en que la labor del Jefe del Estado se ve notablemente reforzada; en otros casos, la elección parlamentaria del Presidente de la República no obsta para que disponga de una capacidad de integración e impulso que puede resultar decisiva,

en el supuesto de que se ofrezcan alternativas diversas a la hora de articular consensos mayoritarios.

La configuración monárquica de la forma política del Estado en la Constitución española (de muy difícil, si no imposible, reforma) no posibilita que ese papel sea desempeñado por el Jefe del Estado, al carecer éste de una legitimidad democrática directa o indirecta, y estar sometido por ello a una estricta neutralidad en cuanto símbolo de la unidad del Estado, quedando en consecuencia privado de toda capacidad de decidir sobre las alternativas políticas en presencia. Todo ello, en un régimen de democracia representativa aplicado, como se ha indicado, desde una perspectiva rígidamente partidista, ha llevado a que se produzcan bloqueos en que la interpretación de la Constitución dada por la práctica política no provee una instancia provista de una legitimidad democrática que, superando la confrontación partidista, impulse la formación de consensos superadores de esos bloqueos.

Ahora bien, la ausencia de una práctica al respecto no implica que forzosa-mente se carezca de instituciones integradoras de ese tipo, al menos en aspectos parciales de la actividad política, con una cierta capacidad para remediar las carencias de la representatividad política encauzada esencialmente a través de partidos. Se ha hecho referencia más arriba, concretamente, al papel que al respecto podría representar una instancia como la Presidencia del las Cámaras en la integración de órganos constitucionales, y más especialmente la Presidencia del Congreso de los Diputados, en cuanto implicada en un proceso como la investidura del Presidente del Gobierno.

Desde luego, y como ya se indicó, el recurso al Derecho comparado debe manejarse con prudencia, a la vista de las diferencias entre los diversos contextos nacionales. Pero no faltan ejemplos de la especial posición dignificada de los Presidentes de las Cámaras legislativas, como agentes en cierta forma separados de la pugna entre partidos. Ya se ha hecho referencia a la posición del Presidente del Parlamento sueco en el proceso de elección parlamentaria del Primer Ministro. Pero a ello podrían añadirse otros ejemplos de esta especial posición. El más elocuente, obviamente, en cuanto a la relación con los partidos en presencia, es el representado por el Speaker de la Cámara de los Comunes británica, que expresamente se separa de su filiación partidista, y cuya posición como parlamentario se resguarda de la confrontación electoral en tanto dure su mandato²⁰. Y cabría también hacer referencia, para subrayar la posición dignificada de las Presidencias de las Cámaras (aun cuando se trate ya de un régimen presidencial y no parlamentario) a la posición relevante de los Presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes norteamericana; el Presidente del Senado es el Vicepresidente de la República, primero en línea de sucesión al Presidente; el Presidente de la Cámara de Representantes es el segundo en esa línea de sucesión; el tercero es el Presidente *pro tempore* del Senado, que sustituye al Vicepresidente. Todas estas Presidencias ostentan una posición preeminente, tanto simbólica como efectiva, que contribuye a facilitar el funcionamiento de los mecanismos de representación parlamentaria.

No ha sido ésta la práctica usualmente en lo que se refiere a nuestro país, en que la Presidencia de las Cámaras no se ha disociado de su connotación partidista (con la excepción, no difícil en su momento, en una situación de mayoría clara de su grupo, de la Presidencia del Congreso de Gregorio Peces Barba, excepción no seguida con posterioridad por otros Presidentes). Pero

20 Baste recordar ahora, en tiempos recientes, la actuación del Speaker John Berkow como factor integrador (y por qué no decirlo, legitimador) en la actividad de la Cámara.

más allá de la práctica hasta el momento, la posición de la Presidencia de las Cámaras, y especialmente, como se señaló, la Presidencia del Congreso de los Diputados, le ofrece unas posibilidades no desdeñables de llevar a cabo ese papel integrador y de impulso. No sólo por razones de orden simbólico (en el ordenamiento español, dejando de lado la figura *sui generis* del Rey y su familia, la Presidencia del Congreso es la segunda autoridad del Estado en orden de precedencias, y la Presidencia del Senado la tercera) sino por la legitimidad añadida que le aporta la elección por la Cámara, y por la innegable capacidad de acción que deriva de su posición institucional.

Bibliografía

- Carré de Malberg, R. (1931/2011). *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875*. Madrid: Marcial Pons.
- Castellà Andreu, J. M. (2013). Democracia participativa en las instituciones representativas. Apertura del Parlamento a la sociedad. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 202-233.
- Díez-Picazo, L. M. (2014). Apología de la democracia representativa. *Anuario Parlamento y Constitución*, 16, 211-222.
- Giménez Gluck, D. (2019). *El Gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Le Brazidec, G. (2002). René Capitant y Carl Schmitt frente al parlamentarismo: de Weimar a la V República. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 6, 73-106.
- López Guerra, L. (2019). *La Constitución de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Guerra, L. (2020). Vexata quaestio: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales. *Revista de las Cortes Generales*, 108, 71-104.
- López Rubio, D. (2019). La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos. *Revista Vasca de Administración Pública*, 114, 161-194.
- Orduña Prada, E. (2017). Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 47-92.
- Pérez Royo, J. (2015). *La reforma constitucional inviable*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Pérez Tremps, P. (2018). *Las reformas constitucionales hechas y no hechas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Tremps, P. (2019). *Sistema de Justicia Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Satrústegui Gil-Delgado, M. (2017). El artículo 99 de la Constitución supera la prueba de 2016. En E. Aranda Álvarez (coord.). *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones* (pp. 79-102). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tomás y Valiente, F. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Torres del Moral, A. (2017). Posición del Rey en el procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno. En E. Aranda Álvarez (coord.). *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones* (pp. 29-78). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vírgala Foruria, E. (2015). Representación, parlamentarismo y democracia participativa en España. En Miguel Ángel García Herrera et al. (coords.). *Constitucionalismo crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín* (pp. 1055-1083). Valencia: Tirant lo Blanch.

La crisis de la democracia en la época de weimar y en el siglo XXI

*The crisis of democracy
in the Weimar era and
in the 21st century*

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Granada.
balaguer@ugr.es

<https://doi.org/10.7203/cc.1.19046>

Fecha de recepción: 28/09/2020

Fecha de aceptación: 18/11/2020

Resumen

En este trabajo se realiza una comparación entre la crisis democrática y constitucional de la época de Weimar y la crisis actual. Se argumenta que desde entonces se han desarrollado tres tipos de anticuerpos frente a involuciones democráticas radicales en sentido totalitario. Esos tres anticuerpos se derivan de la propia debilidad de los Estados en el contexto de la globalización, de la integración supranacional y de la normatividad de la constitución. Se analiza también la crisis de legitimidad de la constitución en el siglo XXI frente a los factores de legitimación actuales, la tecnología y economía.

Palabras clave

Constitución de Weimar; democracia; legitimidad de la constitución; globalización.

Abstract

This Work makes a comparison between the democratic and constitutional crisis of the Weimar era and the current crisis. It is argued that since then three types of antibodies have been developed against radical democratic involutions in a totalitarian sense. These three antibodies are derived from the very weakness of the States in the context of globalization, supranational integration and the normativity of constitution. The crisis of legitimacy of the constitution in the 21st century is also analysed in the face of current legitimation factors, technology and economy.

Keywords

Weimar Constitution; democracy; legitimacy of the constitution; globalization.

Sumario

I. Introducción. — II. Las condiciones históricas de la Constitución de Weimar. — III. Las similitudes con la época actual. Contexto internacional y crisis económica. — IV. Las diferencias con la época actual. Globalización, integración supranacional y normatividad de la Constitución. — V. La vertiente retórica de la crisis democrática. — VI. Crisis de legitimidad en la época de Weimar y en el siglo XXI. — VII. Conclusiones. *Bibliografía.*

I. Introducción

En el año 2019, que parece tan lejano desde que comenzó la crisis sanitaria, celebramos el centenario de la Constitución de Weimar, un texto constitucional y una época histórica que han marcado profundamente el desarrollo del constitucionalismo que hoy conocemos. En el período de entreguerras se definieron las líneas teóricas que darían lugar a la transición del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, que se consolidaría después de la Segunda Guerra Mundial, singularmente con la Ley Fundamental de Bonn (que también cumplió años, 70) y con la Constitución italiana de 1948 (cuyo setenta aniversario celebramos el año anterior junto con el cuarenta aniversario de la Constitución española). Los grandes nombres que construyeron la teoría constitucional del Estado en Alemania o en Italia durante la época de Weimar darían lugar a nuevos paradigmas como la normatividad de la Constitución o el Estado social, que están en la base de los grandes pactos que alumbraron el constitucionalismo en el que se inspiran muchos sistemas constitucionales en Europa y en el mundo. Figuras como Hans Kelsen o Hermann Heller, pero también Rudolf Smend, Santi Romano o Costantino Mortati abrirían espacios de debate y reflexión sobre el sentido profundo de la Constitución y sobre la esencia misma de la democracia¹.

Fueron tiempos en los que la tensión política se manifestó como lucha por la soberanía, por obtener el poder absoluto del Estado para imponer el dominio ilimitado de la mayoría. Esa peculiaridad de la época es lo que permitiría caracterizarla desde el punto de vista constitucional como un período de “constitucionalismo antagónico”. La apertura del proceso político, con la ampliación del sufragio, superando las limitaciones del sufragio censitario propio del primer constitucionalismo, se va a vertebrar a través de una confrontación radical entre sectores que perciben la democracia como un modo de acceder al poder para imponer su ideario sobre el conjunto de la sociedad. Las consecuencias de esa manera de entender la política son conocidas y el retroceso civilizatorio que supuso la llegada del fascismo y el nazismo al poder sigue siendo hoy una advertencia para aquellos grupos que conciben la política como la voluntad

1 Sobre estas cuestiones, Balaguer Callejón (en prensa).

incondicional de la mayoría gobernante. Por eso, más allá de la celebración de lo que la Constitución de Weimar supuso de avance en el constitucionalismo (en muchos ámbitos, pero especialmente en materia de derechos sociales), el período de Weimar sigue figurando en la memoria como una oportunidad perdida debido a la incapacidad de la Constitución y de la sociedad en su conjunto para hacer frente a la barbarie.

II. Las condiciones históricas de la Constitución de Weimar

La Constitución de Weimar fue la consecuencia no deseada de una derrota no esperada en la Guerra y, por tanto, de la necesidad de reconfigurar un régimen político en condiciones muy desfavorables². Las presiones internacionales determinaron ya algunas opciones constituyentes y generaron un entorno hostil a la propia Constitución, que se agravó con las crisis económicas que tuvo que soportar la sociedad alemana durante el período de Weimar y el pago de las reparaciones de guerra.

Pese a ello, la Constitución contiene aportaciones interesantes que responden al intento de dar respuesta a los problemas de la época. En clave alemana, la Constitución de Weimar incorpora una combinación de poderes que busca el equilibrio compensando las amplias potestades del Parlamento con la atribución de poderes especiales al Presidente de la República (Esteve Pardo, 2019: 15, 31) así como con mecanismos de democracia directa. Al mismo tiempo incluye una vertiente social que responde a una específica tradición germánica pero que contiene nuevos desarrollos, siguiendo la estela de la Constitución de México de 1917. En clave europea, la Constitución aporta ese contenido social y laboral en relación con los derechos e incorpora al constitucionalismo europeo el germen de lo que después sería el Estado social y democrático de Derecho.

Sin embargo, la crisis de Weimar se vería impulsada por diversos factores. En primer lugar factores exógenos, como el hecho de que la Constitución tuvo un competidor muy importante en el Tratado de Versalles, lleno de disposiciones concretas que afectaban de manera directa al pueblo alemán, mucho más que las propias disposiciones constitucionales de Weimar (Rürup, 1992: 125). El Tratado de Versalles se configuraría así en gran medida como la Constitución de Weimar en negativo pero con una dimensión más práctica, tangible y efectiva que la propia Constitución. El Tratado sería el gran impulsor del nacionalsocialismo y, como indica Andreas Wirsching (2019: 39), cada vez que se producía alguna tensión en Alemania como consecuencia de la aplicación del Tratado, aumentaba la proyección de los nacionalistas radicales.

También hubo factores endógenos que favorecieron la crisis de Weimar. La propia organización interna del poder, por más que en general pueda valorarse positivamente al favorecer el equilibrio de poderes, finalmente no resultó positiva en la dinámica política de la época. Igualmente tuvo su importancia la escasa relevancia de los Länder en la Constitución, con un federalismo débil³,

2 Como indica Wirsching (2019: 19-20), la derrota vino de improviso, sin que hubiera existido previamente en Alemania una convicción extendida de que la guerra se fuera a perder, lo que generó en la cultura política de la Alemania posterior un déficit de conciencia de la realidad. El resultado es que a la República de Weimar se le atribuirá el peso de la derrota mientras que en el campo conservador se mantenía el recuerdo de la Alemania imperial en el esplendor de su grandeza nacional.

3 Como indica Esteve Pardo (2019: 30), en la Constitución de Weimar se dio una marcada tendencia a la concentración del poder en los órganos de la Federación.

que impidió un contrapeso de poder como ocurre actualmente en la República Federal.

En todo caso, las tensiones políticas y sociales de la época decidieron el destino de una Constitución que nada podía hacer frente a los enfrentamientos radicales que convirtieron a Alemania en un campo de batalla, como consecuencia de la sucesión de crisis económicas y de la debilidad de un Estado que había surgido de una derrota bélica y que no consiguió adaptar sus estructuras al nuevo orden constitucional.

III. Las similitudes con la época actual. Contexto internacional y crisis económica

Las condiciones en las que se desenvuelven los procesos políticos actuales nos retrotraen al período de Weimar. En primer lugar por la crisis económica de base y, en segundo lugar, por la fragmentación y la radicalización progresiva de la sociedad que ha producido. Ahora no es el Tratado de Versalles sino el desarrollo acelerado de la globalización lo que limita la acción estatal e incide de manera muy intensa en la ordenación económica, provocando transformaciones importantes de los sectores productivos y un malestar social muy extendido. De alguna manera, la imagen del Tratado de Versalles como Constitución en negativo podría trasladarse en parte a la globalización en la medida en que está minando económica, cultural y políticamente los pilares sobre los que se construyeron las constituciones normativas.

Estas condiciones de crisis, unidas al agravamiento de la tensión y de la radicalización que se promueven en los procesos comunicativos por las grandes compañías tecnológicas de alcance global, están generando la progresiva implantación de un concepto de democracia incompatible con la idea de democracia pluralista y constitucional, lo que supone un retroceso en nuestra cultura constitucional (Balaguer Callejón, 2019a). La idea de una democracia que responde a la voluntad única del “pueblo” que se pretende monopolizar por parte de determinados movimientos políticos, la expulsión simbólica de la comunidad política de aquellos que no defienden las mismas ideas, la contraposición que se hace entre democracia y derecho, cuestionando cualquier limitación jurídica al poder político y otros muchos rasgos que vemos cotidianamente en los procesos políticos de muchos países europeos evidencian que la democracia pluralista y constitucional está sufriendo un grave deterioro que puede dar lugar a una involución democrática.

IV. Las diferencias con la época actual. Globalización, integración supranacional y normatividad de la Constitución

Existen muchas lecciones de Weimar que podemos extraer para nuestro tiempo, pero también tenemos que tener en cuenta que las condiciones históricas son muy diferentes. Hay cuando menos tres factores que han transformado esencialmente el contexto sobre el que los nuevos movimientos reaccionarios actúan respecto del de la época de Weimar. El primero de ellos tiene que ver con la globalización y la debilidad creciente que ha generado en el Estado, cada vez más sometido a agentes globales que no puede controlar y que determinan en gran medida sus políticas. El segundo tiene que ver con la integración supranacional (en el caso de los países europeos) que incorpora límites a la actividad estatal protegiendo los valores democráticos, por más que esta protección no haya

sido lo eficaz que sería deseable hasta el presente. El tercero tiene que ver con la configuración interna del orden constitucional por medio de constituciones normativas que establecen límites jurisdiccionales al poder del Estado que no existían (aunque estaban surgiendo en algunos países) en la época de Weimar.

El primero de los factores señalados nos indica que el Estado nacional ha perdido gran parte de su poder político en este tiempo de globalización, lo que determina que la conquista del poder del Estado no suponga ahora la posibilidad de establecer un régimen totalitario. Los agentes financieros globales limitan las grandes opciones económicas del Estado y, por tanto, la acción de los gobiernos. Del mismo modo, las compañías tecnológicas globales inciden en la comunicación política y en los procesos democráticos condicionando también las opciones políticas del Estado (Balaguer Callejón, 2018). Podríamos decir que, mientras el período de Weimar reflejó la crisis del Estado liberal, la época actual refleja la crisis del Estado como tal, del Estado *tout court* sin adjetivos. Esta es una diferencia importante con la época de Weimar porque las posibilidades de acción política por parte de las mayorías en el poder son ahora más limitadas.

Esas limitaciones no se derivan solo del avance de la globalización en el plano externo sino también de los procesos de integración supranacional cuando alcanzan un nivel importante de desarrollo como es el caso de Europa. La integración europea sigue siendo, pese a que no consiga la efectividad que sería necesaria, una garantía frente a involuciones democráticas de los Estados miembros (Balaguer Callejón, 2010). No es fruto del azar que los movimientos euroescépticos suelen ser al mismo tiempo los que representan más fielmente estas tendencias involutivas desde el punto de vista constitucional. Con todos los reparos que se le puedan poner a la Unión Europea, el proyecto de integración ha sido históricamente un instrumento de limitación de la soberanía estatal que genera un nuevo nivel de la división de poderes y del control del poder. Ese nivel supranacional de control, pese a las deficiencias que ha mostrado en los últimos años en relación con países con gobiernos de tendencia iliberal, se inspira en los valores y principios del patrimonio constitucional europeo contra los que esas tendencias han luchado siempre, porque suponen un límite a la voluntad incondicionada de la mayoría parlamentaria que ellos defienden. Desde esa perspectiva, preservar el proyecto europeo contribuye a preservar también el patrimonio constitucional europeo.

Pero las limitaciones al poder del Estado no proceden solamente del exterior sino que también tienen una vertiente interna derivada del desarrollo del constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia precisamente de la experiencia negativa del período de Weimar y de la implantación de las nuevas constituciones normativas. Las constituciones normativas aprenderían de esta trágica experiencia histórica y refundarían el constitucionalismo sobre nuevas bases.

Estos límites externos e internos suponen un importante freno a un desarrollo en sentido totalitario de la crisis de la democracia. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que tienen un alcance y un valor muy diferente desde el punto de vista de la democracia y del constitucionalismo. Los que se derivan de la globalización contribuyen a debilitar también a la propia Constitución y a la democracia al tiempo que limitan el poder del Estado. Los que parten de la integración supranacional contribuyen a garantizar la democracia interna de los Estados, pero desde una estructura institucional que, paradójicamente, no es todavía plenamente democrática. Por su parte, los derivados de la normatividad de la Constitución y de la democracia constitucional que se establece en las constituciones internas de los Estados se inscriben, desafortunadamente, dentro de una tendencia creciente a la marginación de la Constitución, derivada

del proceso de globalización y del creciente poder de los grandes agentes financieros y tecnológicos globales.

V. La vertiente retórica de la crisis democrática

A pesar de que los límites antes enunciados dificultan una regresión democrática estructural que suponga, como en la época de Weimar, la implantación de regímenes totalitarios, los avances sociales que se han consolidado bajo el régimen constitucional están ahora en peligro en muchos países. En algunos de ellos ya lo estaban antes del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016. En otros se han desarrollado nuevas tendencias iliberales con una presencia variable en el espacio público. Países con una tradición constitucional relevante están gobernados actualmente por movimientos políticos que no respetan los derechos de las minorías, que promueven actitudes xenófobas o racistas, que quieren revertir los avances en materia de igualdad, en especial de igualdad de género, y que se consideran legitimados por el voto popular para imponer su programa político sin limitaciones jurídicas o constitucionales. Es justamente la presión sobre el poder judicial o sobre la jurisdicción constitucional lo que resulta más característico de estas tendencias políticas. La apelación directa al “pueblo” o la “nación” y la confrontación permanente con el Estado de Derecho de una pretendida “democracia” que se justifica a través de esos referentes, incluso cuando ni siquiera se tiene la mayoría del voto popular, es una constante en estos movimientos⁴.

La mirada se vuelve inevitablemente a Weimar cuando vemos estas tendencias que se están desarrollando en todo el mundo, con el dopaje intencionado de grandes agentes globales a través de las redes sociales y por medio de la falsificación de noticias y la utilización de perfiles falsos y de procesos automatizados para generar climas de opinión. Sin embargo, el contexto de Weimar y el actual son muy diferentes. La dificultad que estos grupos experimentan para llevar a cabo sus programas políticos tiene que ver justamente con las transformaciones históricas que se han producido en los últimos cien años. Los fascismos de la época de Weimar pugnaban por conquistar el poder del Estado, que seguía siendo en esa época un centro de poder real y ante el cual se postulaban como alternativa global frente a otros movimientos sociales y políticos. Las banderas, los himnos propios, los uniformes incluso, eran la manifestación de una vocación de ordenación total de la vida social que era posible dentro de un Estado nacional que concentraba el poder político, social y económico.

De los condicionantes globales, supranacionales y constitucionales que, como hemos indicado, limitan el poder del Estado, quizás el más importante lo representa la globalización. Los agentes globales y la dinámica de la globalización se sitúan más allá de las capacidades del Estado y suponen una limitación estructural de su “soberanía” que no es recuperable con su mera voluntad. Que la integración europea es un límite igualmente consistente lo evidencia justamente el Brexit (Balaguer Callejón, 2019), el único ejemplo que tenemos hasta ahora de intento de recuperación de la “soberanía” estatal frente a la Unión Europea y que hasta el momento sólo ha deparado una suma de calamidades a sus instigadores. Su consumación el 31 de enero de 2020, justo antes de que

4 Por lo demás, como indica Morelli (2019), se trata de un pueblo del que se predica una superioridad moral respecto de todos aquéllos que para los populistas, por diversas razones, no forman parte del pueblo.

comenzara la crisis sanitaria, deja al Reino Unido en peores condiciones para la recuperación económica que tendrá que abordar, como el resto de los países europeos, en los próximos meses.

Por lo que se refiere a los límites internos derivados del desarrollo civilizatorio que han supuesto las constituciones normativas, su eficacia dependerá en gran medida de la propia sociedad y del grado de conciencia que haya conseguido acerca de la importancia de preservar un modelo de convivencia que ha hecho posible el bienestar y la paz en los países europeos hasta ahora. En última instancia, de la responsabilidad de la ciudadanía depende que estos movimientos pasen a la historia sin afectar a los fundamentos del constitucionalismo o que sigan avanzando.

De momento, el desarrollo de estas tendencias regresivas desde el punto de vista de la democracia pluralista parece muy condicionado por las limitaciones globales y supranacionales, por lo que está generando básicamente un discurso agresivo sin contenido real, que solo produce malestar e inestabilidad. En efecto, una gran parte de la tensión política de nuestra época, a diferencia de la de Weimar, está artificialmente dopada y se mueve en un terreno retórico más que en el de los daños irreversibles al sistema democrático. Estos movimientos están generando una narrativa ofensiva y antidemocrática que, de momento, es incapaz de articular en la práctica una transformación estructural del sistema constitucional en sentido regresivo.

Sin embargo, tampoco puede desconocerse que se trata de movimientos alimentados por agentes globales, que se sitúan fuera del control del Estado e incluso de las instancias supranacionales, lo que produce una inevitable inquietud desde el punto de vista constitucional. Esta retórica involucionista no debe minusvalorarse porque supone un retroceso cultural y civilizatorio respecto de los valores constitucionales y también por la afectación de los derechos de las minorías y de los inmigrantes, los grupos en los que centran sus ataques. Es igualmente importante por la inestabilidad que genera y porque contribuye a debilitar al Estado frente a los grandes agentes globales, financieros y tecnológicos, bloqueando la política y dificultando el control de esos agentes. En última instancia, debilita también la legitimidad del constitucionalismo contribuyendo a la crisis de la democracia y de la Constitución en el siglo XXI frente a los grandes agentes de legitimación de la globalización, el económico y el tecnológico.

VI. Crisis de legitimidad en la época de Weimar y en el siglo XXI

La crisis de la época de Weimar se manifestó en el debate doctrinal que se generó en Alemania y también en Italia sobre la legitimidad de la Constitución. Manifestación de esa crisis será el intento de encontrar la fuente última de legitimación del ordenamiento, lo que dará lugar a distintas teorías. La crisis del Estado liberal conduce a la necesidad de buscar nuevos fundamentos para el orden constitucional y los grandes autores de la época construirán sistemas conceptuales a partir de los cuales se podría reconstruir la unidad⁵. Entre ellos los de Kelsen (1960)⁶,

5 Como indica Álvarez Álvarez (2011: 454), “durante el constitucionalismo de Weimar comenzó a desarrollarse con fuerza un estudio metapositivo de la Constitución, intentando reconstruir teóricamente una unidad política que el resultado poliédrico final de la Constitución de Weimar no había permitido reflejar”.

6 Sobre la relación entre Kelsen y Schmitt véase De Miguel Bárcena y Tajadura Tejada (2018).

Schmitt (1928/2017)⁷ o Mortati (1940/1998)⁸ destacarán especialmente. La norma fundamental, la decisión fundamental o la constitución material responderían a esa pretensión legitimadora y unitaria, siendo el paradigma kelseniano el que inspirará a las constituciones normativas y al Estado constitucional de Derecho.

En el contexto de la globalización también se han generado nuevos discursos relacionados con la mayor densidad constitucional del derecho internacional⁹ o con la situación de pluralismo constitucional¹⁰ propia del derecho constitucional de la integración supranacional. Entre ellos destaca especialmente el planteamiento de Peter Häberle (1999: 84 y ss.) sobre las constituciones parciales, que expresan una realidad constitucional compleja, como ocurre con el proceso la integración europea. Una teoría que está en la base de otros muchos desarrollos doctrinales.

Ciertamente, los problemas de legitimidad de nuestro tiempo no se limitan al ámbito del Estado y a los conflictos que se producen en su interior, como ocurrió en la época de Weimar¹¹. No se trata ahora de reformular el orden constitucional del Estado liberal precisamente porque lo que está en crisis es el Estado como tal y no solamente un modelo específico de Estado.

En estas condiciones la crisis de legitimidad se está extendiendo a la propia Constitución que se ve incapaz de hacer frente, en el limitado ámbito estatal en el que interviene, a los grandes factores de legitimación del siglo XXI, que tienen un alcance global: la economía y la tecnología. Dos factores de legitimación que se han desvinculado de su relación histórica con el constitucionalismo moderno y han comenzado a plantearse como alternativas de progreso frente a la Constitución (Balaguer Callejón, 2020). La Constitución se ve marginada en el espacio público, incapaz de responder a la transformación de las pautas culturales que se están produciendo a impulsos de la tecnología y de la economía.

La posibilidad de establecer nuevos paradigmas que hagan frente a esta creciente pérdida de legitimidad resulta dificultada por el hecho de que la Constitución tiene un ámbito natural limitado a las fronteras estatales que no se corresponde con la realidad de los factores de poder que actúan ahora en el ámbito global. La misma debilidad del Estado que hace que los riesgos para la democracia y para la paz social sean hoy mucho menores que en la época de Weimar implica también, como faceta negativa, la debilidad de la Constitución y el declive de la

7 Por lo que se refiere a Schmitt, hará notar Francisco Ayala en la Presentación de la traducción al castellano de la *Verfassungslehre*, que él realizó en 1934, esa tensión entre unidad y heterogeneidad que se da entre los supuestos del Estado nacional que se heredan de la Monarquía absoluta y el pluralismo al que se abre la democracia liberal: "El Estado constitucional necesita contar con los supuestos creados por la Monarquía para la Nación; pero, a consecuencia del conjunto de derechos y libertades en que el régimen liberal consiste, ha de renunciar a toda clase de medios coactivos para mantener y restaurar aquellos supuestos; ha de consentir que crezcan y prosperen todas las tendencias dirigidas a quebrar la homogeneidad nacional"; de ahí la teoría de la *decisión política fundamental* de Schmitt que no es otra cosa que la incorporación al Estado liberal democrático de la vocación homogeneizadora de la Monarquía absoluta: "Debajo del Estado de Derecho duerme, en efecto, la Monarquía", dirá Ayala (1934/1996: 14 y ss.). Sobre Carl Schmitt véase Gómez Orfanel (1986).

8 Sobre la relación entre Mortati y Kelsen véase Balaguer Callejón (2017).

9 Sobre este debate véase Häberle (2019).

10 Sobre esta cuestión véase MacCormick (1995).

11 En realidad, como bien dice García López (2013: 532) por referencia a Schmitt, "las preguntas que encierra la reflexión constitucional de Schmitt se sitúan en el contexto de la crisis que a lo largo de todo el siglo XX ha venido enfrentando a dos ideologías adversarias. Mientras el actual momento post-histórico parece responder más bien a un proceso de declive, de decadencia de nuestros principios, nuestras técnicas sociales, y en definitiva de la manera de comprender el mundo que arranca de la Ilustración".

cultura constitucional. En estas condiciones, la retórica populista¹² y radical que se está extendiendo en muchos países junto con fenómenos tales como las *fake news*, la llamada posverdad y otros similares son expresión de una involución democrática que conduce a una democracia de muy baja calidad.

VII. Conclusiones

La Constitución de Weimar, pese a sus innegables cualidades, abrió un período convulso en la historia de Alemania y del mundo debido a las condiciones históricas de la época, con la crisis del Estado liberal, que en Alemania eran especialmente adversas como consecuencia de las crisis económicas que se sucedieron en el periodo y la presión internacional constante como “Constitución en negativo” del Tratado de Versalles. La estabilidad constitucional que se inició con las constituciones normativas después de la Segunda Guerra Mundial se mantuvo durante el medio siglo siguiente evidenciando un progreso civilizatorio. El constitucionalismo aportará un modelo de convivencia basado en el consenso fundamental en torno a las variables democrática, social y normativa de la Constitución. Los grandes pactos constitucionales hicieron posible que la Constitución cumpliera sus funciones esenciales: la garantía de los derechos, el control del poder y la canalización de los conflictos sociales a través del Derecho. Se superó así el antagonismo radical del período de Weimar y la concepción de la democracia basada en la voluntad sin límites de la mayoría, sin controles jurídicos de naturaleza constitucional.

Pero en el siglo XXI retornará ese antagonismo radical con el desarrollo de movimientos populistas e iliberales, que propugnan una involución democrática basada en la voluntad soberana de la mayoría. Esos movimientos se arrojan la representatividad absoluta del “pueblo”, identificado de nuevo como un colectivo homogéneo al que no pertenecen los que no comparten su ideario. Estas tendencias nos hacen volver la mirada a Weimar con la inquietud inevitable de que pueda repetirse de algún modo la terrible deriva histórica que tuvo la república alemana. Sin embargo, las condiciones históricas han cambiado esencialmente en el contexto de la globalización con el avance de grandes agentes globales que en el plano económico o en el tecnológico ocupan ahora las principales posiciones de poder que antes se ejercitaban por el Estado dentro del marco constitucional. Bajo estas nuevas condiciones históricas, la lógica económica y tecnológica externa al Estado se impone sobre la política y determina la capacidad de acción de las mayorías gobernantes.

En comparación con la época de Weimar, los movimientos reaccionarios que hoy pueden ocupar el poder se enfrentan a una serie de límites en el plano interno derivados del propio desarrollo histórico del constitucionalismo, como la normatividad de la Constitución y la jurisdicción constitucional. A esos condicionantes internos se unen en Europa los derivados de la integración supranacional que supone una nueva dimensión de la división de poderes y una garantía adicional de la democracia en los Estados miembros (aunque no esté funcionando con la efectividad deseada). Por último, la globalización impone su propia lógica, generando una creciente debilidad del poder estatal frente

12 Respecto del populismo tiene toda la razón Häberle (2018) cuando afirma: “Me niego a regalarle la palabra *populus* a los populistas. Pensemos en Cicerón y su *res publica, res populus*, en los romanos con su *senatus populus romanus*, en el no menos famoso *we the people*, en la inscripción del Reichstag ‘el pueblo alemán’, o en el hecho de que, en la mayoría de los Estados, se considere que el poder judicial se expresa ‘en nombre del pueblo’”.

a los agentes globales. Todas estas nuevas condiciones históricas funcionan como “anticuerpos” frente a involuciones democráticas radicales y dan como resultado que una gran parte del peligro involucionista que estos movimientos suponen se disuelva en una retórica agresiva y antidemocrática incapaz de articular en la práctica una transformación estructural del sistema constitucional en sentido regresivo.

Esta retórica involucionista no debe minusvalorarse, sin embargo. No solo por lo que supone de retroceso cultural y civilizatorio respecto de los valores constitucionales y por lo que puede generar y está generando de afectación a los derechos de las minorías y de los inmigrantes, los grupos en los que centran sus ataques. Es también importante por la inestabilidad que genera y porque contribuye a debilitar al Estado frente a los grandes agentes globales, financieros y tecnológicos, bloqueando la política y dificultando el control de esos agentes. En última instancia, debilita también la legitimidad del constitucionalismo contribuyendo a la crisis de la democracia y de la Constitución en el siglo XXI frente a los grandes agentes de legitimación de la globalización, el económico y el tecnológico.

Revitalizar la democracia y la constitución requiere de una reconfiguración del constitucionalismo, no ya en relación exclusiva con el Estado como en el periodo de Weimar sino en el control del poder que hoy se ejercita por los grandes agentes globales fuera del Estado pero sobre el Estado y la sociedad. A pesar de su creciente debilidad, el Estado y la Constitución tienen todavía mucho que decir en su función de mediadores entre las instancias globales y la ciudadanía, especialmente allí donde las instancias supranacionales no existan o no alcancen a complementar esa función de mediación.

Bibliografía

- Álvarez Álvarez, L. (2011). La Constitución de Weimar ¿Una república sin republicanos? *Historia Constitucional*, 12, 443-459.
- Ayala, F. (1934/1996). Presentación a Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial: Madrid.
- Balaguer Callejón, F. (2010). A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia. En A. Ramos Tavares, I. Wolfgang Sarlet y G. Salomão Leite (eds.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo (Brasil): Editora Saraiva.
- Balaguer Callejón, F. (2017) Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna. En F. Lanchester (a cura di). *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale* (pp. 85-112). Padova: Cedam.
- Balaguer Callejón, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2. Disponible en: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Callehon.-conv-11.05.pdf>
- Balaguer Callejón, F. (2019a). Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm
- Balaguer Callejón, F. (2019b). La Unión Europea frente al Brexit y otros procesos disgregadores en el contexto global. En F. Balaguer Callejón y J. Tudela Aranda (coords.). *Perspectivas actuales del proceso de integración europea* (pp. 23-41). Madrid: Marcial Pons.
- Balaguer Callejón, F. (2020). Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux.

- En VV.AA. *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*. Paris: LGDJ.
- Balaguer Callejón, F. (2021). La teoría delle fonti del diritto nello Stato costituzionale. En *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*. (En prensa).
- De Miguel Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J. (2018). *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid: Guillermo Escolar Editor.
- Esteve Pardo, J. (2019). *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*. Madrid: Marcial Pons.
- García López, E. (2013). Carl Schmitt y la cultura política post-histórica: una hipótesis acerca de la renaissance anglosajona de Schmitt. *Historia Constitucional*, 14, 525-532.
- Gómez Orfanel, G. (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: CEPC.
- Häberle, P. (1999). Europa-Eine Verfassungsgemeinschaft? En P. Häberle (ed.). *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (pp. 84 y ss.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Häberle, P. (2013). El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis. *Direito Público*, 54, 9-13. Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2363/1219>
- Häberle, P. (2018). El constitucionalismo como proyecto científico. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 29. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Viena: Verlag Franz Deuticke.
- MacCormick, N. (1995). The Maastricht Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal*, 1-3, 259-266.
- Morelli, A. (2019). El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 31. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/05_MORELLI.htm
- Mortati, C. (1940/1998). *La Costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè Editore.
- Rürup, R. (1992). Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar. *Ayer*, 5, 125-158.
- Schmitt, C. (1928/2017). *Verfassungslehre*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Wirsching, A. (2019). *Weimar, cent' anni dopo. La storia e l'eredità: bilancio di un'esperienza controversa*. Roma: Donzelli Editore.



II. DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO

El diálogo entre tribunales en el marco Europeo

The dialogue between courts in the European framework

TERESA FREIXES

Catedrática emérita de Derecho Constitucional. Universitat Autònoma de Barcelona.

teresa.freixes@gmail.com

<https://doi.org/10.7203/cc.1.19053>

Fecha de recepción: 11/06/2020

Fecha de aceptación: 25/11/2020

Resumen

En este trabajo se aborda la interacción entre jurisdicciones situadas en distintos niveles, desde la perspectiva de poder delimitar influencias entre ellas en un sistema jurídico multinivel. Se analizan las distintas jurisdicciones, internas, internacionales y supranacionales, así como los procedimientos a través de los cuales se efectúa ese diálogo. Especialmente se pone atención en las relaciones, bilaterales y multilaterales entre los Tribunales Constitucionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y se señalan algunas de las disfunciones existentes al mismo tiempo que se proponen también algunas reformas dirigidas a reforzar y mejorar el diálogo multinivel entre las distintas jurisdicciones.

Palabras clave

Sistema jurídico multinivel; diálogo entre tribunales; Tribunal Constitucional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; cuestión de inconstitucionalidad; cuestión prejudicial; consultas interjurisdiccionales.

Abstract

This work addresses the interaction between jurisdictions located at different levels, from the perspective of being able to define influences between them in a multilevel legal system. Are analyzed the different jurisdictions, internal, international and supranational, as well as the procedures through which this dialogue is carried out. Special attention is paid to the bilateral and multilateral relations between the Constitutional Courts, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. And some of the existing dysfunctions are pointed out at the same time that some reforms are also proposed aimed at strengthening and improving multilevel dialogue between the different jurisdictions.

Keywords

Multi-level legal system; dialogue between courts; Constitutional Court; European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Union; questioning of unconstitutionality; preliminary ruling; inter-jurisdictional consultations.

Sumario

I. Introducción. — II. El sistema multinivel de derechos fundamentales en la base del diálogo entre tribunales: Indicadores interpretativos. — III. Los efectos del “diálogo” con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. — IV. Los efectos del “diálogo” con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. — V. El incipiente “diálogo” entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Bibliografía.*

I. Introducción

Hablar de “diálogo entre tribunales” es consecuencia directa del sistema jurídico multinivel en el que se sitúa nuestro ordenamiento. Y, como a los tribunales se acude en defensa de derechos e intereses legítimos, es el sistema multinivel de derechos, proyectado en el derecho a la tutela judicial efectiva, el que sirve de canalización a ese “diálogo”.

¿Cómo se ha originado ese sistema multinivel de derechos? Ese sistema multinivel de derechos deriva directamente, en sentido “ascendente” de nuestra incorporación a organizaciones internacionales (el Consejo de Europa especialmente, pero no en exclusiva, puesto que Naciones Unidas tiene también una ingente regulación sobre ello) y a organizaciones supranacionales como la Unión Europea (UE). En sentido “descendente”, el sistema multinivel tiene en cuenta los derechos regulados en los Estatutos de Autonomía.

Todos estos niveles de protección de derechos cuentan con tribunales y con procedimientos que constituyen órganos de delimitación y garantía, ya se trate de tribunales internos o de tribunales internacionales o supranacionales. Y como un mismo hecho puede, sucesiva o simultáneamente, según los casos, ser objeto de reclamación ante distintos niveles jurisdiccionales, ello se considera como un “diálogo” entre tribunales efectivamente porque, de lo que ellos sentencian, se desprenden máximas interpretativas y/o ejecutivas (en el sentido de ejecución de las sentencias) que sólo cobran sentido en el ámbito de ese multinivel jurídico, sujeto a reglas de jerarquía, competencia y primacía, cuya interpretación de conjunto es lo que otorga coherencia al sistema.

Pero antes de entrar en el tema, se hace necesario precisar algo la noción de “diálogo” para referirla a lo que pueda suceder entre altos tribunales, en distintos niveles, porque este concepto puede ser empleado de formas muy diferentes. Así, a veces, se habla de “diálogo” cuando únicamente se da la circunstancia de que un tribunal cita a otro; otras veces lo que se examinan son las influencias recíprocas entre dos o más tribunales; y también puede usarse el “diálogo” en el sentido de interacción explícita. Dejando de lado el tema de simple cita, voy a considerar que el denominado “diálogo”, que no deriva de otra cosa que del cumplimiento de las funciones propias de cada jurisdicción, se producirá tanto cuando se observen influencias recíprocas por hacerse eco un tribunal de las construcciones interpretativas de otro, como si de lo que se

trata es de la influencia explícita y/o reenvío de las construcciones interpretativas de un tribunal sobre o hacia otro. No incluiré, pues, aquí, lo que algunos denominan “espacio cultural común” de orden jurisdiccional, puesto que lo que voy a entender como “diálogo”, es la interacción entre jurisdicciones situadas en distintos niveles, desde la perspectiva de poder delimitar influencias entre ellas¹. Tampoco entraré a examinar las influencias mutuas que existen entre los tribunales europeos, internos y supranacionales, y otros tribunales que no se sitúan en el marco del sistema multinivel derivado de nuestra incorporación al Consejo de Europa y a la UE. Y no será objeto de este trabajo la denominada cooperación judicial ente tribunales de distintos estados, a pesar de que el tema está realmente presente por ejemplo en el caso de la orden europea de detención y entrega, o la orden de protección a víctimas, pues estimo que, al tratarse de cooperación horizontal, merecen otro tipo de estudio.

II. El sistema multinivel de derechos fundamentales en la base del diálogo entre tribunales: Indicadores interpretativos

Varios son los niveles jurisdiccionales del “diálogo” y las vías procedimentales que lo instrumentan. Podemos considerar, por una parte, a los órganos jurisdiccionales y, por otra parte, a los procedimientos propios de la actuación en cada jurisdicción.

Respecto de los órganos jurisdiccionales, es necesario distinguir entre:

- Tribunales internos –Poder Judicial y Tribunal Constitucional (TC)–, mediante las apelaciones y los recursos de casación y revisión, cuando proceden, ante superiores jerárquicos y/o el Tribunal Supremo (TS) y, por otra parte, el recurso de amparo relativo al art. 24 CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y la cuestión de inconstitucionalidad presentada por los jueces ordinarios al TC cuando consideran que la ley aplicable al caso puede ser contraria a la Constitución.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): cuando se interpone una demanda contra España fundamentada en los artículos que reconocen derechos procesales (acceso a los recursos, juicio equitativo, garantías procesales). El “diálogo” existe porque es necesario agotar los recursos internos (amparo ante el TC incluido, si se trata de un derecho que tiene acceso a este recurso) antes de presentar la demanda al TEDH y porque España, al haber reconocido la jurisdicción del TEDH, está obligada a ejecutar las sentencias dictadas por éste.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): en este caso el “diálogo” se encauza mediante la presentación, por parte del juez español que está juzgando un asunto, de una cuestión prejudicial ante el TJUE, para dilucidar si la norma española que se tiene que aplicar al caso controvertido, es contraria o no al Derecho de la UE.

Las vías procedimentales aludidas, el segundo nivel de indicadores, constituyen vías de “diálogo” entre las diversas cortes:

- En las apelaciones, en el ámbito interno, porque la instancia superior, argumentadamente, manifiesta su conformidad o disconformidad con la inferior,

1 Véase, al respecto, De Vergottini (2011).

la que ha dictado previamente sentencia. Lo mismo sucede cuando se trata de los recursos de casación y revisión, dirimidos por el TS, que se producen en interés de la ley o por infracción de doctrina legal, así como, en el caso de la revisión, cuando acontecen hechos nuevos tras la sentencia firme anterior, los cuales, de haberse conocido hubieran tenido incidencia en el sentido del fallo.

- En el recurso de amparo, porque con él, desde la perspectiva del “diálogo” se puede verificar, por parte del TC, si los jueces ordinarios han respetado el art. 24 CE, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías del proceso. De este modo, se aseguran procedimentalmente ante el TC determinados derechos, los que se encuentran regulados en el art. 14 CE y del 15 al 29 CE (el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio del art. 30.2, que tuvo su función en los primeros años de desarrollo constitucional, ha perdido actualmente su funcionalidad al haberse profesionalizado el ejército). En estos casos, el “diálogo” aparece como un derecho “paraguas” dando cobertura procesal a la correcta defensa de los derechos que tienen acceso a esta garantía. Incluso podríamos conferirle un efecto extensivo cuando la alegación sustantiva se produce sobre las garantías del proceso, es decir, sobre el art. 24 CE en tanto que tal, pues en estos casos, se estaría “dialogando”, indirectamente, sobre los derechos e intereses legítimos que se han alegado ante los jueces ordinarios.
- En la cuestión de inconstitucionalidad se pretende asegurar que las leyes que se aplican en los juicios son constitucionales, más allá de que haya transcurrido el plazo de 3 meses que la Constitución otorga a una serie de órganos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la ley. Como bien puede darse el caso de aprobarse una ley que no ha sido recurrida, pero que en su aplicación aparecen, en un caso abierto, sobre cualquier materia, ante cualquier tribunal ordinario, dudas acerca de su constitucionalidad, la Constitución ha previsto esta forma de “diálogo” para asegurar que la duda quede disipada. En estos casos, el proceso “a quo” queda suspendido a la espera de que el TC se pronuncie, aunque, en general, la ley puede seguir siendo aplicada, salvo que, al hacerse pública la presentación de la cuestión ante el TC, otros jueces que tengan causas abiertas en la que se tendría que aplicar tal ley, suspendan también en auto motivado el pleito y lo comuniquen al propio TC, al Consejo General del Poder Judicial y a los interesados. De este modo, el “diálogo” condiciona la resolución no sólo del proceso que lo ha originado sino también a procesos conexos, debido a que es la misma ley cuestionada la que sería decisiva para resolver el caso. Los jueces “a quo” sólo pueden resolver el caso teniendo en cuenta lo que haya decidido el TC: podrán aplicar la ley si éste la considera constitucional y no podrán hacerlo y deberán buscar la respuesta en el resto del ordenamiento jurídico si lo que el TC ha constatado es que la ley cuestionada vulnera el orden constitucional.
- En los procesos ante el TEDH, el “diálogo” tiene lugar cuando la sentencia de la Corte de Estrasburgo constata que los jueces internos no han garantizado en forma correcta los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y los Protocolos adicionales al mismo². La sentencia de Estrasburgo, de la Sala que la haya pronunciado o de la Gran Sala si el estado ha apelado, deberá ser ejecutada por los jueces internos, concretamente, mediante la interposición de un recurso de revisión ante el

2 Véase Ripoll Carulla (2007); Ruiz Miguel (1998); Pérez Sola (2015).

TS. Ello es así porque sólo se puede acudir ante el TEDH tras el agotamiento de los recursos internos (amparo incluido si se trata de un derecho susceptible de ser recurrido en esta vía ante el TC), lo cual implica la existencia de sentencia firme. La sentencia del TEHD constituye un hecho nuevo, a la luz del recurso de revisión, que ha de ser necesariamente tenido en cuenta, ya que de haberse producido anteriormente, ello hubiera sido decisivo para la emisión de la sentencia firme. Nótese que, en este caso, están implicados todos los tribunales internos: el de instancia, el de apelación, TS en casación/ revisión en su caso y el TC en recurso de amparo si procede, y todo ello en la fase previa a acudir al Tribunal de Estrasburgo. Tras el fallo del TEDH, vuelve a ser el TS y, en dependencia de lo que éste decida en la sentencia de revisión, los otros tribunales implicados en el asunto. Se trata, pues, en este caso, de un “diálogo” ascendente y descendente, de ida y vuelta, entre los tribunales internos y la jurisdicción internacional europea.

- En relación con el TJUE, la cuestión prejudicial es quien mejor representa el “diálogo” entre el juez interno y el juez comunitario. Es el juez interno quien decide, de oficio o a instancia de parte la presentación de la cuestión, pero es de obligada presentación cuando la duda acerca de la compatibilidad entre norma interna y norma comunitaria es alegada ante un tribunal interno que deba dictar sentencia firme, ya que la primacía del Derecho de la Unión no puede permitir que obtengan firmeza las resoluciones judiciales que sean contrarias a éste. La presentación de la cuestión prejudicial, del mismo modo que la cuestión de inconstitucionalidad, suspende el pleito *a quo*, hasta que el TJUE se haya pronunciado y es obligatorio seguir el sentido de su fallo.
- Y también cabría hacer una alusión al “diálogo” entre el TEDH y el TJUE, puesto que en ocasiones cualquiera de los dos tribunales tiene en cuenta la jurisprudencia sentada por el otro en sus fundamentos jurídicos.

III. Los efectos del “diálogo” con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Respecto de las indicaciones al legislador, señalaré únicamente algunos ejemplos, desde una doble perspectiva. El análisis de estos casos indica que en ocasiones lo que realiza el TEDH es precisar indicadores o cánones concretos y precisos que tendría que seguir la legislación nacional y que, normalmente, van seguidos de una reforma adaptativa de la misma. En otros asuntos, sin embargo, no son los casos concretos contra el Estado que adapta sus normas quienes han influido directamente en los cambios, sino que es el conjunto de la jurisprudencia del TEDH o, de algún grupo de sentencias, especialmente casos recientes, los que, sin que se dirijan singularmente al Estado que cambia su legislación, se constata que es tal jurisprudencia la que ha impulsado los cambios. Pondremos unos ejemplos:

- Establecimiento de líneas o cánones precisos a seguir para que la legislación nacional no esté enfrentada al CEDH o a la jurisprudencia del TEDH. En la mayor parte de los casos, se trata de precisiones que debería incorporar la legislación nacional para evitar que el Convenio fuera vulnerado en casos concretos. Así, por ejemplo, el Caso Hutten-Czapska contra Polonia³ o el Caso Messina contra Italia⁴, cuando el TEDH sugirió la reforma de la legislación

3 Caso Hutten-Czapska contra Polonia. STEDH de 22 de febrero de 2005.

4 Caso Messina contra Italia. STEDH de 10 de noviembre de 2004.

interna para adecuarla al Convenio. También aquí, en España, varias reformas internas, especialmente en las leyes de procedimiento, se han venido realizando para reforzar específicamente las garantías de los derechos; por ejemplo, desde el Caso Prado Bugallo⁵, se venía insistiendo en las garantías con que tenían que contar las intervenciones de las comunicaciones telefónicas.

- Influencia doctrinal sobre el legislador derivada de asuntos que no conciernen al país contra el que se han dictado las sentencias. Actualmente, ha sido muy relevante el eco que han tenido en España las sentencias a los Casos Basic contra Croacia⁶, Cevat y Özel contra Turquía⁷ y Versini-Campinchi y Crasnianski contra Francia⁸, que han merecido un estudio de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, en la que se evalúa la conformidad de las reformas legislativas habidas en España con la jurisprudencia sentada por el TEDH en tales sentencias. También la STEDH, dictada en Gran Sala⁹, N.D. y N.T. contra España, en la que, cambiando su jurisprudencia anterior (lo cual va a originar un cambio de jurisprudencia interna) el TEDH considera que las denominadas “expulsiones en caliente” no vulneran el Convenio¹⁰.

También cabe señalar el reconocimiento explícito que algunas veces se ha realizado del control de convencionalidad por parte de los órganos de control constitucional. En nuestro caso, desde sus primeras sentencias, el TC se ha hecho eco de las del TEDH¹¹, especialmente en la aplicación de los escrutinios o “test” a partir de los cuales se delimitan elementos configuradores de los derechos fundamentales o se configuran mecanismos de interpretación de los mismos. También otros órganos de control de constitucionalidad, como el Consejo Constitucional francés o la Corte Constitucional italiana, además, aunque con matices, del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

- En España, cabe destacar que, en la mayor parte de las veces, lo que ha hecho el TC es fijarse en la interpretación del TEDH y señalarlo explícitamente las primeras veces que, sobre un derecho o un elemento configurador concreto sobre el derecho, ha utilizado la jurisprudencia europea, pasando, a continuación y en las siguientes sentencias, a autocitarse, sin desvelar ya el origen de la construcción interpretativa. Ello puede apreciarse en varios casos, dentro de los cuales señalaré el escrutinio sobre la igualdad reconocida por el art. 14 CEDH, fundamentado en la versión francesa del mismo, que es la que el TEDH reconoce como auténtica al respecto desde el Caso sobre el régimen de la lengua en la enseñanza en Bélgica¹², exigiendo que se trate de dos supuestos comparables, que exista una diferencia de trato compatible con la sociedad democrática para cumplir objetivos legítimos y que la diferencia no sea desproporcionada; posteriormente se

5 Caso Prado Bugallo contra España. STEDH de 18 de febrero de 2003.

6 Caso Basic contra Croacia. STEDH de 25 de octubre de 2016.

7 Caso Cevat y Özel contra Turquía. STEDH de 7 de junio de 2016.

8 Caso Versini-Campinchi y Crasnianski contra Francia. STEDH de 16 de junio de 2016.

9 Normalmente las sentencias del TEDH son dictadas en Sala, pero la sentencia de la Sala puede ser recurrida ante la Gran Sala, como ha sucedido en este caso, por parte del Gobierno de España. La sentencia de la Gran Sala es definitiva y no es posible ulterior recurso contra ella.

10 Caso N.D. y N.T. contra España. STEDH del 13 de febrero de 2020.

11 El antiguo Presidente del TC, Dr. Pérez de los Cobos, resaltó esta interrelación en la conferencia que impartió con motivo de la visita del Presidente del TEDH a España el 22 de mayo de 2015.

12 Caso Régimen de la lengua en la enseñanza en Bélgica. STEDH de 23 de julio de 1968.

repite este razonamiento en todas las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, habiendo pasado también a ser utilizado por nuestro TC. Al principio, por ejemplo, en su primera sentencia en materia de igualdad, un caso de aplicación de la legislación laboral (STC 22/1981, de 2 de julio), cita expresamente al TEDH. Con posterioridad, en la mayor parte de los casos, el TC remite a su propia jurisprudencia, que está basada en la del TEDH, pero sin manifestarlo explícitamente. Podríamos realizar una apreciación similar en cuanto al test de los límites que el Convenio permite establecer sobre ciertos derechos, cuya interpretación de conjunto por parte del TEDH crea también una estructura interpretativa muy semejante a la de la igualdad; o al escrutinio que debe ser realizado para apreciar la existencia o no de dilaciones indebidas en los procesos, el principio de proporcionalidad o el criterio de razonabilidad, por poner varios ejemplos. En todos ellos, el TC, al amparo del art. 10.2 CE ha afirmado reiteradamente¹³ que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”, sino que también “resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento”. De ahí que se la tenga en cuenta sistemáticamente y cada vez más en la jurisprudencia interna, con esta doble dimensión: interpretativa en general y de aplicación inmediata al caso concreto.

- En Francia, el control de convencionalidad es configurado por el Consejo Constitucional como subsidiario del que tienen que realizar los jueces ordinarios, si bien en la Decisión 2004-505 que podemos considerar como “caso piloto”, lo consideró incardinado en la tradición constitucional francesa¹⁴. Se trataba de una Decisión en la que el Consejo Constitucional aplicó el sistema multinivel de derechos fundamentales pues, además del CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo, tuvo en cuenta los Tratados de la UE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, para realizar la interpretación del propio sistema francés en un caso complejo, relativo a los efectos de la laicidad proclamada por la Constitución.
- En Italia, la Corte Constitucional también se adjudicó un control directo sobre la convencionalidad, salvaguardando el control ejercido por los tribunales ordinarios. Fue en las Sentencias 348 y 349, de 2007, derivadas de la interposición de sendas cuestiones de legitimidad constitucional (equivalentes a nuestras cuestiones de inconstitucionalidad). En ambos casos, relativos al derecho a la propiedad en relación con el derecho al debido proceso, distinguiendo además, entre el valor del CEDH y el Derecho de la UE en el marco constitucional italiano, la jurisprudencia de Estrasburgo cobra un valor interpretativo que la incluye en el ámbito de la determinación del canon de constitucionalidad, autootorgándose la Corte competencia directa al respecto.
- En Alemania, con un sistema jurídico que otorga al Convenio valor de ley, éste se integra como canon interpretativo, puesto que la Constitución dispone que los tribunales dictarán las sentencias conforme “a la ley y al Derecho” (art. 20.3 de la Constitución de Alemania). En cuanto a los efectos internos de las sentencias del TEDH, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania distingue si se trata de un asunto de ámbito privado o público. En los asuntos

13 Por todas, la STC 303/1993, de 25 de octubre.

14 Decisión del Consejo Constitucional francés 2004-505, de 19 de noviembre de 2004.

ser el asilo, el control de fronteras o, entre otros, la sustracción de menores, para los que está previsto un procedimiento prejudicial de urgencia.

También podemos señalar que, actualmente, los Estados que más cuestiones prejudiciales plantean no tienen características comunes. Ni son los grandes ni los pequeños, es decir, que parece que lo importante no es la cantidad de población ni el nivel de litigiosidad, sino que son otros factores los que deben ser tenidos en cuenta. Así, de un total de 453 asuntos prejudiciales, la información que el TJUE proporciona es la siguiente¹⁷:

Estado (en 2016)	Asuntos iniciados
Alemania	84
Italia	62
España	47
Países Bajos	26
Bélgica	26

Por otra parte, hay que señalar también que, en su misión de “guardiana de los Tratados”, la Comisión Europea realiza también el seguimiento de las cuestiones prejudiciales en las que el Tribunal constata que el Derecho interno no es concorde con el Derecho de la Unión.

Realizaré, en este punto, algunas consideraciones, acerca de las cuestiones prejudiciales presentadas por España y algunos otros países de la UE, en el marco de ese “diálogo” dirigido a dar coherencia al multinivel jurídico entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno.

- En España, el TC presentó su primera, y única hasta el momento presente, cuestión prejudicial en 2011¹⁸, interpuesta en el marco de un recurso de amparo contra un Auto de la Sala Primera de la Audiencia Nacional en materia de aplicación de la orden europea de detención y entrega a un ciudadano italiano, el Asunto Melloni, condenado en rebeldía en su país por un delito de quiebra fraudulenta¹⁹. Ello implica que el TC se declara competente para analizar las garantías del debido proceso en relación con la evolución del Derecho de la UE, cosa que hasta el momento había sido preterida. Se declara, en consecuencia, la trascendencia constitucional del Derecho de la Unión y se analiza si éste ha de incorporarse al canon de constitucionalidad²⁰. Para ello, el TC utiliza, si bien tangencialmente, la jurisprudencia del TEDH sobre el debido proceso y se plantea si el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales otorga a ésta carácter subsidiario, o si constituye un instrumento federal uniformador o si ha de entenderse como una cláusula de estándar mínimo²¹. Hasta ese momento se consideraba que, al estar el Derecho comunitario integrado en el Derecho interno, era al juez ordinario y no al TC a quien correspondía resolver el conflicto entre normas, si bien existió una cierta polémica al respecto, sobre todo alrededor de si el Derecho de la UE debía integrarse en el canon de constitucionalidad; ello llevó a considerar

17 Véase la información sobre las cifras clave de la actividad judicial del TJUE en el Informe Anual 2016. Panorámica del año. Accesible en la web del TJUE: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/ti_pubpdf_qdaq17001esn_pdfweb_20170424120212.pdf.

18 Auto 86/2011, de 9 de junio de 2011.

19 Véase Aguilar Calahorra (2011).

20 Véase Macías Castaño (2014).

21 Un análisis en profundidad del Auto en Arroyo Jiménez (2011).

que la negativa de un juez ordinario a interponer la cuestión prejudicial podía ser objeto de recurso de amparo ante el TC²². En la estadística proporcionada por el Consejo General del Poder Judicial, se puede apreciar la progresión de la presentación de cuestiones prejudiciales en España. Nótese, por una parte, el escaso porcentaje que estas cuestiones representan en el conjunto de las presentadas al TJUE por parte de los Estados miembros de la UE. Por otra parte, hay que señalar también que, en los últimos años, son el TS y los Tribunales Superiores de Justicia (éstos en su conjunto) quienes más cuestiones presentan, aunque escasas en número²³.

Cabe destacar también la cuestión prejudicial presentada por el TS, mediante el auto de 1 de julio de 2019²⁴, en relación con la adquisición de la condición de diputado europeo por parte de un condenado por sentencia firme a inhabilitación para ejercicio de cargo público al tiempo que se le condenaba también por los delitos de sedición y malversación de fondos públicos²⁵. El TJUE realizó en su sentencia, Asunto C-502/19²⁶, un cambio de jurisprudencia que va a afectar a muchos de los Estados miembros de la UE, al considerar que una persona elegida como miembro del Parlamento Europeo, adquiere la condición de diputado europeo, con todos los derechos, desde el momento de su elección. Con anterioridad, la jurisprudencia del TJUE remitía a la aplicación de los requisitos exigidos por la legislación interna, notablemente la promesa o juramento del orden constitucional aunque se podían exigir otros condicionantes. Ello ha afectado ya a otros hechos²⁷, que han sido dirimidos por el Parlamento Europeo teniendo en cuenta la nueva jurisprudencia del TJUE.

- La literatura jurídica sobre la cuestión prejudicial en Alemania es abundante, quizás debido a que Alemania es el Estado miembro de la UE en el que los jueces plantean un mayor número de cuestiones prejudiciales. Una premisa a tener en cuenta es la posición que el TC federal atribuye al Derecho de la Unión en el ordenamiento constitucional de Alemania, pues la interpretación realizada por éste respecto de cómo opera el principio de primacía del Derecho de la UE respecto de la Constitución constituye la clave de bóveda

22 Véase Baño León (2004).

23 Fuente de la estadística: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cuestiones-prejudiciales-ante-el-Tribunal-de-Justicia-de-las-C-E/>.

24 Auto Causa especial 20907/2017, de 19 de diciembre de 2019.

25 En puridad no era necesario presentar tal cuestión prejudicial, puesto que la legislación europea vigente había sido interpretada derivando al cumplimiento del Derecho interno en forma reiterada, siendo esta interpretación la tenida en cuenta en la sentencia firme emitida por el TS español, por lo que no existía duda entre la compatibilidad del Derecho interno con el de la UE. Pero la parte condenada en la sentencia interna solicitó la presentación de la cuestión en el recurso de súplica y el TS entendió que debía presentarla, seguramente creyendo al mismo tiempo que el TJUE reforzaría la posición interna. Ello no sucedió así, sino al contrario, lo que obliga a tener en cuenta la nueva posición del TJUE en los casos que se puedan dar en el futuro, no sólo en España, sino en el conjunto de los Estados miembros de la UE.

26 Asunto C-502/19. STJUE, dictada por la Gran Sala el 19 de diciembre de 2019.

27 Me refiero a la adquisición de la condición de diputados europeos de los políticos catalanes prófugos de la justicia, que no han podido ser juzgados en España porque la legislación en vigor impide los juicios en ausencia (España no ha transpuesto la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio) y el Parlamento Europeo, al no haber sido juzgados ni, por ello, condenados, les ha otorgado la condición de diputados europeos por el simple hecho de su elección, obligando a que las autoridades internas españolas, conforme a la legislación europea, tenga que obtener el suplicatorio del Parlamento Europeo para conseguir su entrega a España a los efectos procesales oportunos.

para entender los registros que el constitucionalismo alemán, y otros influenciados por éste, atribuyen al “diálogo” entre el Tribunal Constitucional federal y el TJUE, sobre todo tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el control de constitucional que el TC alemán realizó respecto de la fallida Constitución Europea, reiterado todo ello con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En efecto, la primera cuestión prejudicial se presentó al TJUE por parte del TC alemán, en 2014, en relación con las denominadas OMT (compra de obligaciones de los Estados miembros por parte del Banco Central Europeo en los mercados secundarios de deuda)²⁸; esta facultad fue cuestionada por el TC federal como contraria a la Constitución de Alemania y el TJUE sostuvo la conformidad con el Derecho de la UE remitiendo al TC alemán lo principal del litigio, alargando el “diálogo” entre ambas cortes²⁹ hasta que, el 16 de junio de 2015, el TJUE dictó la correspondiente sentencia³⁰.

- El Consejo Constitucional de Francia plantea la primera cuestión prejudicial al TJUE en 2013³¹. Francia ha sido también reticente al uso de este instrumento de “diálogo” entre tribunales por parte de su órgano del control de la constitucionalidad, pues en 1975 declinó la presentación de una cuestión prejudicial alegando que no era de su competencia y no abandonó esa posición hasta 2013³². Se trataba, esta primera cuestión prejudicial, de una pregunta acerca de la orden europea de detención y entrega, planteada en el marco de lo que allí es una cuestión prioritaria de constitucionalidad planteada en este caso ante el Consejo Constitucional por la *Cour de Cassation* (equivalente a nuestro TS). Ello supuso aceptar el rol jurisdiccional del Consejo Constitucional, como alta instancia resolutoria, no limitada a la estricta función de legislador negativo que tenía antes de haber asumido, él también por su parte, funciones de control “a posteriori” en el marco de las cuestiones prioritarias de constitucionalidad. Por ello, podemos considerar que la presentación de tal cuestión prejudicial, constituye el inicio de un ejemplo de “diálogo” multinivel, entre tres órdenes jurisdiccionales, dos de ellos internos (la *Cour de Cassation* y el Consejo Constitucional) y otro supranacional (el TJUE).
- Italia también acude por vez primera ante el Tribunal de Justicia de la UE en 2013³³. También en el transcurso de un control de constitucionalidad por vía incidental (equivalente a la cuestión de inconstitucionalidad), la Corte Constitucional Italiana realiza un viraje en su doctrina y abre directamente el “diálogo” entre las dos cortes³⁴. Se trataba de la aplicación de la norma italiana que había realizado la transposición de una directiva relativa a las condiciones de trabajo de los enseñantes (profesores interinos) en la función pública. La Corte italiana fundamentó la decisión de presentar la cuestión prejudicial en la imposibilidad objetiva de poder realizar el juicio de adecuación entre la legislación interna y la comunitaria.

El “diálogo, pues, entre juez interno (en el fondo también como juez comunitario) y el Tribunal de Justicia de la UE no se consolida hasta la segunda

28 Auto de 14 de enero de 2014 relativo a cinco procesos acumulados relativos a quejas por inconstitucionalidad. Véase López Castillo (2014).

29 Podemos citar el estudio realizado por García-Andrade Gómez (2014).

30 Véase Sarmiento Ramírez-Escudero (2015).

31 *Décision* n.º 2013-314 QPC du 4 avril 2013.

32 Véase, sobre la evolución de esta cuestión, el trabajo de Droin (2014).

33 Ordenanza del 3 de julio de 2013, n.º 207.

34 Véase Novi (2014); Guastaferró (2013).

década del Siglo XXI cuando, entre los años 2013 y 2014, se plantean, en los Estados miembros que he señalado, sendas cuestiones prejudiciales desde los respectivos Tribunales Constitucionales al TJUE. Se trata, pues, de un diálogo que sólo recientemente se ha perfeccionado, pues hasta esos momentos no se establecieron interrelaciones entre los tribunales ordinarios, los Tribunales Constitucionales y el TJUE.

También cabe destacar que en Francia, Italia y Alemania, el proceso *a quo* fue el control incidental de constitucionalidad (nuestra cuestión de inconstitucionalidad, planteada al TC por el juez ordinario), mientras que en el caso de España se produjo en el contexto de un recurso de amparo. En todos ellos, se marcó una línea interpretativa que ya no se ha abandonado, al considerarse a partir de entonces que el Derecho de la Unión ostenta relevancia constitucional también como Derecho interno de los Estados miembros.

V. El incipiente “diálogo” entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que impone la ratificación del CEDH por parte de la UE (art. 6 TUE), la importante posición adquirida por el CEDH en el acervo comunitario originó que se barajara la posibilidad de que la UE ratificara el CEDH. En un primer momento, el Tribunal de Justicia, en un Dictamen solicitado por el Consejo, manifestó que “en el estado actual del Derecho comunitario ello no era posible” por considerar, entre otras cuestiones, que “la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio”³⁵.

Dos eran los principales obstáculos que fundamentaron la posición del TJUE. Por una parte, el hecho de que el Convenio estuviera conformado para ser ratificado por Estados, no por organizaciones supranacionales, lo cual implicaba que se tuviera que adaptar el Convenio a esta situación. Por otra, la dificultad de determinar la institución comunitaria competente para tal ratificación al no tener personalidad jurídica la Unión, cosa que ha sido superada por la atribución de personalidad jurídica que efectúa el art. 47 TUE.

En el fondo, se planteaba también el problema de que si la UE se adhería al Convenio, los actos comunitarios podían ser controlados por el Tribunal de Estrasburgo y ello podría crear susceptibilidades con relación a las competencias del Tribunal de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia no rechazó de plano la posibilidad futura de una adhesión de la UE al CEDH pero declaró que para ello era necesario modificar el TUE. Tal decisión nada cambió en el contexto de aplicación de los derechos del Convenio por parte del Tribunal de Luxemburgo, quien ha continuado hasta hoy día extrayendo los derechos fundamentales del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, como derechos subjetivos incorporados a principios generales del Derecho Comunitario.

La construcción que el reenvío al CEDH efectúa el art. 6 TUE, tuvo también el efecto de incorporar diversas construcciones interpretativas del Tribunal de Estrasburgo, como órgano de interpretación y aplicación del Convenio, como elementos de interpretación aplicados por el propio Tribunal de Justicia comunitario, y ello aún antes de la entrada en vigor del propio TUE. Por poner unos ejemplos, de entre los más relevantes citaremos, en relación con la utilización del

35 Ver al respecto el Dictamen 2/94 del TJUE, de 28 de marzo de 1996, intitulado “Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

CEDH por parte del TJUE, la invocación del principio de no retroactividad del art. 7 del CEDH en la STJUE Affaire 63/83, del 10 de julio de 1984. También la invocación del derecho de propiedad del Protocolo 1 al CEDH en el Affaire 44/79, del 13 de diciembre de 1979. También la invocación de los arts. 6 y 13 CEDH, sobre el derecho al proceso equitativo en el Affaire 222/84, del 15 de mayo de 1986.

Además, acerca de la utilización de la doctrina del TEDH como fuente argumentativa por parte del TJUE hay que decir que éste, en su función jurisdiccional, comprueba tanto si existen sentencias del TEDH relativas al asunto que tenga que dilucidar como si el Tribunal de Estrasburgo no ha intervenido en tales temas. Entre las sentencias más relevantes que utilizan la doctrina del TEDH como fuente expresa podemos señalar el Affaire Comafrika y Dole Fresh Fruit Europe contre la Commission Européenne, de 12 de julio de 2001, donde se cita la STEDH Borgers contra Bélgica, de 30 de octubre de 1991, en relación con el derecho al juicio equitativo del art. 6 CEDH; también el Asunto Mannesmannröhren-Werle contre la Commission Européenne, de 20 de febrero de 2001, donde se cita la STEDH Funke, de 25 de febrero de 1993, sobre el derecho a no autoinculparse. Y también se puede citar el Affaire Conseil contre Hautala, del 10 de julio de 2001, en el cual el TJUE señala que no existe doctrina del TEDH aplicable al caso *sub iudice* porque éste no ha intervenido hasta el momento en un asunto semejante.

A mayor abundamiento, como ya ha sido advertido, la doctrina del TEDH sirve también de soporte argumentativo al mismo TJUE, que en repetidas ocasiones ha citado expresamente al Convenio y al Tribunal de Estrasburgo como fuente de sus fundamentos jurídicos. Así, el TJUE ha considerado que, en el marco del Derecho de la UE, los derechos del Convenio tienen un carácter de verdaderos derechos subjetivos a todos los efectos. En este sentido resulta oportuno destacar algunos puntos. En primer lugar, la invocación del principio de no retroactividad de la ley penal, reconocido en el art. 7 del CEDH e integrado en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros, para no admitir una validación “a posteriori” de medidas nacionales de carácter penal que en el momento de su aplicación no eran compatibles con el Derecho comunitario. En segundo término la invocación del derecho de propiedad del protocolo n.º 1 al CEDH para pronunciarse sobre el Reglamento del Consejo CEE n.º 1162/1976, art. 2.1 (modificado por el Reg. n.º 2776/1987), el cual no aceptaba que se otorgaran más autorizaciones para nuevas plantaciones de viñedos. Y un tercer aspecto consistente en la invocación de los artículos 6 y 3 CEDH y de la tradición constitucional de los Estados miembros para no reconocer valor probatorio a las certificaciones de los órganos del poder ejecutivo que no comportaran un control jurisdiccional.

Es necesario señalar, en este punto, que, si bien no se ha efectuado todavía la ratificación prevista en el art. 6 TUE, el Consejo de Europa, haciéndose eco de la necesidad de adaptar el Convenio para que pueda ser ratificado por la UE, ha adoptado el Protocolo n.º 14, que ha entrado en vigor el 1 de junio de 2010, modificando a tales efectos el art. 59 CEDH.

También es importante destacar, en el marco del “diálogo” entre ambas Cortes, que tras la reunión habida el 24 de enero de 2011 entre los Presidentes de ambas Cortes, se ha acordado una “Comunicación común”³⁶, fundamentada en el principio de subsidiariedad, dentro de la cual destacaré los siguientes puntos:

- Es necesario velar por una estricta coherencia entre los Derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y aquellos reconocidos también en el

36 *Communication commune des présidents Costa et Skouris*. Accesible en internet: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf.

CEDH. Podría ser útil, al respecto, una “interpretación paralela”.

- En el marco del control de convencionalidad, cuando la UE ratifique el Convenio, la obligatoriedad de agotar los recursos internos obligará a los demandantes a plantear una demanda a los tribunales de la UE, en tanto que jurisdicciones internas, cuando así lo disponga el derecho de la UE respecto de los actos producidos por ésta.
- También en el marco del control de convencionalidad, si se trata de demandas individuales dirigidas contra actos de los Estados miembros de la UE por actos realizados para aplicar el Derecho de la UE, los demandantes deberán primero cerciorarse de la validez del Derecho de la UE mediante una cuestión prejudicial.

Para que ello pueda ser efectivo, la Comunicación reconoce también que será necesario establecer una tipología de casos en los que la competencia del Tribunal de Justicia de la UE esté claramente definida. Además, para no incurrir en dilaciones indebidas, se recomienda que pueda ser aplicable el procedimiento prejudicial de urgencia.

Bibliografía

- Aguilar Calahorra, A. (2011). La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del Tribunal Constitucional 86-2011, de 9 de junio. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 16, 471-512.
- Arroyo Jiménez, Luis. (2011). Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4.
- Baño León, J. M. (2004). El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: Amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 18, 465-481.
- De Vergottini, G. (2011). Diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 345-359.
- Droin, A. (2014). Primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional Francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 29, 71-83.
- Gantier Pérez, R. J. (2016). La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos [trabajo final de máster]. Universidad de Valladolid. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/16851/1/TFM-D_0056.pdf.
- García-Andrade Gómez, J. (2014). La cuestión prejudicial del Tribunal constitucional alemán sobre la decisión OMT. *Revista Española de Derecho Europeo*, 51, 119-163.
- Guastaferrro, B. (2013). La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013. *Quaderni costituzionali*, 4, 980-982.
- López Castillo, A. (2014). “Prejudicializando... Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 315-325.
- Macías Castaño, J. M. (2014). *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional. El Asunto Melloni*. Barcelona: Atelier.
- Novi, C. (2014). Corte costituzionale italiana, Corti costituzionale europee e rinvio pregiudiziale: il dialogo diretto con la Corte di giustizia dell'Unione europea e le sue possibili implicazione a breve e lungo termine. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2072- 2103.
- Pérez de los Cobos, F. (2015). Conferencia pronunciada en la jornada-seminario

con motivo de la visita del Presidente del TEDH el 22/05/2015. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2015-05-20-00-00/2015-PonenciaEspaÃ±a.pdf>

- Pérez Sola, N. (2015). *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?* Madrid: INAP.
- Ripoll Carulla, S. (2007). Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, 309-346.
- Rousseau, D. (2013). "L'intégration du Conseil Constitutionnel au système juridictionnel européen". *Gazette du Palais*, 125-127, 13-16.
- Ruiz Miguel, C. (1998). Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: su ejecución desde la perspectiva del derecho constitucional comparado y español. En VV.AA. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 811-846). México: UNAM.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2015). La sentencia Gauwailer (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41, 101-105.

Presidencialismo y gobernabilidad democrática en América Latina

Presidentialism and democratic governance in Latin America

JULIO CÉSAR FERNÁNDEZ TORO

Profesor de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos. Universidad Central de Venezuela.
fernandeztoro@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.1.19051>

Fecha de recepción: 19/10/2020

Fecha de aceptación: 11/11/2020

Resumen

El artículo analiza el posible impacto del sistema de gobierno presidencial sobre la gobernabilidad democrática en América Latina, que ha sido el objeto del debate presidencialismo vs. parlamentarismo desarrollado en los ambientes políticos y académicos. El debate se examina mediante una visión integral de la relación entre la variable institucional y el resultado político. Con ese propósito, el análisis se apoya en la idea de separación de poderes, un principio apodíctico del constitucionalismo democrático, que persigue con el diseño de un arreglo orgánico-funcional limitar el poder de los gobernantes para preservar la libertad de los ciudadanos. Por último, el artículo enumera las debilidades y desafíos de las presidencias latinoamericanas, y las alternativas para mejorar su capacidad de gestión y para garantizar la gobernabilidad democrática.

Palabras clave

Separación de poderes; sistema de gobierno; presidencialismo; parlamentarismo; gobernabilidad democrática; constitucionalismo; América Latina.

Abstract

The article discusses the potential impact of the presidential governance system on democratic governance in Latin America, which has been the subject of the presidential vs. parliamentary debate, developed in political and academic settings. The debate is examined through a comprehensive view of the relationship between the institutional variable and the political outcome. To this end, the analysis is based on the idea of separation of powers, an apodictic principle of democratic constitutionalism, which he pursues with the design of an organic-functional arrangement limiting the power of rulers to preserve the freedom of citizens. Finally, the article lists the weaknesses and challenges of Latin American presidencies, and alternatives to improve their management capacity and to ensure democratic governance.

Keywords

Separation of powers; system of government; presidentialism; parliamentarism; democratic governance; constitutionalism; Latin America.

Sumario

I. La idea de separación de poderes en los sistemas de gobierno. 1. La formulación de Montesquieu. 2. La separación de poderes en los sistemas de gobierno *stricto sensu* — II. El debate: presidencialismo vs. parlamentarismo en América Latina. 1. ¿Qué se discute en el debate parlamentarismo vs. presidencialismo? 2. El asunto del poder en los sistemas de gobierno presidenciales. 3. Sobre la condición congénita de los sistemas de gobierno. — III. Un abordaje integral del presidencialismo en América Latina. 1. Problemas cuyo origen es el diseño institucional del sistema de gobierno presidencial. 2. Problemas cuyo origen se encuentra ubicado en la cultura social y en la praxis política. 3. Problemas cuyo origen se encuentra en la capacidad de gobierno. — IV. Adecuación de los sistemas de gobierno presidenciales para garantizar la gobernabilidad democrática en América Latina. 1. De naturaleza política. 2. De flexibilización organizacional para la adaptación a los cambios. *Bibliografía.*

I. La idea de separación de poderes en los sistemas de gobierno

1. La formulación de Montesquieu

A pesar de que algunos autores han llegado a afirmar que el concepto apodíctico de separación de poderes tiene sus orígenes en la Grecia Antigua, es indudable que como se lo comprende en la modernidad no se puede encontrar antes de su formulación por el Barón de La Brède y Montesquieu (1688-1755) en su obra *El Espíritu de las Leyes* y con las adaptaciones de los diseños constitucionales surgidos durante las revoluciones atlánticas.

Si bien desde la antigüedad los pensadores no se propusieron, ni podían, esbozar un concepto como el del Barón de La Brède, empero, en general, sí pretendieron regular y limitar el poder del gobernante. Trataron de resolver lo que podría denominarse la ruta hacia la tiranía, esto es, que si un gobernante acumula en sí todo el poder podría ejercerlo sin límites, si lo ejerce sin límites podría gobernar arbitrariamente, si es arbitrario podría violentar la libertad de los ciudadanos, y si violenta la libertad de los ciudadanos sería un gobierno tiránico. Por ello distintos pensadores a lo largo de la historia formularon maneras de cortar la ruta hacia la tiranía, como por ejemplo: 1) El sometimiento del gobernante a las leyes. La famosa máxima de que el buen gobierno era el de las leyes y no el de los hombres. 2) La elección de los gobernantes por votación –el sufragio–, o mediante selección por medio la suerte –el sorteo–. 3) Restringiendo el ejercicio del gobernante a un período de tiempo –opuesto al gobierno vitalicio y hereditario–. 4) Y mediante el control de los súbditos o

de los ciudadanos sobre el gobierno, a través de una representación, ya fuera estamental o democrática, o por su participación directa.

El aporte de Montesquieu, desde su perspectiva monárquica, fue comprender que el sometimiento a la ley y la participación estamental en Europa eran mecanismos imprescindibles, aunque no suficientes, y partiendo de la raíz del problema consideró que había que evitar que el gobierno se concentrara en una sola mano o en un órgano colectivo. En palabras de Montesquieu (1748/2003: 119): “aquellos príncipes que han querido hacerse déspotas, siempre han empezado por acumular en su persona todas las magistraturas, y algunos reyes de Europa todos los grandes cargos de su Estado”, bajo la premisa de que todo ser humano dotado de poder abusará de este “hasta dónde encuentre límites”.

Pero, ¿cómo evitarlo? Pues Montesquieu encontró una solución en la física newtoniana: “Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder refrene al poder” (1748/2003: 118). Esa formulación teórica, por la que un poder refrena a otro poder, es lo que sustenta un sistema de equilibrio entre poderes y de controles mutuos entre ellos –*systeme d'équilibre et contrôles* o *cheks and balance system*–. Propuesta que ejemplificó en el sistema de gobierno existente en la Inglaterra de su época, a la que calificó como una nación “cuya constitución¹ tiene por objeto directo la libertad política” (Arroyo, 2002: 118).

Ahora bien, al estudiar la constitución inglesa el Barón de La Brède dice que todo Estado posee “tres géneros de poder: el poder legislativo, el poder ejecutivo de lo que depende el derecho de gentes [en la actualidad el derecho internacional] y el poder ejecutivo de lo que depende el derecho civil [el derecho interno]” (1748/2003: 118). Y como se desprende de la lectura de *El Espíritu de las Leyes*, en particular de su Libro XI Montesquieu también identifica y describe tres géneros de poder: legislativo, ejecutivo y de juzgar, agregando, que sin embargo el poder judicial es neutro o nulo. “De los tres poderes que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto sentido, nulo. No quedan, entonces, más que dos” (1748/2003: 121): el poder legislativo y el poder ejecutivo. De allí que Montesquieu estableciera la representación de los nobles –la Cámara de los Lores– como un poder que controla o modera el ejercicio del poder legislativo popular –la Cámara de los Comunes– y del poder ejecutivo –la Corona–, y los dos últimos al primero.

Bajo la perspectiva anterior, en propiedad Montesquieu está interesado únicamente en lo que hoy se denomina como un sistema de gobierno *stricto sensu*², esto es, exclusivamente en la conformación y relacionamiento de dos poderes a los que se le atribuye poseer una racionalidad fundamentalmente política, el legislativo y el ejecutivo. Para el Barón de La Brède (1748/2003: 124), al hablar de “la constitución fundamental del gobierno”, se refiere a las dos partes que conforman el cuerpo legislativo, los representantes de los nobles y los representantes de los comunes, reunidos por separado, y al poder ejecutivo, a los que seguidamente los menciona como “Estos tres poderes”. En clave de la actualidad, solo se refiere a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo. Con

1 En este caso, y antes de la revolución angloamericana, la locución “constitución” se refería a la forma o manera como se estructuraba el gobierno, y no como la conocemos hoy referida a un texto normativo fundacional y fundamental de los Estados-nación.

2 Se utiliza la expresión “sistema de gobierno” como la categoría tradicional del derecho constitucional que se refiere, en *latus sensu*, a la conformación y relacionamiento entre todos los poderes del Estado que se constituyen bajo un criterio orgánico-funcional, y en *stricto sensu*, como la conformación y relacionamiento exclusivamente entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.

dicho aserto, es obvio que para Montesquieu la solución será la necesidad de dividir o distribuir el poder público o el poder del Estado en: el monarca que es titular del poder ejecutivo; los representantes de los nobles como una de las dos partes del poder legislativo, o uno de sus dos órganos, y con algunas funciones judiciales excepcionales; y, los representantes del pueblo con la otra parte del poder legislativo, o su otro órgano; excluyendo el poder de juzgar. “Compuesto el cuerpo legislativo de dos partes, la una refrenará a la otra por el recíproco derecho de veto. Ambas se hallarán a su vez refrenadas por el poder ejecutivo que, a la suya, lo estará por el legislativo” (1748/2003: 124), al tiempo que el autor establece el principio de colaboración entre poderes, al indicar que “Estos tres poderes (...) por el necesario movimiento de los acontecimientos, se hallan obligados a actuar, tendrán que hacerlo concertadamente”.

La importancia de la formulación del Barón de La Brède es que, adaptada por el pensamiento revolucionario angloamericano a los principios de soberanía popular y de forma de gobierno democrática, se fue imponiendo poco a poco como un principio imprescindible del constitucionalismo en el hemisferio occidental, hasta constituir en la actualidad un valor apodíctico inherente a la doctrina democrática. Hoy no se concibe la democracia sin una efectiva separación de poderes.

Bajo tal concepción se sustenta el diseño de los actuales sistemas de gobierno en su acepción *stricto sensu*, que bajo un criterio orgánico-funcional sustenta una distribución de funciones de las potestades del Estado entre los órganos superiores o autoridades máximas legislativas y ejecutivas con la pretensión de ser una solución universal para impedir el despotismo. Mas, sin embargo, los desarrollos históricos constitucionales que estructuraron los sistemas de gobierno nacionales en la modernidad tomaron dos caminos paradigmáticos distintos: el parlamentarismo en Europa y el presidencialismo en América.

Ahora bien, bajo la idea política de separación de poderes, la interrogante que se ha mantenido por décadas en el debate académico y político latinoamericano, es con cuál de dichos sistemas, el presidencial o el parlamentario, se logra una mejor limitación del poder de los gobernantes para preservar la libertad.

2. La separación de poderes en los sistemas de gobierno *stricto sensu*

La formulación teórica de Montesquieu, mediante una repartición de las potestades del Estado contemporáneo entre sus distintos poderes, conlleva a que cada órgano supremo de los poderes legislativo y ejecutivo, desconcentrados bajo un criterio político funcional, goce de una autonomía otorgada constitucionalmente como centros de imputación normativa. Empero, la autonomía no es un atributo que le permita a los órganos superiores de los poderes ejercer sus competencias con absoluta discrecionalidad, por lo que el ejercicio de sus competencias respectivas estará limitado por la existencia de controles contemplados para las dos situaciones siguientes: 1) En el ejercicio lícito de competencias, los órganos superiores de los poderes las ejecutan con autonomía, aunque sometido dicho ejercicio a controles exclusivamente de oportunidad y de conveniencia. Si bien el órgano al ejercer su competencia no comete ningún ilícito, sin embargo, para que el acto o acción resultante sea válido requiere que otro órgano evalúe –controle– su conveniencia u oportunidad. En el caso de que la evaluación sea negativa, el acto o acción es impedido, extinguido, diferido o modificado. 2) En el ejercicio ilícito de competencias. En este caso, si bien los órganos superiores de los poderes ejecutan discrecionalmente competencias, empero, debido a la existencia de supuestos de hecho previstos expresamente por los ordenamientos jurídicos como inaceptables, tales como la usurpación

de funciones, la desviación de poder o el abuso de poder, ese ejercicio ilícito será bloqueado por controles provenientes de otros órganos que subsanarán el vicio o el ejercicio irregular de competencias. De esta manera, mediante una distribución competencial de rango constitucional, se concreta la separación de poderes bajo un criterio orgánico-funcional que da lugar a las estructuras de los sistemas de gobierno. Así, el gobierno se estructura en un eje horizontal de distribución de funciones atribuidas a órganos estatales desconcentrados y, a la vez, coordinados, sometidos a un sistema de equilibrio de poderes que se controlan mutuamente.

En la acepción *stricto sensu*, los sistemas de gobierno únicamente abarcan a los poderes legislativo y ejecutivo, cuya naturaleza y función se consideran de racionalidad fundamentalmente política y, por tanto, excluyendo al poder judicial, al que se le atribuye una racionalidad más bien tecno-jurídica. Dependiendo de los diseños orgánico-funcionales que estructuran los sistemas de gobierno, y de las consecuentes relaciones bidireccionales de poder se da origen a los distintos tipos de sistema de gobierno, como lo serían los paradigmáticos presidencial y parlamentario, y sus intermedios, conocidos como mixtos, híbridos o de fases alternas.

Ahora bien, la referencia clásica de sistemas de gobierno *stricto sensu*, y toda tipología hasta hoy elaborada, se sustenta en la dicotomía entre los dos sistemas de gobierno paradigmáticos, el parlamentario y el presidencial, a la que se encuentra anclado el debate en América Latina. Lo que lamentablemente constituye una limitación de origen en el debate, reduciendo el margen de análisis de la relación entre los sistemas de gobierno y la gobernabilidad democrática y restringiendo la consideración de alternativas no contempladas por dicha dicotomía. La diferencia entre los sistemas de gobierno presidencial y parlamentario puede sintetizarse en los elementos siguientes.

a) En cuanto a las jefaturas de Estado y de gobierno.

En el sistema parlamentario existe una separación entre las funciones de jefatura de Estado, que están atribuidas a un rey si es un Estado monárquico –España– o a un presidente si se trata de uno republicano –Portugal–, y las funciones de jefatura de gobierno, que están asignadas a lo que genéricamente se llama primer ministro, como en Portugal, y que en España recibe el nombre de presidente del gobierno. En el presidencialismo, las funciones de jefatura de Estado y de gobierno recaen en el mismo cargo o autoridad: el presidente.

b) En cuanto al origen de la legitimidad del Parlamento y del Ejecutivo.

En el sistema parlamentario, el pueblo elige democráticamente a los integrantes del parlamento y el jefe de Estado le solicita normalmente al líder de la primera mayoría parlamentaria que forme gobierno; éste, para ser jefe de gobierno –primer ministro o presidente del gobierno–, requiere un voto de confianza del parlamento. El resultado es que el parlamento posee una legitimidad de origen directa por votación popular, mientras que el poder ejecutivo tiene una legitimación derivada de la del parlamento y, por lo tanto, indirecta. En cambio, en el sistema presidencial, tanto los parlamentarios como el presidente son electos por el voto popular, de allí que tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo poseen legitimidad de origen directa y propia.

- c) En cuanto al modo de la separación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo.

En el sistema parlamentario, el primer ministro o jefe del gobierno y los ministros pueden y suelen ser también parlamentarios, sin perder esta condición –separación relativa de funciones–. Por el contrario, en el sistema presidencial, los ministros, el presidente y cualquiera que ocupe otro cargo ejecutivo no puede seguir siendo parlamentario –separación radical de funciones–.

- d) En cuanto al control político del Parlamento sobre el Ejecutivo.

En el sistema parlamentario, el primer ministro o jefe del gobierno para asumir el cargo suele requerir de un voto de confianza del parlamento y puede ser destituido por la aprobación de un voto parlamentario de censura. Ambos procedimientos son rutinarios. En el sistema presidencial, el presidente no requiere de voto de confianza del parlamento y su destitución del cargo suele ser un complejo y extraordinario procedimiento de juicio político, que no depende exclusivamente del parlamento.

- e) En cuanto al signo político de los poderes según el resultado electoral.

En el sistema parlamentario ambos poderes siempre estarán conducidos por el mismo partido o alianza de partidos. En el sistema presidencial, dado que el presidente y los parlamentarios son electos directamente por el voto popular, puede darse el caso de que la mayoría del parlamento sea de un partido, o alianza de partidos, distintos al sector político del presidente.

Bajo los anteriores criterios diferenciadores, de acuerdo a cómo se da la legitimación y conformación de los órganos legislativos y ejecutivos, y a cómo se relacionan entre sí, en el Derecho Constitucional se han formulado las distintas tipologías, de las que se han desprendido clases de sistema de gobierno –*stricto sensu*– bajo los calificativos de: presidenciales, parlamentarios, mixtos o híbridos, y de fases alternas. Tipos de sistemas de gobierno que en algunos casos pueden ser imprecisos al tratar de catalogar a los sistemas latinoamericanos.

En la especificidad de América Latina, el debate enfocado en la dicotomía: presidencialismo vs. parlamentarismo se originó a finales de la década de los 80 y se desarrolló con fuerza en los 90's del siglo pasado, perviviendo hasta nuestros días gracias a una cadena de hechos en la región que ha mantenido encendida la hoguera de la disputa, tales como: el golpe de Estado del 28 de junio de 2009 contra el Presidente Manuel Zelaya de Honduras, después del impasse con el parlamento sobre la convocatoria presidencial a un referendo para que una asamblea constituyente modificara el orden constitucional hondureño; en Bolivia, el desacato del Presidente Evo Morales al referendo popular del 21 de diciembre de 2016 que ratificó la imposibilidad constitucional de que se presentara nuevamente como candidato a la presidencia para un nuevo mandato; el proceso de continua acumulación inconstitucional de poder fáctico del Presidente Nicolás Maduro en Venezuela, que se desencadenó a partir de que la oposición ganara las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015 y lo confrontara; las constantes crisis políticas peruanas por sucesivos intentos de juicios parlamentarios de destitución, primero contra el Presidente Pedro Pablo Kuczynski, quien al final dimitió, y luego sobre el actual Presidente Martín Vizcarra, aún en el cargo; la tensión existente en México entre el Presidente Manuel López Obrador y el Congreso mexicano; así como el reciente referendo que el cercano 25 de octubre ha decidido en Chile

sustituir la autoritaria Constitución impuesta por el tirano Augusto Pinochet. Es un debate inacabado en constante desarrollo que amenaza con prolongarse mucho más en el tiempo.

II. El debate: presidencialismo vs. parlamentarismo en América latina

1. ¿Qué se discute en el debate parlamentarismo vs. presidencialismo?³

El debate en América Latina se inició por una fuerte crítica al sistema de gobierno presidencial, al que se le atribuyó ser el causante de la ingobernabilidad⁴ en la región, y que evidentemente se refiere a la ingobernabilidad/gobernabilidad de los sistemas políticos democráticos, ya que hacerlo sobre la de los regímenes no democráticos no tiene ninguna importancia para el constitucionalismo. El asunto que convocaba al debate, el que causaba ansiedad intelectual, era el de la ingobernabilidad democrática, la dificultad de gobernar en un deseado ambiente de paz, de pluralidad social y de libertades políticas, orientado por los valores de equidad y justicia. Ingobernabilidad que se asociaba a una incapacidad de los gobiernos presidenciales para dar respuestas oportunas y adecuadas a las demandas de la población en el contexto del momento –así como en el actual–, debilitándolos, al tiempo que incluso puso en peligro la viabilidad del Estado-nación. Es en este contexto que, desde hace tiempo, en unos momentos con más intensidad que otros, se discute en los predios académicos y políticos de América Latina la implicación del sistema de gobierno presidencial en la inestabilidad de la democracia.

-
- 3 En el presente trabajo se toman los análisis de Juan Linz (1988) y de Dieter Nohlen (1992) para exponer los contenidos del debate presidencialismo vs. parlamentarismo en América Latina, que se desarrolló al final de la década de los 80 y durante la de los 90 del siglo pasado, ya que el debate se sigue soportando básicamente en los mismos términos expresados por dichos autores a pesar del transcurso de más de veinte años, y la mayoría de sus argumentos siguen siendo los blandidos en la actualidad. Han cambiado algunos matices y se han añadido algunos giros en las perspectivas con que se aborda la problemática del presidencialismo, como los contenidos en este artículo, pero el sustrato fundamental del debate sigue siendo el mismo.
- 4 El término gobernabilidad es utilizado por primera vez por Michel Crozier, Sam Huntington y Joji Watanuki (1975) refiriéndose a si la democracia de su tiempo era o no viable como forma de gobierno, esto es, asociada a la crisis de la democracia. Se comenzó a utilizar en América Latina, a mediados de la década de los 80 del siglo pasado, como el necesario direccionamiento y control del liderazgo político-institucional sobre el cambio social para dirigir procesos transformadores de la realidad preservando y fortaleciendo, a la vez, el régimen democrático. En la actualidad también se utiliza para expresar dicho concepto la locución gobernanza, lo que convierte ambos vocablos en una sinonimia, pero algunos autores los utilizan para diferenciar contenidos conceptuales distintos o para diferenciar perspectivas sobre mismo fenómeno político-constitucional. Por ejemplo, Aguilar Villanueva (2016: 34) señala, en vinculación con la crisis de la democracia, que “Gobernabilidad e ingobernabilidad tienen una denotación general, cuando refieren respectivamente a la probabilidad de que las acciones del gobierno tengan como efecto una razonable conducción y ordenamiento de la sociedad en su conjunto o, en sentido contrario, una conducción deficiente y errónea, con el resultado de que se tendrán respectivamente efectos de estabilidad o de conflicto, de prosperidad o de estancamiento, de orden o de descomposición social”. Mientras que para este mismo autor (54-59) la gobernanza no se refiere a la crisis de la democracia, sino más bien a la acción de gobernar en democracia. “La gobernanza, en el sentido general y básico de proceso de gobernar o acción de gobernar...”. Es el “el proceso de gobernar del gobernante legítimo” en “la democracia como forma de gobierno que acredita ser realmente eficaz al tratar los asuntos inquietantes de una sociedad”.

En esa discusión el precursor ha sido Juan J. Linz (1988), quien comenzó argumentando contra el sistema presidencial de gobierno, al que calificó de incorporar principios y supuestos contradictorios que conducen a la inestabilidad de la democracia, y promovió su sustitución con la adopción de sistemas parlamentarios, señalando que “el desempeño histórico superior de las democracias parlamentarias no es accidental”. Con lo que cabría suponer que, al adoptarse estructuras orgánico-funcionales presidenciales, el gobierno en América Latina se desvinculó del propósito último de la separación de poderes en los regímenes democráticos, la limitación del poder del gobernante como garantía de la libertad del ciudadano.

Linz postuló que el presidencialismo en sí mismo es inconveniente, porque contiene perversiones congénitas que inevitablemente causan la inestabilidad política y el consecuente debilitamiento de la democracia como régimen. Para Linz el diseño institucional era la causa directa y exclusiva de la ingobernabilidad democrática en la región.

Ante los argumentos críticos de Linz contra el sistema presidencial, Dieter Nohlen (1991) replanteó el debate, interrogándose qué se está discutiendo al evaluar la influencia del presidencialismo sobre la estabilidad, éxito o fracaso de la democracia en América Latina, estableciendo que la diatriba se refería en propiedad a la “relación entre instituciones políticas y rendimiento político”. Esto es, se debatía sobre cuál era la incidencia de la variable institucional sobre el resultado político, entendiéndose como su influencia sobre la efectividad de los gobiernos, y la consecuente legitimidad de éstos, que derivaría por último en un mayor o menor apego de las poblaciones a las instituciones democráticas.

Bajo esos parámetros metodológicos de análisis propuestos por Nohlen, Linz estaba sosteniendo que los diseños constitucionales de los sistemas de gobierno, en su crítica al diseño presidencialista, conformaban una variable independiente, entendiéndose, una variable que por sí sola causaba el debilitamiento de la democracia. A lo que Nohlen advierte que la cultura de América Latina y las relaciones de poder que subyacen en ella, así como su realidad económica y social, eran tan causantes de las recurrentes crisis de la democracia latinoamericana como la variable institucional. Con esa advertencia, en oposición a Linz, Nohlen consideró que los diseños de los sistemas de gobierno constituían un variable institucional dependiente, vale decir, que para causar un resultado político el presidencialismo tenía que estar asociado a otras variables, fueran éstas relaciones económicas y sociales o fenómenos políticos preinstitucionales. Lo que muestra que en el marco del debate se desarrollaba una confrontación entre el viejo institucionalismo –clásico–, representado por Linz, y uno renovado –el neoinstitucionalismo–, que enarbolaba Nohlen.

Ahora bien, desde la perspectiva del constitucionalismo como pensamiento político, la síntesis del debate entre Linz y Nohlen se puede resumir alrededor los tres problemas siguientes: 1) Si el diseño constitucional de los sistemas presidenciales por sí solo puede ser el causante de la ingobernabilidad democrática. 2) Si producto del diseño constitucional la autoridad presidencial siempre derivará en el ejercicio de un poder excesivo, sin limitación, y consecuentemente arbitrario y autoritario. 3) Si producto del diseño constitucional, que prevé la elección separada del presidente y de los parlamentarios, al quedar integrado el legislativo con una mayoría política distinta y contraria al sector que controla el ejecutivo, siempre conducirá a una fuerte confrontación interpoderes irresoluble.

La anterior problematización permitirá exponer a continuación los argumentos contrapuestos hasta nuestros días sobre el comportamiento del sistema de gobierno presidencial en América Latina.

2. El asunto del poder en los sistemas de gobierno presidenciales

Muchos de los estudios sobre los problemas derivados del diseño de los sistemas de gobierno presidenciales en América Latina consisten en lecturas analíticas de los textos constitucionales que concluyen en una supuesta y desmesurada acumulación de “poder” en la rama ejecutiva de los Estados y, dentro de ellas, en los presidentes. Concentración que se supone puede llegar a ser arbitraria por la imprevisión normativa de suficientes y efectivos controles inter e intra poderes sobre la actuación presidencial.

En dichos estudios se suele abordar el presidencialismo desde una perspectiva exclusivamente normativa y abstracta, por lo que es muy común que se confunda la noción de “poder” con la de “potestad o competencia jurídica”, se podría decir que trastocan *potestas* en *auctoritas* y éste en fuerza, vale decir, que le confieren equivocadamente a las “competencias jurídicas” otorgadas al poder ejecutivo la existencia real de “poder”, entendido éste como la capacidad cierta de incidir sin obstáculos sobre el ámbito de lo público y de imponerse sobre los otros actores implicados en los procesos de formación de la política, modificando la realidad en el sentido deseado. Bajo esta lógica normativa y abstracta, se entiende que al contar los presidentes con numerosísimas facultades jurídicas atribuidas por las constituciones y las leyes poseen en consecuencia una gran capacidad de decisión y de ejecución, que por sí les permiten modificar la realidad sin mayores limitaciones. De esta manera, las aproximaciones normativas al estudio del presidencialismo tienden a desdibujar la naturaleza y dimensiones del problema, presentándolo simplemente como una excesiva concentración de poder en manos de los presidentes que, por lo tanto, habría que reducir o limitar⁵.

Sin embargo, la realidad de América Latina mostró por décadas una conclusión contraria, esto es, la paulatina disminución del poder de los presidentes. En efecto, al observar con detenimiento el desempeño de muchos ejecutivos de América Latina, se puede apreciar que sufrieron de una gran debilidad para responder a las exigencias del entorno, siendo incapaces de dar una adecuada y oportuna respuesta a los requerimientos del momento y a las demandas societarias. Ese debilitamiento de la institución presidencial para incidir efectivamente sobre la realidad sitúa el problema en otra dimensión, de naturaleza no constitucional⁶.

Para evaluar la situación del poder efectivo de que dispone el poder ejecutivo para intervenir exitosamente en la realidad, es preciso que se confronte con algunos tipos de recursos de poder, sobre los que pueden actuar distintos componentes de fortalecimiento o debilitamiento de la institución presidencial en América Latina. Estos recursos de poder pueden comprender: 1) El mayor o menor apoyo político al ejecutivo, entendido tanto por el apoyo popular como por el respaldo del poder legislativo. 2) La disponibilidad de recursos presupuestarios por el ejecutivo para hacer efectivo el programa de gobierno. 3) El acceso del ejecutivo a la información y conocimiento de los problemas de interés público y su capacidad de análisis. 4) La disponibilidad efectiva del uso legítimo de la fuerza

5 Es la típica distorsión de algunos análisis jurídicos que llegan a ver el “ser” en el “deber ser”. Si bien el análisis jurídico es importante, como se verá adelante, el presidencialismo tiene que ser estudiado desde una perspectiva transdisciplinaria que permita una visión integral y profunda de la complejidad que implica dicho fenómeno político-institucional en América Latina.

6 Un estudio de tipo integral que llega a esta nueva conclusión es el realizado por Álvarez, Fernández Toro y Quintin (1999) sobre el caso venezolano. Dicho trabajo analiza cómo el cambio en los recursos de poder que disponían los distintos gobiernos venezolanos fueron empeorando las condiciones para gobernar y disminuyendo las posibilidades reales de las presidencias para incidir significativamente sobre la realidad.

a través de los dispositivos policiales y militares, a ser usada como respaldo de la acción del ejecutivo. 5) La ascendencia sobre la opinión pública, que se expresa en la capacidad comunicacional del ejecutivo para convencer a los diversos sectores sociales de la conveniencia de sus políticas y de la necesidad de apoyar sus acciones; y la apariencia que muestra el ejecutivo de poseer poder real.

Mas, sin embargo, un examen comparativo de los recursos de poder de los ejecutivos latinoamericanas durante las últimas dos décadas del siglo XX, en cuanto a la disposición o no de dichos recursos de poder, sin duda puede mostrar que la institución presidencial en América Latina era en muchos países muy débil. Con ello, en cuanto al efecto de los sistemas de gobierno presidenciales, se desmentía la conclusión de que la ingobernabilidad era causada por un determinado diseño constitucional que generaba una presidencia extremadamente fuerte y autoritaria. Por el contrario, a pesar de la gran cantidad de competencias jurídicas otorgadas por el ordenamiento jurídico al poder ejecutivo, éste se encontraba imposibilitado de gobernar efectiva y exitosamente.

Mientras que, por el contrario, durante las dos primeras décadas del siglo XXI la capacidad de gobierno de muchos ejecutivos latinoamericanos se incrementó notablemente, adquiriendo un poder efectivo soportado en mayores recursos financieros, un gran respaldo político –popular y parlamentario–, el dominio de los dispositivos para el uso de la fuerza y el apoyo del sistema de justicia, como es evidente que este cambio de las condiciones para gobernar se produjo, entre otros países, en Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador y Venezuela. Aunque esa adquisición de una mayor capacidad de los ejecutivos latinoamericanos para gobernar se logró, en algunos de los casos nacionales, afectando negativamente varios de los supuestos del buen gobierno democrático de la modernidad, tales como, la separación de poderes, en particular la necesaria autonomía del poder judicial, el apego del Estado al derecho, el respeto de las libertades políticas y demás DDHH, así como la pulcritud en el manejo de los recursos del Estado. En verdad, la acumulación de poder efectivo en las presidencias desbarató en varios Estados de la región los diseños constitucionales de separación de poderes y generó al final de las dos últimas décadas otro tipo de problemas. Paradójicamente, varios Estados latinoamericanos comenzaron a adolecer de una alta concentración de poder en la presidencia, pero no por la gran disposición de competencias jurídicas de las que se los acusó en las décadas de los 80 y 90 del siglo pasado, sino por precisamente no respetar las limitaciones que conlleva el ejercicio legítimo de las competencias atribuidas por el ordenamiento constitucional a los órganos y autoridades del Estado, y por la inutilización del sistema de controles que supone la separación de poderes. Ahora sí era cierto que en varios casos nacionales se había perdido el equilibrio entre los poderes con el predominio y supremacía del ejecutivo, derivando en comportamientos presidenciales de tendencia autoritaria, cuando no abiertamente despóticos, que también ha causado a la postre el debilitamiento de la gobernabilidad democrática en sociedades latinoamericanas.

En otro orden de ideas, y no por ello menos importante, además del efecto negativo sobre la gobernabilidad democrática, ya sea por la debilidad de que puede adolecer una presidencia para gobernar, o por el extremo contrario, debido a una concentración de poder efectivo en la presidencia que por falta de medios efectivos de limitación deriva en algún tipo de gobierno de fuerza extraconstitucional, también existen otros factores que inciden negativamente sobre la gobernabilidad democrática, y que deben ser tomados en cuenta como posibles coadyuvantes de las posibles distorsiones institucionales del

presidencialismo latinoamericano⁷, entre los que se pueden mencionar de manera sintética: 1) El crecimiento del ámbito de lo público, debido a varios motivos, entre los que se pueden mencionar: la aparición de nuevos fenómenos sociales, políticos, ambientales y tecnológicos. 2) La mayor complejidad de los temas públicos debido al señalado desarrollo tecnocientífico, entre otras causas, que requieren un tratamiento técnico además del estrictamente político. 3) El fenómeno de aceleración de la historia, que consiste en que los lapsos durante los que se gestan y concretan los grandes cambios societarios se han venido reduciendo cada vez más. 4) La aparición de nuevas formas de organización social que compiten con el Estado –además de los partidos políticos, sindicatos, grupos empresariales e iglesias, están proliferando entidades internacionales multilaterales de naturaleza pública y organizaciones privadas transnacionales, así como se multiplican organizaciones de la sociedad que defienden comunidades o intereses difusos–. 5) La cesión de poder de los gobiernos nacionales por la redistribución territorial del poder público: la descentralización –hacia instancias subnacionales– y la integración –hacia instancias supranacionales–.

Los cinco factores antes mencionados obligan a que los ejecutivos actúen en más asuntos, que son más complejos, que deben ser atendidos con mayor rapidez, para lo cual deberán consensuar con una gran cantidad de actores, y que se decidirán y ejecutarán en estructuras públicas descentralizadas sub y supranacionales. Un ejemplo actual de esta complejidad lo es el extraordinario reto que la pandemia del COVID-19 le está ofreciendo a los Estados a nivel mundial, y en especial a los poderes ejecutivos en América Latina.

Ahora bien, regresando a la hipótesis de que la causa de la ingobernabilidad democrática se deba exclusivamente a un inadecuado diseño constitucional de los sistemas de gobierno presidenciales, evidentemente la solución se encontraría en un proceso constituyente, por medio del cual podrían seguirse dos alternativas: 1) Reducirle las competencias jurídicas a los ejecutivos o limitárselas con la imposición de adicionales y mayores controles de los poderes legislativos y judiciales, para que vigilen y redireccionen mejor la actividad de los ejecutivos. 2) Una reforma constitucional más profunda, por la que se sustituyera el sistema de gobierno presidencial por uno parlamentario.

Sin embargo, una reforma constitucional que establezca un sistema de gobierno parlamentario se enfrenta a otro fenómeno generalizado en la actualidad: un cierto desprestigio de los parlamentos, que sufren en muchos de los casos de una carencia de representatividad y la consecuente disminución de su legitimidad, lo que conduciría a la suma de dos posibles poderes debilitados que no necesariamente resolverían el problema de la ingobernabilidad democrática. Por ello el riesgo de adoptar el parlamentarismo en América Latina sería que, lejos de solucionar el problema de gobernabilidad democrática, incluso, podría agravarlo.

3. Sobre la condición congénita de los sistemas de gobierno

Otra afirmación que requiere ser analizada es la supuesta superioridad congénita del parlamentarismo sobre el presidencialismo, como lo sostiene Linz,

7 Si bien aquí se establecen algunos factores que están influyendo sobre el rendimiento de los gobiernos, debemos advertir que su impacto negativo puede afectar a cualquier tipo de gobierno, sea de tipo presidencialista o bien parlamentario. Constituyendo factores que generan un desempeño deficiente y un rendimiento desfavorable de los gobiernos en general.

para garantizar una gobernabilidad democrática suficiente. Aseveración que, en primer lugar, desconoce que los sistemas de gobierno no son presidenciales o parlamentarios puros, y que hay ejemplos en los que existen sistemas de gobierno que son mixtos, o híbridos, o de fases alternas. En propiedad, esta propuesta soportada en la dicotomía que comprende únicamente dos paradigmas: el parlamentarismo y el presidencialismo, está partiendo de una tipología reduccionista de los diseños de sistema de gobierno existentes. En efecto, salvo el antiguo parlamentarismo inglés y el tradicional presidencialismo estadounidense, todos los demás países cuentan con diseños de sistemas de gobierno que se diferencian de una u otra manera a esos dos casos paradigmáticos. No sólo porque se pueden encontrar en un punto más o menos intermedio entre ambos, sino porque, además, suelen contar con instituciones que en nada se parecen a los mencionados “modelos”⁸.

En cualquier caso, el señalar que cada uno de estos modelos de sistema de gobierno tiene ventajas o perjuicios para la gobernabilidad que le son congénitos es una tesis osada no comprobada en los estudios comparados. Mientras Linz indica que el parlamentarismo es mejor que el presidencialismo porque resuelve las crisis políticas, Nohlen acierta al señalar que no se puede comparar el presidencialismo latinoamericano con el parlamentarismo europeo sin cometer un error metodológico. Vale decir, se debería comparar el presidencialismo latinoamericano con el parlamentarismo latinoamericano, así como el parlamentarismo europeo con el presidencialismo europeo. Comparar cada uno de los dos modelos constitucionales de sistemas de gobierno en el mismo contexto y no en entornos distintos o en abstracto. En definitiva, que tanta importancia como la puede poseer el diseño normativo del sistema de gobierno presidencial, la tiene también la propia región latinoamericana con su historia y su cultura como variables que inciden sobre la gobernabilidad de las democracias. Además de mencionar las tradicionales relaciones de poder y de distribución de la riqueza como otros factores a ser tomados en cuenta. Por último, recuérdese lo señalado en el apartado anterior, en cuanto a que la ausencia de recursos de poder para gobernar igualmente afectaría al ejecutivo en un sistema de gobierno parlamentario.

III. Un abordaje integral del presidencialismo en América Latina

En otro orden de ideas, tanto los análisis que ubican las causas de la ingobernabilidad democrática exclusivamente en los diseños constitucionales de los sistemas de gobierno presidenciales, como los que, por el contrario, las encuentran solo en la carencia de recursos de poder de los ejecutivos, no alcanzan a comprender la complejidad de las condiciones que la originan, conduciendo a equívocos en las propuestas para su solución. Por ello es preciso definir el fenómeno del presidencialismo, el cual puede denotar dos perspectivas distintas, pero vinculadas entre sí, ambas de importancia para el constitucionalismo:

- Una, la más común, se corresponde a un *diseño de sistema de gobierno* con una particular distribución de funciones y su correspondiente separación

8 En América Latina están como ejemplos los casos de Argentina, Perú y Venezuela, en los que sistemas presidenciales contienen instituciones típicas de los sistemas parlamentarios, por lo que se podrían tipificar como sistemas mixtos o híbridos. Más en el caso de Venezuela, que su sistema de gobierno podría comportarse en determinadas coyunturas políticas como un sistema de gobierno muy parecido al de Francia de la cohabitación (Fernández Toro, 2001).

orgánica –la ingeniería constitucional–. Es la perspectiva tradicional.

- La otra, implica más bien una *cultura en la relación entre el Estado y la sociedad*, comprendiendo un modo de ejercer el gobierno por quienes lo detentan y una expectativa de la población sobre la actuación del mismo. Es una cultura que soporta a una determinada relación de poder entre la institucionalidad del Estado expresada por el sistema presidencialista y los actores del entorno. Esta forma de ejercicio del poder del Estado convierte al presidente en una figura clave del sistema político y en actor fundamental para la gobernabilidad. Así el presidencialismo surge como una dimensión cultural que condiciona el comportamiento de los ciudadanos, de las élites y de la propia burocracia del Estado en el proceso político.

Ambas facetas del presidencialismo se encuentran entrelazadas, y estas dimensiones del fenómeno se retroalimentan mutuamente.

Ahora bien, como relación de poder entre los gobiernos –en *stricto sensu*: legislativo y ejecutivo– y los gobernados, hace referencia a los mecanismos de intermediación y representación de los sistemas políticos, el presidencialismo es una de las instrumentaciones de legitimación y eficacia del proceso de formación de la política. Vale decir, que hay una estrecha relación entre el comportamiento efectivo de los sistemas de gobierno presidenciales y los mecanismos y modos concretos que se adoptan para ejercer la forma de gobierno democrática. Por ello es que André Hariú (1980) al comentar el presidencialismo latinoamericano llegó a denominarlo como “presidencialismo autoritario teñido de populismo”. Resultando que el diseño constitucional de los sistemas de gobierno, su funcionamiento fáctico y la viabilidad de los sistemas políticos latinoamericanos democráticos son inseparables e inciden entre sí.

Se debe recordar, nuevamente, que el óptimo funcionamiento de los sistemas de gobierno y su relación con la gobernabilidad democrática depende también del buen gobierno, como lo expresa Nohlen (1991) al indicar que “la consolidación democrática y su éxito, excede los límites de la institucionalidad y tiene que ver con la eficiencia del gobierno”.

En definitiva, bajo un enfoque transdisciplinario se puede obtener una visión más integral del fenómeno en estudio, se puede comprender que los diseños constitucionales de los sistemas de gobierno presidenciales, son efectivamente una variable dependiente, que debe seguir estudiando y que puede aportar soluciones en conjugación con otros factores que también influyen en la ingobernabilidad de la democracia en la región.

Como efecto de los cambios en los recursos de poder de las presidencias y de los nuevos factores que deben enfrentar los gobiernos en la actualidad, los sistemas de gobierno presidenciales de América Latina se encuentran sufriendo problemas que se pueden reunir en tres grupos de naturaleza distinta, a saber:

1. Problemas cuyo origen es el diseño institucional del sistema de gobierno presidencial

Desde una perspectiva exclusivamente normativa –análisis de lo previsto constitucionalmente sobre la estructura orgánico funcional del sistema de gobierno presidencial–, se exponen los tres principales problemas que puede considerarse que derivan de los diseños constitucionales en América Latina:

- a) La mayoría de los sistemas de gobierno presidenciales no promueven en todos los escenarios políticos la colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo.

Una crítica general al presidencialismo, la más sólida, se refiere a la legitimación democrática que por separado obtiene tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo, dado que los integrantes de ambos poderes son electos de manera directa por el pueblo. Con ello un resultado electoral bastante común es que el presidente resulte de un sector político y el parlamento lo sea de otro, lo que puede conllevar a una situación de permanente enfrentamiento o, a lo menos, de indiferencia política con ausencia de colaboración. En todo caso, la crítica en América Latina es que los diseños del sistema de gobierno presidencial no han servido para promover, en distintas coyunturas políticas, la colaboración entre los poderes mediante la negociación entre el ejecutivo y la oposición, para que las acciones gubernamentales fueran compartidas. Esto no significa que no existieran casos de colaboracionismo de la oposición con el ejecutivo, pero dicha colaboración por acuerdos o compromisos no se derivaron del diseño institucional sino de la simple y pura voluntad política de las partes por conveniencia mutua, esto es, de una cultura democrática con “visión de Estado”. La crítica lo que trata de resaltar es la necesidad de que los diseños institucionales de un sistema de gobierno siempre debería promover la negociación política entre el ejecutivo y la oposición, y evitar el obstruccionismo parlamentario o los ejecutivos aislados institucionalmente. El detalle es que los incentivos para la colaboración ejecutivo-oposición suelen ser de carácter estrictamente político, difícilmente previsible constitucionalmente.

- b) Las crisis de gobierno derivadas de los conflictos entre los poderes legislativo y ejecutivo no tienen salidas institucionales democráticas.

La segunda crítica se refiere a que las constituciones no prevén mecanismos institucionales para resolver por la vía democrática las crisis de gobierno cuando los poderes ejecutivo y legislativo se enfrentaban definitivamente y se neutralizaban o dañaban mutuamente hasta provocar la parálisis institucional del Estado, incluso socavando la estabilidad de todo el sistema político. Y en efecto, se puede advertir que los períodos constitucionales rígidos de los poderes, de cuatro, cinco o seis años, y la inexistencia de mecanismos para el adelanto de las elecciones hace que el enfrentamiento político y el mutuo obstruccionismo institucional alarguen por años las crisis político-institucionales o, en otros términos, empantanen las relaciones entre los poderes y, en particular, entre el ejecutivo y la oposición. Muchas de las veces el *impeachment* o los juicios de destitución del presidente han agravado las crisis. La solución propuesta es la adopción de los referendos populares revocatorios del mandato presidencial y la convocatoria anticipada de elecciones parlamentarias, pero en el caso venezolano que se ha puesto en práctica el referendo revocatorio después de la mitad del período presidencial, este mecanismo democrático ha sido impedido desde el ejecutivo inhabilitando esta salida institucional, pacífica y democrática.

- c) La concentración de las funciones de la jefatura de Estado y de la jefatura de gobierno –ejecutivo nacional– puede hacer ineficiente e ineficaz la acción gubernamental.

Se critica que la concentración de las jefaturas del Estado y del gobierno en una sola autoridad: el presidente, originan múltiples consecuencias negativas. Una primera es, la confusión entre las denominadas políticas de Estado y políticas de gobierno. La unidad de las jefaturas en una única autoridad

lleva a confundir los roles que se derivan de cada una, conduciendo a que las políticas de Estado, correspondientes a los desiderátums fundamentales y de largo aliento de la nación cedan en favor de coyunturales políticas gubernamentales que son de impacto político inmediato y responden a intereses concretos.

Otra consecuencia es que los presidentes no pueden atender al mismo tiempo, con eficiencia y eficacia, las obligaciones que se derivan de ambas jefaturas. Más cuando la concentración de las jefaturas en los presidentes fuerza a que en ellos recaiga un sin número de actividades en ámbitos de materia muy disímil, y de complejidad, importancia y urgencia desigual, a pesar de que en el ejercicio que se deriva de cada una de las jefaturas el llamado fenómeno de aceleración de la historia exige tomar más decisiones en menos tiempo y bajo condiciones en las que se dispone de escasa información.

En tercer lugar, se puede decir que la confusión de las jefaturas del Estado y del gobierno –ejecutivo nacional– ha podido desnaturalizar el principio de división del poder como una garantía a la libertad y como racionalidad organizativa de la especialización de las funciones del Estado. En efecto, muchos autores han sostenido que los diseños constitucionales en América Latina obligaban una acumulación de poder institucional en el presidente que conduce el comportamiento institucional de esta figura hacia la prepotencia institucional, la irresponsabilidad política del titular del cargo y, en definitiva, que impide se ejerza un control efectivo por parte de los otros poderes, desvirtuando el sentido de las distribuciones funcional –horizontal– y territorial –vertical– del poder público y el complejo sistema de controles y equilibrios que se establecieron precisamente para evitar dicha concentración.

2. Problemas cuyo origen se encuentra ubicado en la cultura social y en la praxis política

Ahora bien, hay problemas que no tienen su origen en el diseño constitucional de los sistemas de gobierno presidencial, y su causa es más bien una variable de naturaleza subjetiva, individual o colectiva, como lo son: la conducta del titular de la presidencia, que determina finalmente la apreciación que se tiene colectivamente sobre el ejercicio del gobierno; y, la cultura social y la praxis de los actores políticos que hace en sus relaciones con la presidencia una referencia de poder, a la que los sectores y agentes políticos o sociales le confieren importancia y con la que desean relacionarse para obtener determinados beneficios. Esos problemas serían:

- a) El sistema político puede ver afectada su legitimidad por el desempeño inadecuado de una sola autoridad: el presidente.

La confusión presidente-Estado y su impacto sobre el régimen democrático. Si el sistema presidencial puro, o cualquier modalidad atenuada, sea por su diseño normativo o por la praxis política, propende a que el presidente desarrolle un exacerbado protagonismo político-institucional, y si a ello se le agrega que las sociedades latinoamericanas se rigen más por las relaciones personales que por las institucionales –subjetivación de la política–, se tendrá una cultura y dinámicas políticas e institucionales orientadas bajo el signo del personalismo. De allí que el resultado político de la acción de gobierno dependan en exceso de la actitud y aptitud de la persona titular

de la presidencia, de su hiperliderazgo. Además, como se señalará adelante, si al individualismo en la dinámica de trabajo de un ejecutivo, en sus formas y en sus contenidos, se le agrega un posible comportamiento caudillesco en su relación con la población, se obtendrá un cuadro en donde la personalidad y el desempeño individual del presidente, su hiperliderazgo, será una variable con mucho peso en el resultado del sistema político en su conjunto.

Dado que la vinculación de los presidentes con las políticas de los ejecutivos es muy estrecha y personal, al punto de que cualquier fracaso se percibe como una derrota del presidente, la estabilidad del sistema político puede en algunas coyunturas soportarse en demasía sobre el desempeño y la imagen del presidente. En consecuencia, cuando la gestión del presidente como jefe del ejecutivo nacional es valorada negativamente por la población, no sólo se desgasta y deteriora su figura como jefe de gobierno, sino que, por su indisoluble carácter unipersonal, también es afectada la jefatura del Estado, esto es, queda impactada negativamente la imagen de la máxima representación institucional del Estado democrático, deteriorando a su vez la propia percepción popular sobre el Estado. En otros términos, el mal desempeño del presidente como jefe del ejecutivo nacional puede llegar a deslegitimar al mismo tiempo a la autoridad máxima de todo el Estado, hasta desacreditarse no sólo una gestión de gobierno sino toda la acción del Estado.

Es evidente la necesidad de promover la objetivización de las políticas sectoriales despersonalizándolas de la figura presidencial, y para ello es necesario que la acción de los ejecutivos sea producto de una labor política más colectiva, a cargo de los gabinetes o consejos de ministros, otorgándole más protagonismo a estos órganos colegiados y a los ministros por separado. De otro lado, el rol del partido del presidente o de los partidos de una alianza presidencial, además de su función contralora de la gestión presidencial, debe ser también protagonista como un colectivo del que surgen las propuestas de políticas sectoriales.

- b) El desarrollo del caudillismo presidencial puede hacer autoritaria la acción de gobierno.

Desde una perspectiva cultural de las relaciones de poder, el caudillismo, como una un valor social y práctica política del ejercicio del poder, nace en América Latina durante el período histórico de la independencia, cuando el régimen colonial español es demolido y en su reemplazo la institucionalidad estatal da paso inicialmente a relaciones de poder no institucionalizadas, o estructuradas jerárquicamente bajo el poder militar de los ejércitos libertadores. El resultado fue el establecimiento de sociedades bajo una cultura autoritaria, a pesar que el proceso independentista y republicano de América Latina era alentado, entre otros factores, por ideales libertarios y democráticos. La permanencia de esta estructura de poder caudillesco condujo en muchos casos a que los diseños constitucionales de los sistemas de gobierno, que formalmente concentraron en el presidente una enorme cantidad de potestades jurídicas, potenciara el comportamiento autoritario de quien alcanza la presidencia, convirtiéndose en la persona con mayor poder en todo el Estado y la sociedad, al grado de que el ejercicio del cargo llegue a ser absolutamente arbitrario.

A pesar las garantías constitucionales a la autonomía de los poderes y de la previsión de medios de control sobre la presidencia, lo cierto es que ha sido difícil contener el poder político y social real desarrollado por los presidentes

en América Latina, y se ha frenado sólo cuando éste ha perdido de manera fáctica el liderazgo político social, esto es, cuando ha dejado de ser caudillo porque se debilitó en el proceso político, o porque el presidente se autolimitó al asumir un ejercicio moderado del poder. En todo caso y como se expuso arriba, el poder real del presidente no depende exclusivamente de las atribuciones jurídicas que la constitución y las leyes le hayan otorgado, sino más bien de los recursos de poder que maneje en el ejercicio del gobierno.

- c) El protagonismo presidencial exacerbado puede distorsionar cualquier sistema de responsabilización del desempeño.

Hoy se reconoce universalmente la obligación de toda autoridad pública de rendir cuentas de su gestión para ser evaluada y controlada, lo ha sido denominado en castellano como responsabilización –en adaptación de la locución inglesa *accountability*–. Así, la eficiencia, eficacia y efectividad de la acción del Estado debe ser evaluada política, social y técnicamente, para lo cual es necesario examinar la administración de recursos, la calidad de los productos y el impacto de los resultados institucionales, tanto por el desempeño institucional de los organismos estatales como por la gestión individual de sus autoridades y funcionarios. Esta evaluación tiene un componente técnico y otro político, dado que la evaluación no supone exclusivamente una validación institucional sino que también hay que determinar la opinión de la población en tanto que usuaria o beneficiaria de los servicios y bienes generados por la acción de gobierno. En cuanto a su propósito político, la evaluación de la gestión de los diversos componentes orgánicos del Estado supone afianzar medios democráticos que permitan hacer efectiva la llamada responsabilización de las autoridades por parte de los ciudadanos. Ahora bien, la actuación del presidente puede ser tan invasiva, tan omnipresente en todos los ámbitos públicos estatales que crea una percepción errónea en la gente de que él es, formal y realmente, la autoridad encargada de actuar, de alcanzar las metas de satisfacción social en todas las áreas, y con ello desvía la atención pública sobre las otras autoridades, funcionarios y unidades orgánicas del Estado que deben informar y dar cuenta de su gestión y ser evaluadas políticamente. En estas circunstancias, al ciudadano no le queda claro si un determinado problema que lo afecta, en el funcionamiento de un servicio o en la construcción de una obra corresponde a un gobernador, a un alcalde, a un ministro, o a un órgano legislativo o cualquier otra autoridad u organismo distinto al presidente.

El ilimitado protagonismo del presidente ocurre incluso en desmedro de una evaluación justa sobre su propia eficiencia, eficacia y efectividad, ya que es visto como la autoridad competente para todo y, en consecuencia, se lo encuentra responsable de todo. Así, la sobreestimación popular del alcance real del poder del presidente, debido a su tendencia a intervenir en todo, termina por revertirse en su contra. Por este motivo al presidente se le exige más de lo que realmente puede dar, y se distorsionan todos los sistemas de evaluación del desempeño institucional e individual en la gestión pública. Todo ello contrario a la regla básica que se debe seguir para el diseño de las estrategias dirigidas a incrementar la efectividad de la acción presidencial: eludir la tentación de que la presidencia sea envuelta en todos los asuntos públicos (Holbrooke, 1992), y también contraria a la recomendación de proteger a la presidencia de las presiones sociales, facilitando su concentración en una pequeña lista de esfuerzos principales (Kelman, 1992).

d) La impunidad presidencial.

La política en la cultura latinoamericana –con algunas excepciones nacionales– hace difícil que el rol institucional de los poderes y órganos del Estado, que ha sido previsto por los diseños constitucionales, se autonomice y se desarrolle por encima de los intereses particulares, sean estos individuales, de sectores sociales o partidistas. Por ello, en cuanto al control parlamentario sobre la presidencia, cuando la mayoría presidencial coincide con la mayoría del parlamento –sobre todo si es una mayoría unipartidista aplastante–, la separación entre poderes desaparece y el partido del ejecutivo sustituye al Estado (García-Pelayo, 1985: 57 y ss.), y garantiza la impunidad del presidente. De otra parte, en sistemas políticos con regímenes representativos en los que no hay controles populares directos sobre sus representantes que permitan establecer la responsabilidad política del presidente ante el pueblo –como por ejemplo lo suelen ser los plebiscitos y referendos revocatorios y consultivos⁹–, también se impone la impunidad presidencial.

Un medio de responsabilización del presidente es la posibilidad de que éste sea candidato a ser electo para un nuevo período. De ser electo nuevamente se lo estaría evaluando positivamente, mientras que si pierde la elección sería una sanción política contra su gestión. Este es un sistema de incentivos para un mejor esfuerzo presidencial, aunque posee dos posibles debilidades, la primera es que el presidente en ejercicio tienda a ser populista para ser nuevamente electo, lo que afectaría la idoneidad y calidad de las políticas sectoriales. La segunda es que la posibilidad de reelección presidencial, sin que se haya limitado el número de mandatos que un presidente podría ejercer de manera consecutiva, puede desarrollar pretensiones de continuismo personal que alienten ignorar la voluntad popular mediante el fraude democrático, como ha ocurrido en los casos de Venezuela y Bolivia.

3. Problemas cuyo origen se encuentra en la capacidad de gobierno

Al lado, y soportados en los problemas de diseño y de cultura y práctica política, aparecen los problemas de la conducción del ejecutivo cuya labor corresponde a la presidencia. Estos problemas son tanto los referidos a la actitud y aptitud gerencial del presidente y de su gabinete de ministros, como los de recursos y apoyo técnicos (Álvarez, Fernández Toro y Quintín, 1999). En general se puede encontrar en América Latina una disfuncionalidad de los llamados ministerios

9 Como excepción, el Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000) establece: "Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley. La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato".

de la secretaría de la presidencia o de cualquier oficina presidencial que con otro título se supone debería darle apoyo estratégico y logístico inmediato y exclusivo a la labor presidencial, en muchos casos debido a la desviación de su misión y carencia de recursos. De todas maneras, las fallas que se han detectado en toda América Latina (Dror, 1989; Matus, 1990), son las siguientes: 1) Sobrecarga cuantitativa de trabajo, que incluye muchas actividades rutinarias y rituales que ocupan gran parte del tiempo y energía del Presidente; sus agendas están siempre saturadas e invierten parte significativa de su tiempo en mantener su posición de liderazgo. 2) Sobrecarga cualitativa de trabajo, derivada de complejos problemas no bien estructurados y sin soporte adecuado de conocimientos, a lo cual contribuye la existencia de sistemas altamente centralizados de gobierno. 3) Sometimiento a fuertes tensiones situacionales, que crean peligrosas posibilidades de error en el manejo de decisiones en situaciones de crisis. 4) Limitaciones a la vida normal, como consecuencia de la protección cortesana que ejerce su entorno, que a su vez es una respuesta a las presiones por acceder al presidente. Dicha protección, si bien aparece como un control de puertas, termina por operar como un control de su mente, por lo que el presidente pierde parte de su capacidad de vivencia y percepción directa de la realidad. 5) Tendencia al mal uso del tiempo y la atención, en la medida en que el presidente siente que la formalidad de la planificación de su agenda lo aprisiona y reduce su tiempo de libertad. 6) Refuerzo de los defectos y errores, como consecuencia del comportamiento adulador de su círculo más estrecho y la protección frente a las críticas. 7) Manipulación hacia opciones restringidas, es decir, el presidente se ve limitado al conocimiento de muy pocas opciones. 8) Hipertrofia de su seguridad y confianza en su experiencia, que le lleva a reforzar su pragmatismo y a desvalorizar la asesoría calificada. 9) Limitada capacidad para discernir con profundidad las cualidades y deficiencias de los equipos técnicos en los cuales debe confiar; hay una propensión a privilegiar la lealtad por sobre la capacidad; la relación del presidente con los técnicos tiende a ser una relación de fe y credibilidad, en vez de ser una interacción sinérgica de experiencias y conocimientos entre la política y la técnica. 10) El peso de la responsabilidad y la amortiguación de la información produce el miedo a innovar, reforzando la tendencia a buscar refugio en la corriente de opinión dominante. 11) Dificultad para trabajar en equipo; al presidente suele resultarle incómodo trabajar en equipos de personalidades, con intereses y formación muy diversa. En los países de la región se respeta, en general, la formalidad de las sesiones de gabinete –a diferencia de los Estados Unidos–, pero los problemas realmente importantes se tratan en pequeños grupos, más homogéneos, fuera de los consejos de ministros o consejos de gobierno.

IV. Adecuación de los sistemas de gobierno presidenciales para garantizar la gobernabilidad democrática en América Latina

En un ejercicio propositivo desde la perspectiva constitucionalista, se pueden formular algunas orientaciones generales sobre las transformaciones de los diseños que requieren los sistemas de gobierno presidenciales en América Latina para contribuir con la consolidación de la gobernabilidad democrática, que deben comprenderse como recomendaciones genéricas que deben contrastarse con cada realidad nacional, y que de ninguna manera es una receta de medidas aplicable universalmente.

En primer lugar, uno de los grandes lineamientos de las reformas político-institucionales que se pueden sugerir, es incorporar en los respectivos

ordenamientos constitucionales nacionales la sustitución del actual paradigma de ejercicio del gobierno por uno nuevo que se puede disgregar en dos aspectos diferenciados, pero estrechamente integrados: 1) la necesidad de un nuevo diseño de los sistemas de gobierno –lo normativo– y, 2) un cambio en el modo de ejercer las funciones del Estado –lo cultural–. En ambos elementos se deberían seguir las pautas siguientes:

1. De naturaleza política

Tanto en los rediseños constitucionales como en los cambios culturales se tiene que perseguir la democratización de lo público a la vez que un mejor rendimiento político de las instituciones estatales, superando las distorsiones elitista y populista de la democracia.

- a) Una mayor y mejor participación de los ciudadanos en la designación de las máximas autoridades que los han de representar en el ejercicio de las funciones del Estado, como manera de fortalecer la legitimidad de origen del mandato presidencial, así como de los vicepresidentes y de figuras similares a los primeros ministros parlamentarios que conformen el alto gobierno, de los parlamentarios y, de ser posible, de las autoridades de los otros poderes. Ello implica, de una parte, revisar los sistemas electorales por los que se eligen popularmente a las máximas autoridades del Estado, en particular los que ejercen las jefaturas de Estado y de gobierno y quienes integran el parlamento. Lo que supone evaluar en cada caso nacional la pertinencia de la exigencia de obtener determinadas mayorías porcentuales de votos para alcanzar los cargos, la doble vuelta electoral, la personalización del voto y la necesidad de la proporcionalidad de la representación parlamentaria. Y, de otra parte, se podrían incluir en los diseños constitucionales instancias y mecanismos de participación de la sociedad organizada en la selección y designación de las autoridades de los otros poderes y órganos del Estado de rango constitucional que no siendo de elección popular tengan que ser designados por los parlamentos, como por ejemplo, los magistrados de las cortes o tribunales supremos de justicia y constitucionales, los fiscales y contralores generales, los defensores del pueblo y los máximos directivos de los órganos electorales. Con ello se persigue una mayor transparencia en los procesos de selección, un consenso más amplio en las designaciones y una mayor legitimidad de origen de las autoridades estatales que no sean electas popularmente mediante el voto directo de los ciudadanos.
- b) Se pueden mejorar los medios de relacionamiento entre los poderes legislativo y ejecutivo, en el sentido de garantizar una comunicación fluida y permanente entre el sector político que ejerce el ejecutivo y la oposición, una colaboración mínima en función de los intereses nacionales y el logro de consensos políticos suficientes para lograr los fines generales del Estado en beneficio de toda la sociedad. En definitiva, para ampliar los consensos políticos, minimizar los conflictos entre poderes y evitar las crisis de gobierno. Para ello se requiere coadyuvar a la conformación de mayorías políticas sólidas para ejercer las funciones ejecutiva y legislativa del Estado. A la vez, es necesario que se puedan conformar mayorías estables en el parlamento y que se simplifique el número de fracciones parlamentarias, para mejorar las funciones de aglutinación de intereses difusos, de intermediación y de representación política y para simplificar el proceso de debate, negociación y construcción de consensos políticos.

- c) Establecer mecanismos de participación y control sociales sobre en la actividad del ejecutivo. Con ello se pretende, en primer lugar, incorporar procesos de cogobierno entre las autoridades ejecutivas y los ciudadanos para la gestión de lo público. Esto es, medios de participación directa o semidirecta de la población en decisiones y acciones del ejecutivo. Y, en segundo lugar, procesos de control social sobre la gestión de lo público, de manera que se haga efectiva la responsabilización de las máximas autoridades estatales. Ello implica mejorar los mecanismos de representación –participación indirecta de la población– con la inclusión de otros de participación directa y semidirecta de la población en la formación de la política. Con todo ello se persigue la ampliación de los consensos sociales y mejora de la legitimación de desempeño de las autoridades.
- d) Además de prevenir los conflictos políticos, también es preciso solucionar las crisis de gobierno que aparezcan. Ahora bien, algunos conflictos entre los poderes ejecutivo y legislativo que pueden generar crisis de gobierno no trascienden de ser una medición institucional entre las fuerzas del ejecutivo y las de la oposición, que pueden ser resueltos simplemente mediante la aplicación de mecanismos formales de orden constitucional. Pero otros conflictos pueden reflejar una confrontación política más profunda en el seno de la sociedad. Este último tipo de conflictos políticos no se resuelven con la simple utilización de los resortes formales y es preciso convocar institucionalmente la participación de toda la sociedad para obtener una solución final. Por ello no sólo se debe institucionalizar el tratamiento formal de las relaciones de conflicto entre las distintas fuerzas del ejecutivo y de la oposición, mediante mecanismos de control y de equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo, sino que además es necesario prever los casos en los que la magnitud de la crisis política requiere convocar a procesos electoral para lograr su solución definitiva, que podría resultar en una redefinición de las mayorías y minorías políticas con el consecuente reacomodo de las distintas fuerzas políticas en los poderes ejecutivo y legislativo.

2. De flexibilización organizacional para la adaptación a los cambios

Con una organización adaptativa del ejecutivo se podría, de una parte, mejorar la gestión presidencial en los casos en que la mayoría parlamentaria –monopartidista o por alianza entre partidos– coincida políticamente con el presidente y, por lo tanto, éste posea todo el apoyo del parlamento. En esta situación, si bien el presidente acumula las jefaturas de Estado y de gobierno, empero, puede mejorar el ejercicio de la jefatura de gobierno con el apoyo de una figura parecida al Presidente del Consejo de Ministros peruano, el Jefe de Gabinete argentino o el Vicepresidente Ejecutivo venezolano. A la vez que se podría solucionar la confusión entre políticas de Estado y políticas gubernamentales con dicho rediseño orgánico-funcional de las jefaturas de Estado y de gobierno, y una consecuente modificación de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo.

De otra parte, en los casos en que la mayoría parlamentaria sea contraria al presidente, y éste no cuente con el apoyo parlamentario necesario para ejercer óptimamente sus competencias, la jefatura de gobierno podría ser cedida a un líder de la mayoría parlamentaria mediante un cargo como los antes indicados. En este segundo caso, se pretende mejorar estabilidad y éxito gubernamental mediante una relación de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo a través de acuerdos políticos el ejecutivo-legislativo. Se trata de que el comportamiento de

los sistemas de gobierno tienda a ser más flexible, adaptándose a los cambios en las circunstancias políticas, de manera que en unas coyunturas se comporten como sistemas propiamente presidencialistas y, en otras, operen como lo suelen hacer los sistemas de gobierno parlamentarios o los mixtos llamados por algunos autores semipresidenciales o de fases alternas, dependiendo siempre del resultado de la integración política de la presidencia y del parlamento y por lo tanto de las correlaciones entre las fuerzas políticas correspondientes.

Bibliografía

- Aguilar Villanueva, L. F. (2016). *Democracia, Gobernabilidad y Gobernanza*. México: INE.
- Alvarez, A., Fernández Toro, J. C., & Quintín, A. (1999). *Los Desafíos de la Institución Presidencial en Venezuela. Gobernabilidad Democrática y reforma Constitucional del Sistema de gobierno*. Caracas: CLAD/Instituto de Estudios Políticos de la UCV.
- Arroyo, I. (2002). La República Imaginada. En J. A. Aguilar y R. Rojas (coords.). *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de Historia Intelectual* (pp. 47-62). México: CIDE/FCE.
- Crozier, M., Huntington, S., & Watanuki, J. (1975). *The Crisis of Democracy: Report on the Governability*. New York: New York University Press.
- Dror, Y. (1989). *Enfrentando el futuro*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández Toro, J. C. (2004). El Nuevo Paradigma de Ejercicio del Gobierno. El sistema de gobierno en la Constitución de 1999. En R. Viciano Pastor y L. Salamanca (coords.). *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela* (pp. 611-696). Caracas-Valencia: CEPS-Instituto de Estudios Políticos/UCV-Vadell Hermanos.
- García-Pelayo, M. (1985). *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad.
- Grau, L. (2011). *El constitucionalismo americano: materiales para un curso de historia de las constituciones*. Madrid: Dykinson.
- Hauriou, A., Gicquel, J., & Gélard, P. (1980). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel.
- Holbrook, R. (1992). *Memorandum to the President-Elect. Sujet Harnessing Prodess to Purpose*. Carnegie Endowment and Institute for International. Economics Commission on Government Renewal.
- Kelman, S. (1992). *La política pública en el Estado Moderno*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Linz, J. J. (1988). Democracia presidencialista o parlamentaria ¿Hay alguna diferencia? En Consejo para la Consolidación de la Democracia. *Presidencialismo vs. Parlamentarismo: materiales para el estudio de la Reforma Constitucional* (pp. 19-43). Buenos Aires: EUDEBA.
- Matus, C. (1990). *El líder sin Estado Mayor*. Caracas: ILDIS.
- Montesquieu, C.-L. S. (1748/2003). *El Espíritu de las Leyes*. Barcelona: Origen.

La organización territorial de Colombia. Una lectura a 30 años de la constitución política de 1991¹

Colombia's Territorial Organization. A Thirty-year Perspective: The 1991 Political Constitution

LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY

Profesora titular de Derecho Constitucional y Régimen Territorial. Universidad Libre (Colombia).
liliana.estupinan@unilibre.edu.co

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.1.19052>

Fecha de recepción: 13/11/2020

Fecha de aceptación: 27/11/2020

Resumen

El pacto territorial de la Constitución Política de 1991 ha sido afectado por procesos de recentralización, exacerbación del sistema de gobierno presidencial y del Estado central en detrimento del precario principio de la autonomía propio de la adopción del modelo territorial unitario. Se observan algunos avances significativos en materia de descentralización política y administrativa, poco en materia fiscal. A treinta años de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, todo invita a una gran revisión constitucional del tema de la distribución del poder en el territorio y de la descentralización de la economía y las oportunidades en una geografía que sigue presa del conflicto, la ilegalidad, la corrupción y la desinstitucionalización. Barajar de nuevo en materia territorial se aproxima para el caso colombiano.

Palabras clave

Estado unitario; Constitución Política de 1991; organización territorial; centralización; recentralización; descentralización; autonomía y regionalización.

Abstract

Thirty years after the 1991 Constitutional Assembly, in detriment of the principle of regional autonomy intrinsic to the establishment of a decentralized territorial model, its Territorial Pact has been weakened by dynamics of recentralization, and of undue concentration of power in the Executive of the Presidential Government and the Central State. There have been significant advances in political and administrative decentralization, yet few in fiscal areas. The current situation demands a comprehensive constitutional review on the subject of the distribution of power in the territory; the decentralization of the economy; and the persistent lack of opportunity throughout a national geography still bound by the internal conflict, the illegitimacy of local power lords, criminal activity, corruption, and a deepening institutional crisis which has only exacerbated further the lack of official presence in the regions. A new territorial reshuffling must now be put on the agenda for Colombia.

Keywords

Unitary State; Decentralized State; Political Constitution of 1991; Territorial Organization; centralization; recentralization; decentralization; autonomy; regionalization.

¹ Este capítulo es resultado del proyecto de investigación titulado: "Las transformaciones del Estado unitario en América Latina", adscrito al Grupo de Investigación "Estudios Constitucionales y de la Paz" de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Línea de investigación "Transformaciones y tendencias del poder y del Estado en América Latina".

Sumario

I. A manera de introducción. – II. Crisis de la teoría tradicional de las formas de Estado. Retos para el caso colombiano. – III. El Estado unitario colombiano, algo de mutación, pero poco de verdadera descentralización y autonomía. 1. Apuestas territoriales de poco vuelo. 2. La arquitectura territorial en la Constitución Política de 1991. 3. Descentralización por asociatividad, la nueva tendencia. – III. La agonía del Estado unitario simétrico. Hacia el pluralismo territorial. – IV. A manera de conclusión. *Bibliografía.*

Como Aureliano tenía en esa época nociones muy confusas sobre las diferencias entre conservadores y liberales, su suegro le daba lecciones esquemáticas. Los liberales, le decía, eran masones; gente de mala índole, partidaria de ahorcar a los curas, de implantar el matrimonio civil y el divorcio, de reconocer iguales derechos a los hijos naturales que a los legítimos, y de despedazar al país en un sistema federal que despojara de poderes a la autoridad suprema. Los conservadores, en cambio, que habían recibido el poder directamente de Dios, propugnaban por la estabilidad del orden público y la moral familiar; eran los defensores de la fe de Cristo, del principio de autoridad, y no estaban dispuestos a permitir que el país fuera descuartizado en entidades autónomas.

Gabriel García Márquez,
Cien Años de Soledad.

I. A manera de introducción

Pervive la marca territorial francesa en la constitución territorial de Colombia, una constante que se lee en toda la fase republicana. Impronta a la que se le deben agregar los trescientos años de administración colonial centralista. Lo más complejo es que el tema de la distribución del poder en el territorio, parece para muchos Estados, y de manera especial para el caso colombiano, eterno e inamovible². Basta hacer un recorrido sobre la historia de las diversas constituciones, para observar a la república unitaria como una reiteración política plasmada en los textos de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1886 y 1991, eso sí, con un leve interregno federal en las constituciones de 1858 y 1863, por lo demás bastante satanizadas y cuestionadas por la lectura histórica oficial de la regeneración, que aún hoy se estudia en Colombia.

Sorprende más, ver la Constitución Política de 1991, con los mismos lentes del Estado unitario implementado desde 1886, por supuesto, con los consabidos procesos de imitación de otros Estados más descentralizados, además de la lógica hibridación de instituciones que se han producido en los últimos doscientos años. No es el mismo texto de 1886, pero el ADN unitario marca la lectura legislativa, jurisprudencial y doctrinal, lo que explica la fuerte tendencia recentralizadora de las últimas décadas (Restrepo y Peña, 2018).

Sin duda, se observa gran dificultad para el desarrollo de los principios de autonomía, participación, descentralización, pluralismo y de democracia local contemplados en el texto constitucional de 1991. Algunos avances se observan en materia de política social y distribución de competencias que no logran un equilibrio con el tema presupuestal ni con la recentralización del gasto social. Serias dificultades económicas padece el nivel intermedio y local de gobierno en Colombia, una situación que se agravará luego de la pandemia mundial.

Sector	Punto de partida (2006)	Meta esperada al 2010	Logros al 2016
Educación	90,1%	100,0%	94,6%
Salud	73,0%	100,0%	94,6%
Acueducto	Urbano: 97,4%	Total: 92,6%	Total: 89,9%
	Rural: 68,6%		
Alcantarillado	Urbano: 90,2%	Total: 87,2%	Total: 77%
	Rural: 60,1%		

Tabla 1: Metas y logros, Ley 1176 de 2007. (Restrepo y Peña, 2018: 174).

La hibridación o mestizaje del tema territorial en Colombia constituye un reto constitucional en pleno desarrollo. El tema de los territorios indígenas es parte del toque plural que aparece en la Constitución Política de 1991, muchos avances y

2 América Latina se ha caracterizado por la implementación del modelo unitario. Estados como Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Haití, República Dominicana, Puerto Rico y Paraguay retomaron dicha forma de Estado en sus textos constitucionales. De manera excepcional, México, Brasil, Venezuela y Argentina hablan de gobiernos federales, varios de ellos tildados de centralistas. De forma especial, se habla últimamente de autonomías o de la implementación de modelos mixtos en América Latina, por lo menos, eso se colige de una lectura rápida de las constituciones de Ecuador y Bolivia. La realidad dirá cuánto de centralismo sigue presente en estos novedosos Estados. Muy a pesar de las excepciones y de los virajes dados al interior de los Estados unitarios relacionados, la constante centralista caracteriza la historia constitucional, que a veces ha dado tímidos giros hacia modelos federales o más descentralizados.

también grandes retos. Este tema merece más claridad, desarrollo, concreción y proyección, hoy sin una ley orgánica para su establecimiento definitivo, aunque provisionalmente mediante normatividad permitida de forma transitoria por el mismo texto político³. Pensar la geografía colombiana en municipios, distritos, departamentos y territorios indígenas, excepto esta última institución, es más de lo mismo del modelo colonia. Incluso se habla de la posible creación de provincias y regiones, estas últimas a usanza del modelo francés. Seguro que otras formas territoriales alternativas tendrán que pensarse para los territorios del abandono, de la guerra o aquellos cooptados por la mafia y la ilegalidad.

El modelo territorial parece una “colcha de retazos” que todavía hace gala de sus apellidos eurocéntricos. Un vestido que no se ha confeccionado a la medida y necesidades del Estado colombiano, y que hoy se comprime bajo lógicas recentralizadoras que agravan el panorama.

Sin duda, el criptotipo⁴ centralista, el paternalismo estatal, la corrupción, la descentralización marcadamente sectorial (educación, salud, agua potable y saneamiento básico), la imitación del modelo francés, con sus consabidas limitaciones en el contexto colombiano, la vulnerabilidad y fragilidad del principio de autonomía territorial, la lenta incursión de la regionalización administrativa, el polémico resurgimiento de la figura departamental, el posicionamiento del municipio como célula fundamental de la organización territorial, la recentralización, el pretendido pluralismo territorial, la asociatividad, como última tendencia del modelo y la incursión reciente de los principios de heterogeneidad, gradualidad, flexibilidad, e incluso de disposición competencial; todos ellos son temas que identifican el asunto de la distribución del poder en el territorio en Colombia y que hacen parte de la agenda y de los debates sobre esta asignatura que requiere de un mayor grado de atención por parte del mundo político, constitucional y jurídico.

II. Crisis de la teoría tradicional de las formas de Estado. Retos para el caso colombiano⁵

La doctrina tradicional suele hablar de tres formas de Estado para efectos de explicar la distribución territorial del poder, sin embargo, dichas descripciones no abarcan la totalidad de los casos especiales o *sui generis*, a la hora de estudiar las constituciones territoriales. Así, en la categoría de Estados unitarios, federales o regionales, tendrán asidero diversas subclasificaciones e incluso, algunos Estados difícilmente pueden ubicarse en estos “tipos ideales”, en razón de sus complejas y variadas transformaciones o realidades.

Según esta clasificación, el Estado unitario se caracteriza por la existencia de un solo centro de impulsión política y un conjunto único de instituciones de gobierno, que traen como consecuencia una organización política única, un ordenamiento constitucional único, homogeneidad en el poder y una organización política que cobija todo el territorio de forma idéntica (Badía, 1986: 47-48). Tal como lo anota Revenga (2007: 35), rasgos puros imposibles de ubicar en su

3 Ver los siguientes decretos de organización provisional de los territorios indígenas: Ministerio del Interior (2018) Decreto 632/2018 del 10 de abril y Ministerio del Interior (2014) Decreto 1953/2014 del 7 de octubre.

4 Criptotipo es un concepto retomado por Pegoraro referente a “(...) un modelo jurídico implícito del cual, en ocasiones, el mismo sujeto que lo observa no es plenamente consciente” (Pegoraro y Rinella, 2006: 101).

5 En este punto se retomarán los planteamientos realizados en Estupiñán Achury (2017).

totalidad en el universo complejo de los Estados actuales: “Cierta descentralización del poder, y cierta desconcentración de funciones, resultan inherentes a cualquier organización política que trascienda los límites de la decisión “cara a cara”, propia de la democracia ‘de los antiguos’”.

Una vez se insinúan los rasgos del modelo unitario puro, nos encontramos con una realidad diversa y compleja de Estados que se tildan como tales dentro de dicha clasificación. Por ejemplo, Estados unitarios en proceso de regionalización administrativa o territorial, casos concretos de Francia, Chile (Henríquez Opazo, 2020), Perú (Velasco Fernández, 2019) e incluso Colombia; Estados con avances significativos en descentralización administrativa, para lo cual, nuevamente cito a Colombia a pesar de las contradicciones y retrocesos del proceso, o Estados “unitarios” que, opuestamente al “tipo ideal”, permiten ciertos niveles de descentralización política, tal como se observa, en Portugal para la zona insular y el Reino Unido para el caso de Escocia e Irlanda del Norte (este último modelo clasificado en una cuarta opción: *devolution*). También se podría pensar en Estados unitarios cruzados con principios de plurinacionalidad y de pluralismo, como se ha visto para los casos de Ecuador y Bolivia.

Por su parte, la forma de Estado federal que se encuentra “en su forma ideal” al extremo del Estado unitario, evoca en teoría, como lo manifiesta Croisat (1995), una filosofía del respeto a la diversidad, la libertad y el pluralismo como una búsqueda permanente del equilibrio entre la libertad y la autoridad⁶, esto es, un esfuerzo por conciliar la libertad de los gobernados con la autoridad de los gobernantes (Armenta López, 2005)⁷.

En general, un modelo que reúne partes diversas bajo el respeto de tres principios: separación, autonomía y participación (Croisat, 1995). El primero, según el autor citado, referido a un claro reparto de competencias legislativas entre los dos niveles de gobierno; el segundo que se traduce en la autonomía e incluso soberanía de cada parte o división subnacional en su ámbito competencial, lo que impide el ejercicio de cualquier poder de tutela o control jerárquico; y el tercero que implica la representación de las partes en la toma de las decisiones federales.

En síntesis, un modelo descrito por Maurice Croisat (1995: 24-25),

(...) como una forma de distribuir y ejercer el poder político en una sociedad y sobre una base territorial. Esta singularidad puede tener su fuente en la voluntad de preservar la diversidad de culturas, de formas de vida, de religiones, de lenguas, de instituciones sociales y de ordenamientos jurídicos. Puede también, simplemente resultar de la constatación de que la historia y las tradiciones políticas se hallan en el origen de las diferencias, necesitando un estatuto de autonomía local. En este sentido, los estados americanos, las provincias canadienses, los cantones suizos, los Länder alemanes, son la expresión de diversos pluralismos. En consecuencia, el federalismo se sitúa en una

6 A su vez la expresión federalismo alude a tres experiencias (Croisat 1995), (I) un federalismo centralizador, caso concreto el modelo implementado por la Constitución de 1787, esto es, una forma de valorar la unidad en detrimento de las diversidades originales, (II) federalismo descentralizador, muy a tono con el desarrollo del pensamiento de autores como Proudhon, M. Bakunin, P. Kropotkin, socialistas utópicos o precursores de la anarquía organizada, en otras palabras, un federalismo que trasciende del plano político administrativo a todas las acciones humanas, económicas y culturales, y, (III) un federalismo de equilibrio, característico de la etapa constitucional actual, es decir, un federalismo de consenso, de conciliación entre integración y autonomía, diversidad y unidad, independencia y solidaridad.

7 Un análisis profundo al respecto se encuentra en Pavani y Cock (2019).

perspectiva general, siendo una de sus manifestaciones en el ámbito político.

También se puede hablar del modelo regional o del Estado autonómico, posible a partir de la superación de los rasgos básicos del tradicional Estado unitario. Ejemplos paradigmáticos de este modelo son la Constitución española de 1931 (Estado integral), frustrada por la etapa franquista, la Constitución española de 1978 y la Constitución italiana de 1947. Ambas provienen de Estados que siendo unitarios se transformaron lentamente en formas de administración territorial más descentralizadas. Una forma de Estado que ha invocado la descentralización política en cabeza del nivel intermedio de gobierno, sobrepasando el concepto de la desconcentración y de la descentralización meramente administrativa. Se trata de mayores grados de descentralización, generalmente concedidos en respuesta a resistentes reivindicaciones territoriales en búsqueda de auto-gobierno e incluso de separación. El caso español (Moreno González, 2018) y el caso italiano dan cuenta de ello.

Se podría hablar de otras formas de Estado, por ejemplo, el caso del Reino Unido o *devolution*, que presenta marca de modelo unitario, a no ser por el considerable poder del centro y la vulnerabilidad de la devolución o “delegación” de competencias. Una forma de Estado, *sui generis*, “solo comprensible desde la óptica del constitucionalismo británico” (Campos, 2005). Un modelo territorial que pretende conciliar dos extremos: por un lado, la supremacía del Parlamento de Westminster y, por otro, los espíritus de autonomía de algunas de las nacionalidades del Reino Unido; eso sí, tal como lo señala Gustavo Esteban Campos (2005: 305-306), bajo la preeminencia del primero. De hecho, anota:

La devolution constituye, por tanto, un modelo de descentralización en el que la autonomía política de los territorios carece de protección constitucional y puede ser en cualquier momento abolida por el Estado. Esta afirmación la realizamos siempre desde un plano estrictamente jurídico-constitucional y teórico. En la práctica, y desde un punto de vista político, una vuelta al centralismo se nos antoja ciertamente difícil.

Como se observa, la utilización de la clasificación tradicional de las formas de Estado, puede tener inconvenientes prácticos, por ello, se hace evidente que dicho enfoque debe complementarse con otras propuestas. Como lo señala Miguel Revenga (2007: 31), si bien los “tipos ideales” sistematizan rasgos que corresponden a una categoría específica, en la práctica pueden adolecer de un inconveniente, “el de proceder por simplificación y resultar, por ello, escasamente útil como ‘categoría regulativa’ capaz de aplicarse a realidades estatales ‘concretas y determinadas’”.

Por ejemplo, la existencia de Estados unitarios con algunos grados de descentralización política, caso de Portugal e incluso el Reino Unido; igualmente, Estados federales con elementos característicos de constituciones unitarias, tal como se observa en el texto constitucional venezolano o Estados regionales que se acercan poco a poco a la categoría de Estado federal, afirmación recurrente en los textos que analizan el modelo autonómico español o italiano.

III. El Estado unitario colombiano, algo de mutación, pero poco de verdadera descentralización y autonomía

El caso colombiano es interesante, ya que, si bien está caracterizado por la constante constitucional del modelo territorial unitario, los principios de descentralización y de autonomía territorial insertados en el texto político de 1991,

lo han identificado con una tendencia hacia una mayor descentralización “administrativa”. Por supuesto, clasificación de menor calado, frente a la realizada, desde una perspectiva comparada, por modelos compuestos determinados por una descentralización de carácter política y de mayores niveles de autogobierno.

Aunque se habla de un país más descentralizado, con relación al enfoque territorial de la Constitución de 1886, las críticas no se hacen esperar. Se trata de un modelo territorial en proceso de mutación, en teoría, en la práctica se observan marcadas tendencias recentralizadoras, plenamente identificables en los últimos veinte años. Tendencias que lo alejan del espíritu garantista y distributivo inicial del constituyente de 1991. Sobre este aspecto, Restrepo y Peña (2018: 178), concretando su análisis en un punto sensible de la descentralización, esto es, el fiscal, anotan:

En virtud de la recentralización fiscal, la tecnocracia central –a través de los aparatos estatales y las burocracias– en alianza con los políticos de proyección nacional, le arrebataron recursos y protagonismo a los políticos, funcionarios y comunidades locales, en la asignación del gasto público social. Durante la década del doble recorte a los porcentajes relativos de las transferencias (2001 y 2007), se incrementó el gasto público social, es decir, se generó una sustitución de la descentralización de la política social por su recentralización o, dicho de otra manera, de los líderes políticos y sociales locales, a la tecnocracia y políticos que controlan la nación.

1. Apuestas territoriales de poco vuelo

Aunque doscientos años de centralismo fueron suficientes para el agotamiento de este modelo en Colombia, se encuentran, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, algunos argumentos para reiterar esta forma de Estado en el proceso constitucional de 1991. Estado fallido, violencia política, conflicto armado, narcotráfico, paramilitarismo, corrupción, pobreza y falta de control territorial, entre otros; todos estos elementos, a manera de olla a presión, frustraron cualquier debate sobre una forma más democrática de distribución del poder en el territorio.

De hecho, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente existieron diversas alternativas territoriales, algunas de matiz federal o regional, sin embargo, la mayoría de propuestas coincidieron en reiterar la forma unitaria del Estado colombiano.

Efectivamente, existió resistencia inicial para la adopción de un modelo federal para Colombia. Incluso, se evitó encasillar la discusión en un tema nominativo o de identificación con una forma de Estado concreta: federal, regional o unitaria. De hecho, la propuesta presentada por César Gaviria, sobre la necesaria implementación de un Estado cuasi federal, fue superada de forma inicial. Los títulos o encasillamientos debieron esperar hasta el final del proceso.

Al final, cifraron el éxito del modelo en la inserción de los principios constitucionales de descentralización y de autonomía territorial. De todas formas, la discusión estuvo marcada por el criptotipo de Estado (Pegoraro y Rinella, 2006) unitario presente en el constitucionalismo colombiano. Así las cosas, proliferaron proyectos de tendencia unitaria, eso sí, con reiterados llamados hacia una mayor descentralización y hacia la implementación del principio de la autonomía local y regional.

En general, el constituyente lega un modelo territorial unitario, eso sí, “atemperado” como lo suele decir la Corte Constitucional por los principios de la

descentralización y de la autonomía territorial. En todo caso, la marca del modelo territorial francés, seguirá presente, con todos los cambios presentados por éste, desde la segunda mitad del siglo XX. Asimismo, por la inserción de otros conceptos propios de modelos regionales o autonómicos, que en todo caso, no tendrán desarrollo pleno ante las limitaciones propias que implica la adopción del Estado unitario y del criptotipo marcadamente centralista que caracteriza las relaciones entre el territorio y el poder en Colombia.

Si bien es cierto que la Constitución consagró el principio de autonomía de las entidades territoriales, también es cierto que su limitación y precariedad quedó definida desde el mismo texto político (Robledo, 2010). De hecho, la Corte Constitucional ha identificado el *mínimum* constitucionalmente garantizado, tomando como referente los denominados “derechos” o atributos de las entidades territoriales consagrados en el artículo 287 de la Carta Política, la distribución de competencias, marcadamente asignadas al Estado centro, el papel de las entidades territoriales, así como las funciones asignadas a sus autoridades en los artículos 300, 305, 313 y 315 del texto político.

Por consiguiente, según la Corte Constitucional en la Sentencia C- 1051 (2001) el reconocimiento constitucional del principio de la autonomía territorial se traduce en cierta

autonomía política, esto es, la capacidad de elegir a sus gobernantes (alcaldes, concejales y ediles), autonomía administrativa, es decir, la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades y, finalmente, autonomía fiscal que implica la potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar sus recursos.

Incluso, suele la Corte Constitucional invocar una lógica jerárquica a la hora de leer los principios de República unitaria y de autonomía territorial. Según el Alto Tribunal en la Sentencia SU- 095 (2018):

la definición de Estado unitario se traduce en la centralización política que implica “unidad en la legislación, existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad.

Agrega el Alto Tribunal que:

teniendo en cuenta el contexto constitucional señalado en precedencia, esta Corporación ha identificado que a la hora de materializar el principio de la autonomía territorial, surgen diversos retos, más aún cuando su ejercicio interfiere con la realización de ciertas competencias en cabeza de entidades del nivel central, generando una tensión entre ésta y aquélla, sobre todo cuando se trata de temas catalogados como de interés general, como lo concerniente al orden público o a actividades de trascendencia económica, en donde el ejercicio de estas funciones desde el nivel central desplaza a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la

órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad. (...) La Corte Constitucional ha señalado que a pesar de la importancia de los dos principios (unitario y de autonomía), ninguno se puede aplicar de forma absoluta en perjuicio del otro, estando los dos en un sistema de limitaciones recíprocas, en donde el concepto de autonomía territorial se encuentra restringido por el de unidad, y desde otra perspectiva la unidad se encuentra circunscrita por el núcleo esencial de la autonomía de los territorios. (...) La coexistencia de los principios de Estado unitario y autonomía territorial genera en su aplicación tensiones permanentes que hacen necesario en cada caso estudiar concretamente las situaciones de hecho y el uso de herramientas que permitan hacer una interpretación armónica del sistema jurídico constitucional para definir una posición frente a la aplicación de uno de estos dos principios, o de la confluencia de los mismos en caso de ser necesario. En este orden, es el mismo ordenamiento constitucional el que dispone que en estos casos para resolver las tensiones se dará aplicación los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. (Corte Constitucional. Sentencia SU 095. 2018).

En este orden de ideas, la autonomía significa el atributo que tienen las entidades territoriales, regionales o locales, de ejercer las competencias y funciones administrativas que les corresponden, a gobernarse por autoridades propias mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente, lo que faculta a las entidades territoriales para desarrollar políticas propias que atiendan a sus particularidades, y a administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. En palabras de la Corte, la autonomía constitucionalmente reconocida consiste en el margen o capacidad de autogestión de las entidades “para que planeen, programen, dirijan, organicen, ejecuten y controlen sus actividades, en aras del cumplimiento de las funciones y fines del Estado”; es un concepto que “está orientado a fortalecer el manejo libre e independiente, pero también responsable de la política administrativa y fiscal de las entidades territoriales, bajo el entendido que sus autoridades conocen con mayor detalle las necesidades e intereses de la comunidad y pueden satisfacerlos en mejor forma” (Corte Constitucional. Sentencia C- 089. 2001).

De lo expuesto, es fácilmente evidenciable el alcance bastante limitado dado al concepto constitucional de autonomía en comparación con Estados regionales o federales. El desarrollo máximo de la autonomía implica la capacidad de autogobernarse, de regirse de manera propia con ordenamientos contruidos desde la base territorial mediante el ejercicio de la potestad constitucional y legislativa, negada por completo en Colombia a las entidades territoriales, en nombre de la unidad legislativa y de la unidad nacional. Así, en el contexto de un modelo unitario como el colombiano, el principio de autonomía presenta diversas lecturas conforme a los vaivenes que relativizan a diario sus alcances. Dichas oscilaciones están a tono con las tensiones que se originan entre tendencias recentralizadoras o centralizadoras, incluso bajo las imposiciones que soportan buena parte de las políticas públicas sobre la materia.

2. La arquitectura territorial en la Constitución Política de 1991

Artículo 1.º de la C.P.

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales,

democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Superada la discusión de la forma de Estado, esto es, la ratificación del Estado unitario, eso sí más descentralizado, tendencia mayoritaria antes y al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, los debates estuvieron dados en torno al nivel intermedio de gobierno, cuál y para qué. En general, la discusión se centró en las siguientes preguntas: ¿departamento o región?, ¿departamento y región?, ¿departamento y provincia?, ¿intendencias y comisarías o departamentos especiales?, ¿regímenes territoriales especiales?, ¿Bogotá: Distrito capital?, ¿elección popular de autoridades locales?, ¿alcance del principio de autonomía territorial?, ¿muerte a las asambleas departamentales?, ¿integración mixta de las asambleas departamentales?, ¿gobernador nombrado por el Presidente o de elección popular?, ¿más o menos entidades territoriales?, ¿transformación de la división político-administrativa?, ¿asociación de municipios, provincias y áreas metropolitanas?, ¿cláusula general de competencias o numeración taxativa de competencias?, ¿principio de igualdad en el régimen territorial o flexibilización?, ¿neoliberalismo, Estado social de derecho y territorio?, ¿fondo de compensaciones y equidad regional?, ¿territorios pobres y ricos?, ¿centralismo y periferia?, ¿relaciones entre el nivel intermedio de gobierno, la nación y el nivel local?, ¿relación entre competencias y recursos?, ¿coordinación, concurrencia y subsidiariedad?, y ¿Territorios indígenas?, entre otras.

Así se reiteró al departamento como nivel intermedio de gobierno, pero sin la fuerza institucional y fiscal suficiente desde el mismo texto constitucional. Una forma de Estado que incluso habla de región, pero que le cuesta desarrollar la figura, aún desde la perspectiva administrativa a menos que sea direccionada desde el centro. Peor destino para la figura regional territorial, muy a pesar de tener hoy una ley orgánica (Ley de Regiones 1962 del 2019), que sigue generando dudas sobre su grado de concreción y futuro desarrollo.

En general, el texto político relaciona diversas entidades territoriales: departamento, distritos, municipios, territorios indígenas, y también señala que podrán ser las regiones y provincias. Así se leen las entidades territoriales en el artículo 286 de la Constitución Política de Colombia. A este listado se llegó, luego de varias y disímiles propuestas al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Como se observa, la figura departamental salió airosa de la Asamblea, de hecho, desaparecieron las viejas intendencias y comisarías y todas asumieron la misma nominación (departamento) con el régimen constitucional igualitario a pesar de las asimetrías. El departamento, aunque triunfante, tuvo que competir con la figura regional, provincial o incluso con la posibilidad de futura supresión.

Durante los primeros años de vigencia de la nueva Constitución, diversos miedos afloraron sobre la posible eliminación de la figura departamental por la regional. Sin embargo, ante la imposibilidad de implementación de la figura regional como entidad política y los fallidos intentos de expedición de una ley orgánica que completara la arquitectura territorial del constituyente de 1991, tanto políticos como académicos, volcaron su mirada sobre lo que sin duda estaba en crisis para la época: el departamento. Varios esfuerzos para reanimarlo. Hoy esta institución está cargada de competencias y con precarios recursos. Se pueden recordar algunas estrategias de reanimación: CONPES, proyectos de código de régimen departamental (aún frustrados), federación de departamentos, de diputados y algunos refuerzos de carácter institucional que aún no

logran posicionarlo como nivel intermedio de gobierno efectivo en el escenario de la organización territorial.

Por su parte, el nivel local fue reiterado en la figura municipal, identificada como la entidad territorial fundamental, a los distritos, esto es, una entidad territorial local *sui generis* o especial, cuyas características la hacen acreedora de un régimen y tratamiento diferente al ordinario e igualmente, a las futuras provincias, hoy inéditas en la organización del territorio en Colombia, excepto en algunos departamentos que han experimentado su organización desde una perspectiva administrativa, caso especial, Departamento de Santander.

Como forma de resarcimiento a siglos de abandono, fueron reconocidas en el texto constitucional, las entidades territoriales indígenas, actualmente en proceso de creación provisional (Decreto 1952 de 2014), y también a la espera de la ley orgánica de ordenamiento territorial, para efectos de su configuración definitiva. El reconocimiento de los territorios indígenas, constituye un elemento novedoso y de mestizaje del modelo territorial unitario, además de la inserción del pluralismo territorial, en un Estado caracterizado por el centralismo a ultranza.

Las posibles regiones, como otro nivel intermedio de gobierno, tuvieron que esperar casi treinta años para ver su precaria reglamentación en una ley orgánica. Hoy caminan y con dificultades algunas regiones, pero desde la perspectiva administrativa (paso previo para su futura conversión en figura territorial).

Es importante recordar, que el modelo territorial de 1991 previó un proceso de regionalización lento, esto es, de regiones administrativas y de planificación (RAP - art. 306) a regiones como entidades territoriales (RET - art- 307). De hecho, solamente hasta la Ley 1454 de 2011, o Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, se habló, en el marco de la asociatividad territorial, de la figura de la región administrativa y de planificación (RAP), por cierto, bastante mermada en esta normativa, tanto en los aspectos institucionales como en los económicos, y peor aún, fue el trato dado por esta LOOT a la región como entidad territorial (RET).

En ese panorama y con el precario impulso dado por la Ley 1454 de 2011 o LOOT, hoy Colombia presenta un listado de regiones administrativas y de planificación (RAP) con futura vocación de entidad territorial, como lo dispone la Ley 1962 de 2019: Región Administrativa de Planificación Especial: Región Central; Región Administrativa de Planificación: Caribe; Región Administrativa de Planificación: Eje cafetero; y Región Administrativa de Planificación: Pacífico. En proceso de creación la Región Administrativa de Planificación: Córdoba – Noroccidente; la Región Administrativa de Planificación: Gran Santander y Región Administrativa de Planificación: Amazonas.

La nueva ley de regiones dotó a esta instancia de asociatividad de algunos recursos significativos (este era uno de sus grandes problemas y limitaciones), identificó el concepto de hecho regional y el papel que deben realizar, sin duda avances, frente al deplorable panorama que tenía la figura en la Ley 1454 de 2011. En cualquier caso, en lógica de planificación o en el futuro escenario de entidad territorial, una figura que aún debe hacer un recorrido complejo en la frustrada pretensión regionalista del Estado unitario colombiano.

En la misma línea, la nueva ley de regiones, establece los requisitos para la conversión de la RAP en RET o de la región administrativa y de planificación en región como entidad territorial, muy a tono con el artículo 307 de la Constitución Política, pero muy lejano del papel y de la autonomía territorial que establece para las entidades territoriales el artículo 287 del texto político. En otras palabras, existe la posibilidad de creación de una nueva entidad territorial, pero de menor vuelo en comparación con las atribuciones o nivel de autonomía del que

disfrutaran las demás divisiones político administrativas en Colombia (tal como lo dispone el artículo 287 de la Constitución Política).

De hecho, esta nueva ley de regiones, por lo menos avanzó frente al vergonzoso artículo 36 de la Ley 1454 de 2011, que apenas hacía mención a una futura ley que estableciera las condiciones para la transformación de RAP en RET.

Según el artículo 9.º de Ley 1962 de (2019), la RAP-RAPE se puede convertir en RET, conforme a los siguientes requisitos:

1. Solicitud formulada por los Departamentos que conforman la región administrativa y de planificación (RAP), y por los departamentos y el Distrito de Bogotá en el caso de la Región Administrativa y de Planeación Especial (RAPE), a través de sus gobernadores y alcalde, respectivamente, avalada mediante ordenanza por las respectivas asambleas departamentales y del Concejo Distrital en el caso de Bogotá por pertenecer a la región administrativa y de planeación especial (RAPE).
2. Contar con un documento técnico de soporte, el cual deberá contener como mínimo:
 - Diagnóstico y análisis de las dimensiones técnicas que justifiquen su conversión a Entidad Territorial, y las dimensiones orgánicas y arreglos institucionales con los que se daría su participación dentro del Sistema Territorial colombiano en materia de competencias, funciones y recursos.
 - Propuesta y hoja de ruta para adelantar su proceso de conversión, con las acciones que desarrollará en cada plazo, en función de los hechos regionales previamente definidos.
3. La Solicitud deberá ser presentada al Congreso de la República, acompañada del proyecto de ley respectivo.
4. La Región Administrativa y de Planificación (RAP) debe haber funcionado como tal al menos durante cinco años.
5. Concepto previo de la Comisión de Ordenamiento Territorial.
6. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos que conforman la región.

La misma normativa orgánica establece los mismos recursos y las mismas limitaciones de financiación dadas para la región administrativa y de planificación. En esas condiciones, poco vuelo se observa para la región como entidad territorial (RET). Así como están las cosas, estas regiones tendrán que caminar mucho en Colombia para lograr una verdadera consolidación institucional. En todo caso, si como instancias de asociatividad territorial (RAP) han tenido más dificultades que oportunidades en el marco de un modelo territorial que aún no vislumbra el papel trascendental de estos niveles intermedios de gobierno y del proceso de regionalización para Colombia (Tuirán, 2019), como entidades territoriales (RET) afrontan también muchas vicisitudes, entre otras, el estudio de constitucionalidad de esta norma orgánica que contraría los mínimos derechos concedidos a las entidades territoriales (artículos 287), el papel preponderante de lo local, los celos del nivel intermedio de gobierno actual: el departamento y la recentralización de recursos y toma de decisiones en un modelo que además se cruza con el sistema de gobierno hiperpresidencial.

Por su parte, el tema de la distribución de competencias quedó cargado en el nivel central, muy propio de los Estados unitarios. Para identificar el papel constitucional de los municipios y los departamentos, se debe revisar el título XI del texto político, en donde se trazan las tareas dispuestas para el nivel local e intermedio de gobierno.

Art. 311. de la C.P. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Art. 298. de la C.P. Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución.

Los departamentos ejercen funciones administrativas, de coordinación, de intermediación entre la Nación y los municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.

La ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga.

Al parecer, una tarea marcada por verbos rectores diferentes para el nivel local e intermedio de gobierno. Y no es para menos, el nivel local debe garantizar el Estado social de derecho en sus territorios, prestación de servicios, derechos humanos y de la naturaleza, pluralismo, garantismo, calidad de vida y dignidad, seguridad alimentaria, orden público y la vida, entre otros aspectos. El nivel intermedio de gobierno, por su parte, debería garantizar la plena articulación entre el centro y el nivel local: apoyar, coordinar, asesorar, concurrir y actuar en lógica de subsidiariedad. Falta mucho para lograr un nivel de madurez y articulación entre el nivel central, intermedio y local, y el pleno desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Es importante señalar que la distribución competencial en las últimas décadas se ha realizado en beneficio de la entidad local y también en cabeza del nivel intermedio de gobierno, sobre este último, con más lentitud. Estados tanto unitarios como regionales o federales, denotan el papel conquistado por la instancia subnacional, no pasa lo mismo para el caso de los Estados unitarios, caso concreto, el tema colombiano. Asimismo, el proceso de distribución competencial, en las últimas décadas, se ha inspirado en el modelo neoliberal, la apertura, la flexibilización, el ajuste estructural y los procesos de privatización.

En general, el espíritu social del constituyente de 1991 ha cedido ante las insuperables presiones externas, hecho que ha llevado a la reforma del Sistema General de Participaciones, lo cual ha incidido en el debilitamiento de los recursos que resultan insuficientes para cubrir toda la carga competencial que le ha sido asignada a las entidades territoriales.

Finalmente, el constituyente originario de 1991 pensó en una ley especial que le diera carne y cuerpo a las negociaciones y a los vacíos que en asuntos territoriales dejó la Asamblea Nacional Constituyente. Dicho constituyente no pensó que, a la vuelta de 10 años, la Constitución Territorial fuera sometida a diversas reformas que transformaron el inicial espíritu social que irradiaba el cálculo y la distribución de las transferencias territoriales, entre otras, el Acto Legislativo N.º 01 de 2001 y Acto Legislativo N.º 04 de 2007; ni el despilfarro y la corrupción de las autoridades territoriales; tampoco previó la continuidad indefinida del conflicto y su impacto en el mapa territorial. Mucho menos previó la pervivencia de la inequidad regional y la pobreza que padece el territorio colombiano a pesar de los avances que la descentralización ha logrado en varios

sectores sociales. Tampoco avizoró la expedición de una LOOT por pedazos, incompleta y nuevamente inconclusa.

Sin duda, la norma orgánica fue considerada como la carta de navegación territorial o una apuesta prospectiva de país. Sin embargo, languideció la idea de construcción de una LOOT que fuese el faro de la organización del territorio en Colombia, un verdadero estatuto de la descentralización. En otras palabras se habla del innecesario desgaste del legislativo en un asunto que se ha ido resolviendo por partes, esto es: la Ley 134 de 1994 (Ordinaria) que trató el tema de las consultas populares como un mecanismo de participación ciudadana; el tema de las competencias normativas establecidas tanto en el texto constitucional como en diversas leyes; el asunto de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, es decir, competencias en general, que para algunos están consignadas en la vieja Ley 60 de 1993 (derogada), la Ley 715 de 2001, y la Ley 1176 de 2007 (entre otras), el tema de las áreas metropolitanas resuelto por la Ley 128 de 1998 (derogada), hoy Ley 1625 de 2013, la Ley 1551 de 2010 o ley de modernización de la organización y funcionamiento de los municipios, la Ley 1617 de 2013 o de distritos, la Ley 1454 de 2011, y la Ley de Regiones 1962 de 2019.

3. Descentralización por asociatividad, la nueva tendencia

Con todos estos antecedentes y el desgaste propio del tema territorial, hizo carrera la idea de crear una LOOT de principios y grandes orientaciones, la cual fuera objeto de futuros desarrollos legislativos. Igualmente, hizo camino la existencia de diversas LOOT, en otras palabras un ejercicio fraccionado de la organización territorial del Estado, ante la ausencia de un verdadero estatuto de la descentralización y la organización territorial.

La LOOT o Ley 1454 de 2011, más que una ley de ordenamiento territorial o de organización del territorio, es una ley de asociatividad territorial, dicho enfoque no requería de una normativa orgánica sino una ley ordinaria e incluso normativa de menor jerarquía.

Sin duda, el centro de dicha LOOT está en el impulso de esquemas asociativos territoriales, esto es, alianzas estratégicas de entidades territoriales con miras a impulsar el desarrollo autónomo y autosostenible de las comunidades. Cuyo gran objetivo es producir economías de escala, generar sinergias y alianzas competitivas, que no impliquen una reestructuración del Estado ni su institucionalización, sino procesos complementarios para apoyar y fomentar las instituciones existentes⁸. Así, la nueva LOOT se dedicó a desarrollar, preferentemente, el artículo 285 de la Constitución Política, que no requería de un procedimiento legislativo especializado. Dicho artículo constitucional hace referencia a que fuera de la división general del territorio, se construirán otras divisiones territoriales para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado. En este contexto, se impulsan en Colombia los siguientes esquemas asociativos: regiones de planeación y gestión, provincias administrativas y de planificación, áreas metropolitanas y entidades territoriales económicamente desarrolladas, para que se asocien con las más débiles. También se habla de asociaciones de departamentos, asociaciones de municipios, asociación de distritos especiales y asociación de Corporaciones Autónomas Regionales.

8 Una lectura más detallada sobre los esquemas de asociatividad territorial se encuentra en Covilla Martínez (2018).

En principio, las diversas opciones de asociatividad territorial no pueden generar cargos ni al Presupuesto General de la Nación, ni al Sistema General de Participaciones, ni al Sistema General de Regalías. Así, la gran orientación, está en impulsar las diversas opciones de asociatividad con los recursos de las mismas entidades territoriales aliadas y concursar, bajo los criterios que determine el Estado centro, por los recursos y los incentivos a otorgar por el gobierno central, a partir de los criterios de su configuración.

La LOOT comentada (Ley 1454 de 2011) reglamentó el artículo 306 de la Constitución Política, esto es, la región administrativa y de planificación y, de paso, la figura de la RAPE o de la región central. La reglamentación de esta modalidad de asociatividad territorial fue de bajo vuelo, en consideración de los mejoramientos institucionales y económicos que tuvo la figura de las áreas metropolitanas en la última ley orgánica (Ley 1625 de 2013), y de lo esperado en manera de impulso regional para Colombia. Estas limitaciones se pretendieron superar posteriormente con la expedición de la Ley de regiones o ley 1962 de 2019, que además de definir esta figura de asociatividad territorial, identificó la figura de los hechos regionales.

Art. 3º. Hecho Regional. Es un fenómeno territorial que por su naturaleza poblacional y espacial trasciende las escalas de gobierno local y departamental en materias de competencias, inversión, planeación y ejecución de proyectos, requiriendo una atención conjunta para que las acciones que se desarrollen sean eficientes y efectivas, y conduzcan al desarrollo integral de la región. Los hechos regionales son declarados por la respectiva Junta directiva de las Región Administrativa y de Planificación. (RAP), o la Junta regional de las Regiones como Entidad Territorial (RET). (Ley 1962, Art. 30, 2019)

Esta misma ley, habló del mecanismo de creación de esta modalidad de asociatividad territorial previa autorización de sus asambleas departamentales, concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado y la celebración del correspondiente convenio entre los gobernadores de los departamentos asociados. Al definir los hechos regionales, señaló sus funciones y amplió el abanico de financiación, derogando la limitación de recursos establecida de forma inicial por la Ley 1454 de 2011. Según la nueva normativa, las RAP-RAPE o regiones administrativas y de planificación o región central, se financiarán con los propios recursos de que dispongan las entidades territoriales que la conforman, los recursos provenientes del crédito público, cofinanciación del presupuesto general de la Nación y de otras fuentes de financiación territorial, las donaciones en su favor y los demás que considere la ley. Además, la misma normativa señala la posibilidad de que el gobierno pueda asignar una partida en las leyes del presupuesto general de la Nación anual, que tenga como objetivo la correspondiente financiación de proyectos de inversión.

IV. La agonía del Estado unitario

Imposible trabajar sobre tipos ideales o modelos perfectos en materia de organización territorial. Por ejemplo, el viejo Estado unitario, caracterizado en la teoría clásica del derecho constitucional como un Estado con un único centro de impulsión política y administrativa, ha tenido que ceder a cientos de transformaciones (Vandelli, 2017). Durante buena parte del siglo XX, los Estados unitarios se identificaron con los principios de simetría, uniformidad, homogeneidad, un centro único de poder político, un nivel intermedio de gobierno que

obedecía más a lógicas de desconcentración que de descentralización, una tímida regionalización “administrativa”, unos prefectos o unos representantes del Estado centro en el territorio o “Napoléon en el territorio”, unas administraciones locales con un grado de autonomía precario, una transferencia de recursos para el cubrimiento de servicios básicos y el cumplimiento de cometidos constitucionales y legales (Vidal Perdomo, 2003: 289-303).

En cualquier caso, estas características más o menos desarrolladas, más cercanas a la centralización o a la descentralización, nunca permitieron que los territorios o divisiones subnacionales se convirtieran en sujetos políticos, con verdaderos parlamentos territoriales y autogobierno. El monopolio de la producción legislativa estaba dado en el centro, y los territorios apenas contaban con potestades reglamentarias. El libreto o la partitura se escribe en el centro (Estupiñán Achury *et al.*, 2018).

La realidad va más allá de estas reglas básicas. Francia ha tenido un importante proceso de regionalización, flexibilización y graduación de su organización territorial (Estupiñán Achury, 2012); Portugal, con Azores y Madeiras —zona insular—, presenta una excepción a su constante centralista; Colombia, con sus territorios indígenas, entre otros casos, ofrece un panorama de pluriterritorialidad a la hora de hacer la lectura de la organización territorial unitaria, buen ejemplo de transformación. El Reino Unido (aunque hoy clasificado con el nombre de *devolution*) admite poco a poco la devolución de competencias a Escocia (quien estuvo a punto de irse), Irlanda del Norte y Gales, estas últimas con menor poder político a la hora de negociar competencias. En general, un modelo que ha tenido que ceder frente al eterno poder del parlamento central o de Westminster.

Así las cosas, Colombia, aunque aún marcada por la constitución centralista y de la regeneración de 1886, no es la misma. Si bien, no se reconoce como un Estado plurinacional (Ecuador y Bolivia) (Ávila, 2016), también es cierto que tiene territorios de reconocimiento ancestral y de autogobierno. Esta es una realidad, débil aún, pero es una realidad que no tiene reversa. Además de su lenta pero certera conversión en actores políticos importantes. A tal punto, que nuestros grupos étnicos y sociales son fundamentales para la construcción de la democracia y sus territorios son fortines ideológicos de reconstrucción del Estado. Lo mismo para los campesinos, los afrodescendientes y muchos sectores que hoy claman un nuevo reconocimiento territorial. De ellos provienen movimientos sociales, que fueron fundamentales para impulsar la paz y que hoy son necesarios para bloquear cualquier opción de guerra.

No se puede hablar del mismo Estado tradicional unitario de la doctrina. Este tiene un grado relativo de descentralización y una construcción muy limitada del concepto de autonomía. Las tensiones entre el Estado central y los territorios o microterritorios son evidentes. Pero los avances se observan, se hace difícil regresar al punto de partida. Nada fácil echar por la borda la democracia local que se ha ganado en los últimos treinta años (contados a partir del Acto Legislativo N.º 01 de 1986, que implementó la elección popular de alcaldes, antes de la Constitución Política de 1991).

De hecho, al estudiar los Estados unitarios de América Latina, se encuentran diversas clasificaciones, algunos oscilan entre los conceptos franceses de descentralización y desconcentración: Colombia, Chile y Perú; otros aparecen con lógicas de descentralización asimétrica y de incursión en el mundo de los plurinacionalismos: caso de Bolivia y Ecuador (Pavani y Estupiñán Achury, 2017).

En esta última categoría, se ubican los casos emblemáticos, experimentales y en plena observación de Ecuador y Bolivia que han legado para el mundo una nueva forma de leer el Derecho Constitucional en clave ecocéntrica, de

derechos de la naturaleza, de pacha mama, del sumak kawsay, del buen vivir, con tribunales constitucionales plurinacionales, con territorios campesinos e indígenas, que han logrado reivindicar siglos de abandono y de exclusión, y con la propuesta de modelos económicos alternativos. Lo que se ha dado por llamar nuevo constitucionalismo (Wolkmer, 2018; Viciano Pastor, 2012; Lugo González et al., 2017).

En el tema territorial, se encuentra en estos casos asimétricos todo un híbrido entre el modelo unitario, regional, indígena y campesino. De todo un poco. Las lógicas centralistas perviven, a pesar de los esfuerzos constitucionales de los nuevos y plurinacionales legisladores y jueces constitucionales. Las próximas décadas darán cuenta de cuánto avanzaron en dignidad, emancipación, reconocimiento y autonomía territorial. Este es un tema que se lee lento, imposible retroceder. El reto siempre será avanzar.

V. A manera de conclusión

El modelo de organización territorial de la Constitución Política de 1991 está agotado, “barajar de nuevo” en asuntos de distribución del poder en el territorio se hace necesario. En cualquier caso, una construcción muy propia que vaya más allá de la distribución de competencias y de precarios recursos. Un modelo que invoque la heterogeneidad, asimetría, diversidad, regionalidad, gradualidad y plurinacionalidad, pero también, un modelo que descentralice las oportunidades, la riqueza y el desarrollo.

La Constitución de 1991 ha sido vista como adalid de una organización territorial atípica, e incluso semilla de un futuro y posible Estado de más raigambre autónomo⁹. Lo cierto es que la marca unitaria, cunde. A treinta años de su expedición, la evolución de la descentralización ha sido lenta, frustrada o reversada. Más bien soplan vientos de recentralización y de reafirmación de la “constante centralista” de la administración territorial.

Varias escalas se deben potencializar al hablar de la organización territorial, además de sus nombres, tamaños, clases, necesidades, competencias, administración, autonomía y recursos. Potenciar la creación del Estado en los territorios. Considerar que el Estado territorial se construye desde abajo, con las comunidades y en plena ejecución de la democracia participativa y de la visualización de sus modelos de desarrollo vocacionales y sostenibles. En cualquier caso, una combinación de todas las opciones y escalas (centro y todos los niveles de Gobierno: local e intermedio) será necesaria para la búsqueda de la paz y del desarrollo territorial. No en vano, por una parte, el Estado centro hará falta, tanto en la perspectiva presupuestal, de seguridad, como en las grandes orientaciones; pero, por otra, también será necesario exacerbar el papel de lo local en la búsqueda de su propia autonomía y el control de los destinos territoriales. Romper con la tradición centralista no implica el fin del Estado centro, sino la moderación del mismo y de su responsabilidad frente a la creación del Estado social de derecho, durante tanto tiempo negado a los territorios colombianos.

Debe repensarse la distribución territorial, por supuesto, en primer lugar, el tema del poder. Luego pensar en la creación o supresión de departamentos, regiones, revisión de tamaños, regiones como entidades territoriales, regionalización administrativa, más o menos municipios, fortalecimiento de los territorios indígenas, creación de territorios campesinos, fortalecimiento del

9 Una discusión más amplia al respecto se encuentra en Trujillo Muñoz y Pérez Flórez (2016).

campo y de las ciudades. El mapa debe revisarse con lupa, historia, sociología, política y economía. Toda una amplia reflexión en torno del nivel intermedio de gobierno: su papel, organización, corporación político administrativa, creación, tamaño, número de municipios, poblaciones, territorios “no municipalizados”, infraestructura, vías, etc. Un gran estudio que supere los intereses electorales, clientelares y fiscalistas, y que esté a tono con la realidad geográfica y política del país que, sin duda, dará lugar a replantear la actual división política y el modelo de descentralización y de autonomía, aún vinculado, a pesar de los cambios propiciados por el Texto Político de 1991 y la nueva LOOT, a los criterios de homogeneidad y unificación.

Como señalan Restrepo (2016) y Rodríguez (2017), escandalosos desequilibrios territoriales entre unos y otros departamentos o regiones, déficit en materia de representación territorial tanto de estos en el Congreso como de los municipios y provincias que los integran. Déficit de la administración de justicia en toda la geografía nacional, la cual actúa en Colombia bajo lógicas de desconcentración. En general, el escenario ideal para la guerra, territorios abandonados por el Estado y cooptados por actores ilegales. ¿Se trata de un mero caso de reforma electoral o de representación territorial, judicial o de distribución de competencias, o va más allá de simples ajustes constitucionales y de gran calado de división territorial?

Para colmo de males, la descentralización ha sido satanizada, cayó presa de la guerra y la corrupción, luego, muchos plantean que la solución de los males está en más de los mismo, esto es, en la fórmula eterna de la centralización. Así, una de las grandes tareas es revisar a fondo el tema de la distribución del poder, que va más allá de competencias, recursos precarios y elección popular de autoridades.

Realizar una gran reforma estructural, no solo en materia de recursos, tan focalizados en el centro, muy a pesar del espíritu inicial del constituyente de 1991, sino también en lo atinente a la participación territorial, al empoderamiento de los actores territoriales, a la participación local, a la construcción de la planeación de abajo hacia arriba, entre otras. Por lo pronto, la realidad es otra: abundan reformas tibias, códigos añejos, leyes orgánicas por pedazos y sin tocar a fondo el tema de la distribución de competencias, homogeneidad, a pesar de la diferencia y del espíritu asimétrico que se le abona a la Constitución. Sin duda alguna, se requiere un verdadero estatuto de la descentralización que reconozca las diferencias de los territorios.

La geografía de la guerra; los desequilibrios territoriales; los departamentos grandes, medianos y pequeños, no solamente en tamaño, sino en municipios, población y recursos; las vocaciones territoriales distintas; los niveles de desarrollo diferentes; la cooptación de organizaciones criminales y territorios con más o menos institucionalización, entre otros aspectos, reclaman una seria revisión constitucional.

Surge la necesidad de superar el agotado discurso fiscalista de la descentralización, infortunadamente vinculado a la política de ajuste estructural como criterio único y, por tanto, la ineludible tarea de impulsar un proceso que comprenda las debilidades del modelo económico, la vulnerabilidad del Estado nación en ciernes, la asimetría y heterogeneidad de las regiones colombianas, y la necesaria relación entre descentralización fiscal, Estado social de derecho y desarrollo regional.

Tremendos retos no se pueden realizar con reformas legislativas, leyes orgánicas por pedazos o esperando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ha sido liberal en derechos pero conservador en territorio (hoy se observa conservador en los dos frentes).

Así como están las cosas, el tema nuevamente debe pasar por el constitucionalismo democrático, el poder popular o una nueva asamblea nacional constituyente. Y una de sus grandes tareas será la revisión férrea de esta asignatura pendiente, frustrada, que hoy es causa del conflicto armado, la violencia política y de la ausencia del Estado en los territorios.

Bibliografía

- Armenta López, L. A. (2005). *La forma federal del Estado*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ávila, R. (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Badía, F. (1986). *El Estado Unitario, el federal y el Estado autonómico*. Madrid: Tecnos.
- Campos, C. G. E. (2005). *Devolution y forma de gobierno en Escocia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Covilla Martínez, J. C. (2018). Caracterización de los Esquemas Asociativos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. En P. Robledo Silva, H. Santaella Quintero, J. C. Covilla Martínez (eds.). *Derecho de las entidades territoriales* (pp. 233-276). Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Croisat, M. (1995). *El federalismo en las democracias contemporáneas*. Barcelona: Hacer.
- Estupiñán Achury, L. (2012). *Desequilibrios Territoriales. Estudio sobre la descentralización y el ordenamiento territorial colombiano: una mirada desde el nivel intermedio de gobierno*. Bogotá: Universidad del Rosario y Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Estupiñán Achury, L. (2017). El Estado Unitario: La Reiterada Fórmula de la organización territorial en Colombia. Mutaciones y Tendencias. En G. Pavani y L. Estupiñán Achury (eds.). *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado Unitario en América Latina* (pp. 163-197). Bogotá: Universidad Libre, Università di Bologna.
- Estupiñán Achury, L., Moreno González G. y Montiel Márquez, A. (eds.). (2018). *La cuestión territorial a debate: España y Colombia*. Bogotá: Universidad Libre.
- Estupiñán Achury, L., 2018. Modelos territoriales para Estados Plurales y diversos. El caso Colombia. En L. Estupiñán Achury, G. Moreno González y A. Montiel Márquez, (eds.). *La cuestión territorial a debate: España y Colombia* (pp. 215-238). Bogotá: Universidad Libre.
- Henríquez Opazo, O. (2020). Descentralización y regionalización en Chile 1974-2020: de la desconcentración autoritaria al Estado unitario descentralizado con mayor empoderamiento regional. *Territorios y Regionalismos*, 3, 61-81.
- Hernández Becerra, A. (2001). *El ordenamiento territorial colombiano o la tela de Penélope*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lugo González, A., Jiménez Vega, R. y Martínez Dalmau, R. (2017). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un aporte para el mundo*. Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas.
- Moreno González, G. (2018). España, cuestión de integración constitucional. En L. Estupiñán Achury, G. Moreno González y A. Montiel Márquez (eds.). *La cuestión territorial a debate: España y Colombia* (pp. 81-104). Bogotá: Universidad Libre.
- Pavani, G. y Estupiñán Achury, L. (eds.). (2017). *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

- Pavani, G. y Suelst Cock, V. (eds.). (2019). *Tendencias del Estado Federal en América Latina*. 1ra ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo editorial Ibáñez.
- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2006). *Introducción al Derecho Público Comparado*. Lima: Palestra.
- Restrepo, D. I. (2016). *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*. Bogotá: CDPAZ – Planeta Paz.
- Restrepo, D. I. y Peña, C. (2018). Economía política de la descentralización y de la recentralización. En L. Estupiñán Achury, G. Moreno González y A. Montiel Márquez (eds.). *La cuestión territorial a debate: España y Colombia* (pp. 165-196). Bogotá: Universidad Libre.
- Revenga, M. (2007). Las formas de Estado. En J. L. García Ruiz et al. *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?* (pp. 29-43). Bogotá: Universidad Libre.
- Robledo Silva, P. (2010). *La Autonomía Municipal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Robledo Silva, P., Santaella Quintero, H. y Covilla Martínez, J. C. (eds.). (2018). *Derecho de las entidades territoriales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, J. (2017). Descentralización (Centralización) sin representación: a propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano. *Documentos FCE - CID Escuela de Economía*, 81. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2926229
- Trujillo Muñoz, A. y Pérez Flórez, G. (2016). El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana. En *Diseños institucionales para la gestión territorial de la paz* (pp. 17-31). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Tuirán, Á. (2019). Un paso más cerca de un país de regiones. *La Silla Vacía*, 6-6-2019.
- Vandelli, L. (2017). Las múltiples caras del Estado unitario. En G. Pavani y L. Estupiñán Achury (eds.). *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina* (pp. 21-28). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Velasco Fernández, O. (2019). *Construcción del Estado unitario y descentralizado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Viciano Pastor, R. (2012). *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. València: Tirant lo Blanch.
- Vidal Perdomo, J. (2003). ¿Cambiar los departamentos por regiones?. En VV.AA *Crisis y futuro de los departamentos en Colombia* (pp. 289-303). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Wolkmer, A. C. (2018). *Pluralismo Jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. 2 ed. Madrid: Ed.Dykinson.

Apéndice jurisprudencial

- Corte Constitucional. Sentencia C- 1051 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 089 de 2001. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia SU- 095 de 2018. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Acercas del Estado regional y la nueva constitución. Presente y por-venir¹

About the regional State and the new Constitution. Present and future

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor titular del Departamento de Derecho Público. Universidad de Chile.
fzuniga@zcabogados.cl

DOI: 10.2436/20.8080.01.45

Fecha de recepción: 20/11/2020

Fecha de aceptación: 05/12/2020

Resumen

En el presente artículo se analiza la reforma constitucional impulsada por el segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018) sobre Estado regional y los nuevos órganos: gobernador regional, delegación presidencial regional, materializada en la Ley de reforma constitucional N° 20.990, que busca obtener un país más descentralizado y desconcentrado institucionalmente, trasladando las funciones propias del intendente regional a estas nuevas figuras. Además, se aborda cómo se proyectaría la distribución territorial del poder en el debate de contenidos de la nueva Constitución, en la Convención Constitucional elegida el 11 de abril de 2021.

Palabras clave

Estado regional; gobierno regional; descentralización; desconcentración.

Abstract

This article analyzes the constitutional reform promoted by the second government of Michelle Bachelet (2014-2018) on the regional state and the new bodies: regional governor, regional presidential delegation, materialized in Constitutional Reform Law No. 20,990, which seeks to obtain a more decentralized and institutionally deconcentrated country, transferring the functions of the regional mayor to these new figures. In addition, it addresses how the territorial distribution of power would be projected in the debate on the contents of the new Constitution, in the Constitutional Convention elected on April 11, 2021.

Keywords

Regional state; regional government; decentralization; deconcentration.

¹ Ponencia efectuada en seminario del H. Senado de la República de Chile, inédita y actualizada; de fecha 12 de noviembre de 2020.

Sumario

I. Presentación — II. Camino al Estado regional. — III. El desafío de un Estado regional. — IV. Conclusiones. *Bibliografía.*

I. Presentación

En los últimos años se ha incrementado el debate acerca de la necesidad de un Estado regional y de una desconcentración-descentralización efectiva en nuestro país, en particular con el programa del segundo gobierno de Bachelet que ha impulsado diversas iniciativas que van orientadas a distribuir el poder político-estatal en el territorio; de la mano de una fuerte impronta republicano-democrática.

No es la primera vez que nos terciamos frente al modelo de Estado heredado de la consolidación del Estado nacional: el Estado unitario, firmemente anclado en un modelo de Estado propio de la revolución político-burguesa: el Estado jacobino-napoleónico; que retoma la centralización de los borbones en Francia y España y que se proyecta en el derecho público indiano en América Latina como bien destaca Véliz (1984: 348).

El Estado unitario y la centralización político-administrativa cuenta a su haber con el peso del pasado. El peso del pasado se proyecta en la teoría constitucional en la “Constitución histórica”, como advertía Marx (1842-1843/1983) en sus escritos juveniles para bendecir o santificar el látigo, en la dialéctica amo-siervo criticando a Hugo y a Savigny; y también se proyecta en la exquisitez dogmática de la “Constitución material” de Mortati (1940/2001) que justifica el *statu quo*. La premisa básica del “historicismo” es negarse al cambio o condenarlo de antemano como un cambio gatopardiano a lo Lampedusa: “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”. El que la regionalización como proceso hubiere comenzado bajo el régimen autoritario (1975) no es contradictorio si se define correctamente su horizonte geopolítico, económico e institucional centrado en la desconcentración de la Administración con resabios funcionalistas de representación corporativista en comunas y regiones (CODECOS y COREDES).

Luego, un nuevo reparto territorial del poder político estatal (Administración y Gobierno) desafía al pasado. En efecto, con la intención de traspasar el poder desde el Estado central (Administración) a las regiones, el programa gubernamental señaló que la nueva Constitución “romperá con el centralismo del Estado chileno. Se establecerán gobiernos regionales que, liderados por jefes ejecutivos elegidos por votación directa, dispondrán de autonomía, facultades y recursos suficientes para constituirse en verdaderos ejes del desarrollo territorial”².

Es conocido por este selecto público aquí presente que nuestro país enfrenta graves desigualdades-asimetrías como país y en el ámbito territorial, que trae como consecuencias, entre otros, problemas de acceso a una mayor igualdad, un desarrollo económico, social y cultural inarmónico y falta de democratización de las decisiones que son determinantes para la población de cada región.

2 Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, 34.

En este sentido, el programa del pasado gobierno de Bachelet plantea que con el fin de promover el fortalecimiento de la regionalización del país, del desarrollo equitativo entre las regiones y democratizar las instituciones era necesario extender la elección directa que ya existe en el caso de alcaldes, concejales, y consejeros regionales a la máxima autoridad regional³, lo que deberá considerarse en la nueva Constitución, junto con la necesaria autonomía administrativa del gobierno regional, especialmente en las materias relacionadas con el desarrollo y planificación del territorio. Luego la reforma constitucional promulgada mediante la Ley N° 20.990 de 2017, es un adelantamiento parcial de contenidos de una nueva Constitución y que es fruto del trabajo de la Comisión de Descentralización creada para proponer mecanismos e instituciones para avanzar cualitativamente en descentralización y más democracia; Comisión que concluyó exitosamente su tarea y materializó sus acuerdos en un macizo informe⁴.

II. Camino al Estado regional

Los avances en el campo de la desconcentración-descentralización institucional y del desarrollo regional han sido graduales y tímidos. Es así que en el año 2009 se dio un paso significativo en el fortalecimiento de las regiones con la reforma constitucional que permitió disponer de la elección de consejeros regionales por votación directa del cuerpo electoral regional. Al mismo tiempo se avanzó tímidamente en el traspaso de algunas de las funciones propias de los ministerios a gobiernos regionales. Además, entre otros proyectos legislativos de interés fue promulgada este año la Ley N° 20.757, que regula el estatuto aplicable a los presidentes de consejos regionales y fue incorporado el “Fondo de Convergencia” en la Ley de Presupuestos del Sector Público desde el año 2015.

La reforma constitucional de 2017 sobre elección de gobernadores regionales entronca con la efímera experiencia federal en los albores del Estado nacional, en que la ley de 12 de octubre de 1826 estableció la elección directa mediante sufragio ampliado de intendentes por provincia; idea central del proyecto de Constitución federal y del ideario defendido por Infante desde “El Valdiviano Federal” y complementario de la ley que estableció “Asambleas Provinciales” con diputados elegidos popularmente en razón de uno por cada curato, órganos revestidos de potestad legislativa (Heise González, 1954: 46-48).

Sin embargo, el modelo de Estado unitario centralista comienza a implantarse con la Constitución liberal de 1828, la que hace un modesto reconocimiento a los sectores federalistas al conservar las “Asambleas Provinciales” y las provincias históricas (Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé) (Heise González, 1960).

Asimismo, entroncado con el pasado y en el marco del fortalecimiento de la regionalización del país, a principios de este 2017 se publicó el texto definitivo de la Ley N°20.990 de reforma constitucional que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional, el cual se esperaba que tuviera efectos para la elección directa de gobernadores regionales conjuntamente con las elecciones políticas generales del año 2017, para así asumir junto con el nuevo

3 Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, 114.

4 Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional. *Propuesta de política de Estado y Agenda para la descentralización y desarrollo territorial de Chile*, Valparaíso, 2014.

mandato presidencial en marzo del 2018; siempre que fuera promulgada la ley orgánica constitucional que determine la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más de sus competencias. Ello no ocurrió y recién ahora el Congreso Nacional ha despachado los proyectos de ley y de reforma constitucional que permitirían la elección general administrativa simultánea el 11 de abril de 2021⁵.

La Ley N°20.990 de reforma constitucional que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional fue iniciada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet y está basado en la configuración del Estado como una república democrática, la cual, según el mensaje, requiere de una mayor descentralización, siendo necesaria “una política consistente y multisectorial en materia de desarrollo de las regiones, que considere la especificidad de cada una, siendo necesario que las soluciones a los diversos problemas que existen en las quince regiones del país sean definidas con creciente participación de los niveles subnacionales”⁶.

Por su parte, la cuestión de la función ejecutiva regional no se limita a la aspiración histórica de la elección popular de la máxima autoridad en el territorio, sino que es un poco más compleja. No se pone en duda que los intendentes (futuros gobernadores regionales) deban ser elegidos por el pueblo o cuerpo electoral de la región en forma directa mediante sufragio universal; pero resulta también esencial separar las funciones que actualmente ejercen.

Esto, porque la utilización que la Constitución vigente hace del concepto de “gobierno regional” resulta contradictoria o, al menos, carente de contenido específico, pues actualmente los gobiernos regionales tienen por función casi principal administrar políticas sectoriales definidas por la Administración central. Es un término que se remonta a la reforma constitucional de 1991; que instituye “gobiernos regionales” que no gobiernan, sino que tienen a su cargo la administración superior de la región. De esta forma, actualmente no existe una distinción adecuada entre las funciones de gobierno y administración, por cuanto se asigna a la misma autoridad (el Intendente) tanto la representación en la región del Presidente de la República como la titularidad del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, pese a la relativamente reciente aparición del Presidente del Consejo Regional. El intendente hoy es todavía un “órgano bifronte” (Luksic, 1992), titular de potestades diferenciadas y con una relación dual, un personaje propio de R. L. Stevenson (Jekyll y Hyde).

Así, actualmente es la figura del Intendente Regional quien ejerce las tareas como poder ejecutivo de gobierno en la región respecto de la administración y como representante del Presidente de la República. Al respecto, el mensaje señala que “en cuanto representante del Presidente, resulta lógico que sea nombrado por él. Sin embargo, hoy en día, cuando los ciudadanos eligen alcaldes, concejales, parlamentarios y consejeros regionales, y en circunstancias que el Intendente dirige un cuerpo constituido por autoridades electas democráticamente, su carácter designado resulta anómalo”⁷, es así que se considera imprescindible que la máxima autoridad ejecutiva en la región sea elegida por la ciudadanía mediante votación directa.

5 Boletín N°11200-06, que Regula la elección de gobernadores regionales y realiza adecuaciones a diversos cuerpos legales, proyecto que se encuentra actualmente en el TC para control obligatorio y preventivo de constitucionalidad, Rol N° 4214-17

6 Mensaje de S.E. Presidenta de la República con el que inicia proyecto de reforma constitucional, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional, 3.

7 *Ibidem*.

A través de la Ley N° 20.990 se modifica el artículo 111 de la Constitución y se dispone la creación de la autoridad de “gobernador regional” que sustituye al Intendente y que será elegido por sufragio universal, en votación directa, por simple mayoría de los votos válidamente emitidos (equivalente al menos al 40% de los votos válidamente emitidos), durando cuatro años en su cargo, siendo posible la reelección por una sola vez.

Artículo 125 bis. Para determinar el límite a la reelección que se aplica a los gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y concejales, se considerará que han ejercido su cargo durante un período cuando hayan cumplido más de la mitad de su mandato.⁸

Dentro de sus funciones se contempla aquellas que se relacionen con la representación del Poder Ejecutivo en la región respectiva, presidiendo el consejo regional y otras tareas que se le asignen en coordinación con los servicios públicos que operen en la región y que dependan o se relacionen con el gobierno regional.

El texto de reforma que fue aprobado en un principio por la Cámara de Diputados el 8 de noviembre de 2016, contenía que la elección del gobernador regional sería en conjunto con las de consejeros regionales, así como también el procedimiento en caso de que exista empate entre candidatos, contemplando además elecciones en caso de vacancia cuando faltare un año o más para la próxima elección. El texto aprobado definitivamente se hizo cargo de esta particularidad. El nuevo texto incluye además la facultad del consejo regional de fiscalizar los actos del gobierno regional, pudiendo entregar observaciones que se transmitirán por escrito al gobernador regional, con el acuerdo de un tercio de los consejeros, o de requerir individualmente al gobernador regional la información necesaria, reforzando así la correspondiente función de fiscalización del consejo regional del artículo 36 letra g) de la Ley N°19.175.

El texto que fue aprobado y promulgado por la Ley N°20.990 establece la modificación del artículo 111 de la Constitución Política de la República, quedando el definitivo como sigue:

Artículo 111.- La administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

El gobernador regional será el órgano ejecutivo del gobierno regional, correspondiéndole presidir el consejo y ejercer las funciones y atribuciones que la ley orgánica constitucional determine, en coordinación con los demás órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Asimismo, le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional.

El gobernador regional será elegido por sufragio universal en votación directa. Será electo el candidato a gobernador regional que obtuviere la mayoría de los sufragios válidamente emitidos y siempre que dicha mayoría sea equivalente, al menos, al cuarenta por ciento de los votos válidamente

8 Artículo incorporado mediante la ley de reforma constitucional N°21.238, de 2020.

emitidos, en conformidad a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva. Durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años, pudiendo ser reelegido consecutivamente sólo para el período siguiente. Si a la elección del gobernador regional se presentaren más de dos candidatos y ninguno de ellos obtuviere al menos cuarenta por ciento de los sufragios válidamente emitidos, se procederá a una segunda votación que se circunscribirá a los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas y en ella resultará electo aquel de los candidatos que obtenga el mayor número de sufragios. Esta nueva votación se verificará en la forma que determine la ley.

Para los efectos de lo dispuesto en los dos incisos precedentes, los votos en blanco y los nulos se considerarán como no emitidos.

La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las causales de inhabilidad, incompatibilidad, subrogación, cesación y vacancia del cargo de gobernador regional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 124 y 125.

Con todo, el pasado es el pasado, y se hace sentir (preservando la unidad política o gubernativa del Estado); previéndose en la reforma constitucional una suerte de “prefecto” del modelo francés (delegado presidencial regional) (Chapman, 1959). En efecto, la nueva norma contempla la existencia de una delegación presidencial regional, a cargo de un delegado, que es nombrado directamente por el Presidente de la República, conservando la representación natural e inmediata que tiene hoy el Intendente Regional en el territorio y sus funciones, entre otras, la función de gobierno interior y la coordinación, supervigilancia y fiscalización de los servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa en la región o que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio.

Si bien en un principio el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el año 2016 contemplaba dicha autoridad como “secretario presidencial regional”, el texto definitivo que fue promulgado como ley de la República se indica como la figura de “delegado presidencial regional”.

La reforma constitucional contempla así un nuevo artículo 115 *bis*:

Artículo 115 bis.- En cada región existirá una delegación presidencial regional, a cargo de un delegado presidencial regional, el que ejercerá las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región, en conformidad a la ley. El delegado presidencial regional será el representante natural e inmediato, en el territorio de su jurisdicción, del Presidente de la República y será nombrado y removido libremente por él. El delegado presidencial regional ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República.

Al delegado presidencial regional le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio.

Además del delegado regional presidencial, se contempla la autoridad del delegado provincial presidencial, nombrado por el Presidente de la República, para cada provincia, modificándose el inciso primero del artículo 116 en los siguientes términos:

Artículo 116.- En cada provincia existirá una delegación presidencial provincial, que será un órgano territorialmente desconcentrado del delegado presidencial

regional, y estará a cargo de un delegado presidencial provincial, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. En la provincia asiento de la capital regional, el delegado presidencial regional ejercerá las funciones y atribuciones del delegado presidencial provincial.

Las enmiendas introducidas y con las cuales fue aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados corrigieron algunas falencias del texto original como la previsión de casos de empate y vacancia, así como también refuerza la función fiscalizadora del Consejo Regional respecto de los gobernadores y su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. A pesar de ello, el nuevo texto del artículo 113 aparece algo confuso, siendo recomendable que se dividan aquellas cuestiones relativas a la organización del Consejo de las relacionadas con sus funciones.

De esta forma, podemos señalar que en general las funciones y atribuciones de los gobernadores regionales serán aquellas que la Constitución y las leyes otorgan expresamente al intendente como órgano ejecutivo regional, mientras que las restantes funciones y atribuciones que la Constitución y las leyes otorgan al intendente se entenderán que corresponden al delegado presidencial regional.

Más específicamente, y en relación con dichas funciones y atribuciones, es fundamental señalar que con fecha 23 de Enero del 2018, fue declarado conforme a la Constitución, por parte del Tribunal Constitucional, el proyecto de ley relativo al fortalecimiento de la regionalización (Ley N° 21.074), luego de múltiples controversias en torno, principalmente, a atribuciones de las nuevas autoridades operantes en cada región y la transferencia de competencias que deben derivarse a los gobiernos regionales desde entidades, servicios u organizaciones del Gobierno central. Respecto al primer tópico, dentro de las principales atribuciones y competencias de los gobiernos regionales se encuentran diseñar, elaborar, aprobar y aplicar políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo de la región dentro del ámbito de sus competencias; orientar el desarrollo territorial de la región en coordinación con servicios públicos y municipalidades; elaborar y aprobar su proyecto de presupuesto; administrar fondos y programas de aplicación regional, entre otros, siendo probablemente una de las más relevantes elaborar y aprobar el plan regional de ordenamiento territorial en coherencia con la estrategia regional de desarrollo y la política nacional de ordenamiento territorial. Así, se establece en el mismo proyecto de ley que el plan regional de ordenamiento territorial es “un instrumento que orienta la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macro zonificación de dicho territorio”. En relación ahora con el segundo tópico, es decir con las normas sobre transferencia de competencias desde el Gobierno Central, se detalla en el proyecto de ley que “el Presidente de la República transferirá, a uno o más gobiernos regionales, en forma temporal o definitiva, una o más competencias de los ministerios y de los servicios públicos a que se refiere el artículo 28 de la ley N° 18.575”, debiendo estar estas competencias necesariamente enmarcadas en el ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural. En el marco de la discusión del proyecto, se puso énfasis en el hecho de que se privilegiará el traspaso de competencias que tengan clara aplicación regional, es decir, aquellas cuya aplicación signifique una mejor calidad y oportunidad en la toma de decisiones y una mejor adecuación de la política nacional en el territorio. Es menester mencionar, además, que las competencias serán ejercidas por el gobierno regional a través de sus divisiones, y de conformidad a las políticas públicas nacionales, permitiendo el mismo proyecto de ley la creación de nuevos servicios públicos que dependerán o se relacionarán con el gobierno

regional de acuerdo a “las capacidades que cada gobierno regional ha generado y las competencias que cada uno ha adquirido”.

Por otro lado, la Ley N° 21.073 que regula la elección de gobernadores regionales y realiza adecuaciones a diversos cuerpos legales (Boletín N° 11200-06)⁹, busca viabilizar la reforma constitucional de diciembre de 2017, en las elecciones administrativas del 11 de abril de 2021, previstas originalmente el año 2020 y postergadas a 2021 por la pandemia del COVID-19, mediante Ley N° 21.221 de reforma constitucional, que estableció un nuevo “itinerario electoral”.

Con todo, y aún en consideración de dichos avances legislativos, es menester hacer un balance provisional. Un Estado con regiones con mayor autonomía se trata de una auténtica innovación respecto de los equilibrios políticos, sociales y económicos del territorio nacional y el ejercicio efectivo de las regiones de un gobierno más cercano con la comunidad y los ciudadanos. Sin embargo, el reconocimiento de una muy débil autonomía política a través de la elección popular del gobernador regional y el consecuente traspaso de poder requieren, además, del fortalecimiento de los mecanismos de participación ciudadana en la región como espacio más cercano y del control ciudadano al actuar como su representante. Todo ello sin perjuicio del sistema de control social del poder político en la región y del control jurídico y de legalidad, propios de un moderno Estado de Derecho

Además, sea por la vía de la transferencia de funciones y atribuciones, o mediante el traspaso de servicios públicos a los gobiernos regionales, éstos verán incrementado de forma sustantiva su ámbito de acción. Por ello, resulta natural dotarlos de la estructura institucional y económica necesaria para poder cumplir a cabalidad su tarea de satisfacer las necesidades de la comunidad regional.

III. El desafío de un Estado regional

En el marco de una nueva Constitución, la Convención Constitucional, que resulte de las elecciones de convencionales constituyentes de 11 de abril de 2021, está desafiada a cortar la cadena que une la distribución territorial del país con el modelo de Estado unitario centralista consolidado en 1833. Es por ello preciso apuntar una serie de consideraciones, ya sostenidas en otro lugar (Zúñiga Urbina y Peroti Díaz, 2020: 27-30)¹⁰, con carácter de balance y prospectiva crítica:

Desde la fundación del Estado chileno ha sido un Estado unitario con fuertes elementos de centralización política herencia, del pasado colonial y de la monarquía borbónica y el molde afrancesado del Estado jacobino—napoleónico con el breve interludio del ensayo federal. De esta suerte, se impone hoy la asunción de una nueva forma jurídica del Estado que retome la tradición regional, provincial y municipalista y dé un salto cuantitativo y cualitativo en la distribución territorial del poder político fortaleciendo la regionalización y evitando la provincialización regresiva de este proceso.

El régimen de “Gobierno y Administración Regional” ha avanzado significativamente desde la reforma constitucional N° 19.097, de 12 de noviembre de 1991 que instaura la creación de los gobiernos regionales, integrado por un órgano ejecutivo (el Intendente Regional) y un órgano colegiado (el consejo

9 El proyecto se encuentra actualmente en el TC para control obligatorio y preventivo de constitucionalidad, Rol N° 4214-17

10 En este punto en particular el aporte corresponde al profesor Rodrigo Pérez Lisicic.

regional). Existen tres ideas a destacar de esta histórica reforma a la Constitución autoritaria de 1980. La primera de ellas, la reforma al esquema de “Gobierno y Administración Interior del Estado” chileno fue una reforma que pasó inadvertida ante la opinión pública y que, en consecuencia, no tuvo el reconocimiento que se merecía tras haber superado 157 años de centralismo político y jurídico desde la Constitución de 1833, la que había eliminado las asambleas provinciales contempladas por la Constitución de 1828. La Constitución de 1925, que las había contemplado, el Presidente de la República optó mediante decreto con fuerza de ley asignar las atribuciones de las asambleas provinciales dentro de las potestades presidenciales, circunstancias que se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 1973. La segunda idea, es la creación de una doble función del Intendente Regional, vale decir, desde el año 1991, el Intendente Regional, es el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción y ejecuta, por tanto, las competencias propias de gobierno interior; por otra parte, el Intendente es órgano ejecutivo del Gobierno Regional y lo preside desarrollando las funciones propias de administración regional. Este carácter “bicéfalo” de las competencias del Intendente se mantendrá hasta el inicio de la entrada en vigor de la reforma constitucional que contempla la figura del gobernador regional, de naturaleza electiva por sufragio universal. Y la tercera idea, se refiere al nuevo ciclo de reforma al modelo de “Gobierno y Administración Regional” del Estado instaurado por un conjunto de reformas constitucionales que tienden a mejorar la representatividad de las autoridades regionales (consejeros regionales y gobernador regional) y fortalecer las regiones del territorio nacional.

Entre las reformas constitucionales destacan:

- a) La Ley N° 20.390, que establece la elegibilidad de los consejeros regionales por sufragio universal.
- b) La Ley N° 20.990, que establece la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional (gobernador regional).
- c) La Ley N° 20.346, que establece normas sobre asociacionismo municipal.
- d) La Ley N° 20.573, por la cual se crean territorios especiales de Isla de Pascua y del Archipiélago Juan Fernández.
- e) La Ley N° 20.644, que crea una Disposición Transitoria 26, en cuya virtud se establece un mecanismo transitorio para la elección de los gobernadores regionales y realiza adecuaciones a varios cuerpos legales.
- f) Por último, la Ley N° 20.990, que crea una Disposición Transitoria 28, en cuya virtud fija reglas para la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional.

A las reformas constitucionales antes señaladas, se deben agregar las leyes de reforma a la ley orgánica constitucional N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, como son:

- a) La Ley N° 21.073, de 22 de febrero de 2018, sobre Elección de Gobernadores Regionales y que adecua y modifica diversos cuerpos legales.
- b) Finalmente, se dicta seguidamente una norma del mayor interés, la Ley N° 21.074, de 15 de febrero de 2018, sobre Fortalecimiento de la Regionalización del País.

El nuevo Estado regional debe reconocer en la región el motor de desarrollo y un centro de decisiones administrativas que se funde en el principio democrático. Sin duda, constituyen avances importantes la elección directa de los

consejos regionales por la ciudadanía regional y la inminente aplicación de la elección directa del gobernador regional que preside el gobierno regional, como máxima autoridad administrativa de la región; quedando reservado a los delegados regionales presidenciales y delegados provinciales presidenciales la función de gobierno en la región y provincias, conservando el carácter de agentes naturales y directos del Presidente de la República en el territorio.

Esta profundización de la democracia regional se ha visto limitada por el insuficiente proceso transferencia de competencias que, en absoluto, sugiere la idea de descentralización en los propios términos descritos por la actual Constitución de 1980 en su artículo 3º y artículo 65, inciso cuarto numeral 2º. Por ello, sostener que el actual régimen de transferencia de competencias es una acción descentralizadora es, por lo menos, desconocer la legalidad de dicha técnica y, en consecuencia, forzar los términos de una realidad inexistente.

En este contexto la única descentralización que ha operado de modo significativo es la creación del órgano gobernador regional y la única experiencia de autonomía política para la población regional es el ejercicio del derecho de sufragio para la elección de las autoridades de naturaleza electiva, debiendo tolerarse la presencia de órganos de la Administración Pública con bajos niveles de legitimidad democrática.

Cabe señalar que Estado regional supone la máxima transferencia de las funciones y potestades administrativas al Gobierno Regional. Es indispensable en Chile consagrar una nueva distribución territorial del poder político, que profundice el proceso de regionalización y que concrete la anhelada descentralización administrativa del país, instaurando un auténtico e inconfundible Estado regional.

Para concretar lo anterior, es indispensable separar las funciones de Gobierno-Administración en la región, quedando el delegado presidencial regional circunscrito, exclusivamente, al campo gubernativo, eliminado la delegación provincial del Gobierno y conferir al gobierno regional un abanico de funciones y potestades administrativas ordenadas al desarrollo y participación regional, resultando de primer orden consagrar la hacienda regional que permita concretar las políticas públicas regional; así como también los principios de solidaridad territorial entre las distintas regiones que se expresen en mecanismos de compensación financiera que aseguren el desarrollo equitativo de todos los habitantes de la república.

Y tratándose del consejo regional un efectivo estado regional debe dar paso a la transformación de éste en una asamblea regional dotada de potestades normativas, resguardando su debida armonización de las políticas y planes nacionales, que admitan un grado de descentralización política compatible con esta forma de Estado.

El Estado regional deberá conferirles encaje a los territorios de pueblos indígenas en conformidad con la ley.

En definitiva, un Estado regional, como una forma intermedia entre el Estado unitario y el Estado federal, supone un máximo de transferencia de potestades administrativas al Gobierno Regional y que aborde la regionalización como un proceso, que posea áreas metropolitanas efectivas y mitigue los efectos de las "mega" regiones.

IV. Conclusiones

La reforma constitucional de 2017 sumariamente abordada, se produce en el contexto de un empeño del segundo gobierno de Bachelet en orden a instalar una nueva Constitución, empeño malogrado en el cuatrienio (2014-2018).

Precisamente este empeño es un flanco crítico también: por qué discutir separadamente la forma jurídica de Estado de otros cambios tan sustanciales como el perfeccionamiento de la forma política estatal: la república democrática y de la forma jurídico-política de un Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, este flanco crítico prescinde de la realidad: la descentralización y más democracia a nivel regional no pueden esperar; como esperó el constituyente de 1925 la creación de las “asambleas provinciales”. La larga espera en materia de forma jurídica del Estado, que supone el centralismo, es fruto del anotado “peso del pasado”, que se proyecta en la teoría constitucional como un verdadero paradigma conceptual que García Pelayo (1950/1984: 41-45) explicitó en el esquema trinitario: Constitución racional normativa, Constitución sociológica y Constitución histórica-tradicional. El concepto histórico tradicional es conservador (o reaccionario): mira al pasado como si fuese un “orden inmutable” y de allí su conexión ideológica con el historicismo; se resiste a la idea de un plan racional propio del liberalismo del siglo XVIII y XIX o del socialismo del siglo XX. En este orden, el Estado unitario es postulado como la única forma de organización territorial del poder, dado que el pasado institucional la valida como la única posible o deseable; es parte de la Constitución histórica y de la Constitución material.

La amarga lección para el sistema democrático como es la decreciente participación política del pueblo en los procesos electorales es demostrativo de ello. La suerte de “fatiga o desinterés electoral” que hoy nos aqueja se corrige (más allá del debate acerca de la obligatoriedad del derecho de sufragio) abriendo las instituciones a la participación del pueblo y restableciendo el sufragio universal obligatorio; expresión cabal de la “sala de máquinas” (Gargarella, 2014) del Estado.

De esta manera, conecta el nuevo reparto del poder político en el territorio de un Estado regional con el sistema de derechos. Se materializa el deber o mandato dirigido a los órganos del Estado en orden a respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su progresividad, expansividad y óptima realización posible, lo que unido a la descentralización permitirá mayor igualdad y mejores oportunidades para las regiones.

Asimismo, un Estado “democrático” debe asegurar también los derechos políticos: sufragio universal, asociación política, protección del Estado a los nacionales, nacionalidad, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición a la autoridad y el derecho de reunión y manifestación; el derecho a la participación política y social, como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas.

Ahora bien, una y otra definición (que el Estado sea tanto social como democrático) no significan mucho si la vigencia efectiva de los derechos y las oportunidades para participar tanto de la vida política como económica de la nación están determinadas por el lugar en que una persona nazca o resida. Por eso, la nueva Constitución debe reconocer el derecho de todos los habitantes de la república a tener oportunidades equivalentes de participar en las decisiones democráticas locales, regionales y nacionales y, a la vez, de beneficiarse del desarrollo económico.

Para que esa última definición sea efectiva, el diseño institucional que se haga a nivel local, regional y nacional en la nueva Constitución debe contemplar los equilibrios adecuados, que permitan la capacidad del Estado nacional para cumplir con sus funciones propias, pero que también asegure una eficiente y eficaz actividad pública de municipalidades y gobiernos regionales.

En ese sentido, la agenda de descentralización del segundo gobierno de Bachelet ha avanzado; y hoy se evalúan de manera positiva las nuevas reglas que dispone la Ley N° 20.990 consistente en la creación del órgano del gobernador regional como autoridad electa.

Lo anterior no excluye la revisión del reparto territorial del poder político estatal en el marco de una nueva Constitución, de suerte de acoplar correctamente las piezas de la máquina estatal; es decir las decisiones fundamentales (bases de la institucionalidad) relativas al Estado, la economía, la sociedad y las personas con el arreglo institucional que Chile finalmente asuma.

Tampoco excluye lo dicho en el debate acerca de la “provincialización” del proceso de regionalización; que parece dar cuenta de una realidad identitaria en lo territorial, político, económico y cultural de raíz histórica. Es el peso de las 25 provincias que Chile tenía y que se remonta a las ocho provincias de los orígenes de la república. La “provincialización” nos obligará a debatir acerca de “macro-regiones”; que conjure un nuevo-viejo riesgo para el Estado regional como es la “mega-región” (Boiser, 2004).

Por último, un Estado regional en el debate de nueva Constitución debería hacerse cargo de una distribución territorial del poder, en sus funciones políticas y administrativas; eliminando o racionalizando la supervivencia de los “prefectos” (delegados presidenciales regionales y provinciales), e instalando en el gobierno regional una “Asamblea Regional” con potestad legislativa, y reforzando a través de este órgano el control político del gobierno regional.

Finalmente, en el marco de la nueva Constitución se debe abordar primero el encaje de territorios indígenas en las regiones del país, y la composición de conflictos o “cuestiones de competencia” que pudieran suscitarse entre autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales; que pudiera reforzar la competencia de “tribunal de conflictos” de un nuevo Tribunal o Corte Constitucional.

Bibliografía

- Boiser, S. (2004). Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente. *Revista Eure*, 90, 27-40.
- Chapman, B. (1959). *Los prefectos y la Francia provincial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- García Pelayo, M. (1950/1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial.
- Gargarella, R. (2004). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz editores.
- Heise González, J. (1954). *Historia Constitucional de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Heise González, J. (1960). *150 años de evolución institucional*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Luksic, Z. (1992). Algunos contenidos fundamentales de la descentralización regional y municipal: el concepto de autonomía, el orden económico de la descentralización y una visión gradual del proceso. *Cuadernos de análisis jurídico*, 20, 35-48.
- Marx, K. (1842-1843/1983). *En Defensa de la Libertad. Los artículos de la Gaceta Renana 1842-1843*. Valencia: Fernando Torres Editor.
- Mortati, C. (1940/2001). *La Constitución en sentido material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Véliz, C. (1984). *La tradición centralista en América Latina*. Barcelona: Ariel.

Zúñiga Urbina, F y Peroti Díaz, F. (coords.). (2020). Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista. Disponible en: <https://institutoigualdad.cl/2020/11/26/bases-y-fundamentos-de-una-propuesta-constitucional-progresista/>



III. HISTORIA CONSTITUCIONAL

Mujeres en revolución (1868-1874)

Women in Revolution (1868-1874)

PILAR GARCÍA TROBAT

Catedrática de Historia del Derecho.
Universitat de València.
pilar.garcia@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.1.19039>

Fecha de recepción: 28/10/2020
Fecha de aceptación: 27/11/2020

Resumen

La gloriosa revolución de 1868 trajo aires de libertad y democracia. Las mujeres, aunque no se consideró llegado el momento para que participaran de forma directa en política, se convirtieron en una fuerza importante y capaz de alterar el curso de la historia política española. Desde una óptica y con unos objetivos muy diferentes, católicas, republicanas y aristócratas defendieron sus intereses a través de los canales abiertos por la misma revolución: derechos de manifestación, reunión, petición y libre expresión. A veces incluso, al margen de la ley. A la hora de reconstruir esta etapa revolucionaria tan trepidante resulta imprescindible tener en cuenta la contribución femenina para entender los cambios en el gobierno y en las formas de gobierno.

Palabras clave

Gloriosa revolución; mujer; católica; republicana; aristócrata; sufragio; quintas; Constitución de 1869; derecho de manifestación; derecho de reunión; derecho de petición; libertad de expresión.

Abstract

The glorious revolution of 1868 unleashed a sense of freedom and democracy. Women, despite not being considered their moment to directly participate in politics, became a significant force capable to alter the course of Spanish political history. From one standpoint but very different objectives, catholic, republican and aristocrat women fought for their interests through the same channels opened by the revolution: demonstrations, meetings, appealing rights, and freedom of expression. Sometimes even outside the law. When reconstructing this revolutionary phase marked by its frenetic character, it becomes necessary taking into account this female contribution to understand changes in government and in the forms of government.

Keywords

Glorious revolution; woman; catholic; republican; aristocrat; suffrage; quintas; Constitution of 1869; demonstration right; meeting right; freedom of expression right.

Sumario

I. El sufragio femenino en las Cortes Constituyentes. — II. La misión de la mujer: influir en el hombre. — III. Católicas, republicanas y el artículo 55 de la Constitución. — IV. Conspiración femenina contra Amadeo y Serrano. — V. Epílogo. *Bibliografía*.

I. El sufragio femenino en las Cortes Constituyentes

La revolución de septiembre de 1868 abrió un periodo en la historia política de España en el que se ensayaron, desde los vitoreados principios democráticos, todas las formas de gobierno posibles y se proclamaron libertades públicas y derechos individuales, algunos por primera vez, para todos los españoles, hombres y mujeres. Solo hubo una excepción importante: el sufragio tanto activo como pasivo quedaría vedado para ellas. Es verdad que a pesar de que algunas mujeres lo solicitaron fueron las menos. Además, la prensa que se hizo eco de estas demandas, en general se escandalizaba y burlaba de ellas cuando del derecho electoral se trataba¹. En Cádiz, cuando un grupo de mujeres pidieron el derecho al voto, o en Selva, cuando unas republicanas protestaron por la ley electoral, podemos encontrar respuestas tales como la publicada en un artículo de *El Cascabel*: “Pero hijas mías, ¿quién os quita el derecho de elegir novio, que es lo que vosotras debéis elegir?”². Algunas peticiones femeninas introdujeron requisitos al derecho al voto de la mujer, limitando su ejercicio como en su día lo estuvo en los hombres. Son propuestas similares a las que

1 *Gil Blas*, 24-9-1871.

2 La referencia a las mujeres de Cádiz en *El Papelito*, 8-11-1868; sobre las de Selva (Tarragona) en *El Cascabel*, 10-12-1868. No había cambiado mucho la opinión acerca de las mujeres interesadas en política. El movimiento feminista, aunque poco secundado, se había manifestado con anterioridad. En 1851 *El Clamor Público* de 9 de agosto habla de un periódico femenino *Ellas*, en cuyo prospecto donde se anuncian decían: “la soberanía de las mujeres se ve combatida y postergada por la tiranía de los hombres; ellos hicieron las leyes y nosotras nos doblegamos al paso de la fuerza; nos rendimos cobardemente, sin pelear y el yugo nos ahoga... ha llegado el momento de unirnos, de empuñar la pluma y de combatir...”. En 1854, el 16 de septiembre, el periódico *La Iberia* recogía bajo el título “emancipación femenina”: “desde que cuatro solteronas, aficionadas a hablar de política y alguna que otra agitadora pública, como *mistris Brohonnee*, se dieron a defender los derechos de las mujeres y su emancipación, andan muchas de estas que no se las puede sufrir. Ahora parece que han celebrado una reunión, en que han acordado elevar la petición siguiente: 1. Sufragio universal comprensivo de todas las mujeres de probidad. 2. Participación por iguales partes en los destinos de la nación. 3. Economías en los presupuestos del Estado, y aumento en los domésticos. 4. Reforma del Código en la parte que concede la administración de los bienes de la mujer al marido. 5. Abolición de la pena de muerte por causas políticas a las mujeres. 6. Prohibición del libre comercio y penas severas contra el género de contrabando. 7. Extinción del celibato; unión conyugal. 8. Formación de un código criminal contra las coquetas. 9. Establecimientos de modas en todos los pueblos y aldeas, y que los figurines sean nacionales.” Aunque claramente se trata de una burla hacia el movimiento de emancipación femenina deja constancia de algunas reivindicaciones que en los años de la revolución serán habituales.

años más tarde se presentarían en las Cortes³. Puede verse, por ejemplo, la carta de una suscriptora de *La Correspondencia de España* que pedía al diario que abogara para que se les concediera el derecho a votar diputados para las Cortes Constituyentes. La mujer se quejaba de que se aclamara tanto el sufragio universal sin contar con ellas. No deseaba la emancipación de la mujer, que en su opinión debía quedar sujeta a su marido; pero a su marido y a nadie más. De ahí que entendiera que las solteras y viudas mayores de 20 años y menores de 65, siempre que supieran leer y escribir, deberían poder votar en las elecciones⁴. En otras ocasiones lamentaron no tener este derecho, aunque solo fuera como crítica a la inacción de los hombres. “Si las mujeres tuviéramos voto electoral, creemos que, aun considerado relativamente, sería mucha mayor la animación en los colegios electorales los días de votación”, se recogía en un periódico satírico⁵. En una exposición contra la libertad de cultos presentada al general Serrano por las marquesas Santiago, Zugasti y Portugaleta y firmada por 15.000 mujeres de Madrid, expresaban:

No pedimos gracia, ni imploramos clemencia. Excmo. Sr., demandamos justicia, reclamamos respeto y protección a nuestros derechos de católicas, de españolas y de mujeres. Si tuviéramos voto en los comicios, o asiento en las Cortes, allí acudiríamos a defender, aun a riesgo de nuestras vidas, la religión perseguida, la paz de las familias amenazada, la fe y la honra de España escarnecidas; pero no tenemos sino lágrimas para llorar y voces con que clamar, y por eso enviamos a V. E. lágrimas y suspiros, pidiendo lo que nosotras tenemos derecho a pedir, lo que V. E. tiene obligación de respetar y proteger...⁶

Estas protestas, sin embargo, cayeron en saco roto. No había llegado aún el momento para que les fuera reconocido este derecho. La Constitución de 1869 no las tuvo en cuenta. No obstante, si nos atenemos al dictado literal del art. 16 resulta con todo discutible su exclusión: “ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones de senadores, diputados a Cortes, diputados provinciales y concejales”. ¿No eran las mujeres, españolas? Lo pondría de relieve el diputado Palanca durante el debate del proyecto de Constitución⁷. En su opinión, las leyes no debían dejar lugar a dudas ni interpretaciones y al recoger el proyecto “ningún español”, la comisión incluía a las mujeres que eran también españolas. Según el art. 1.1. españoles eran “todas las personas nacidas en los dominios de España” por lo que las mujeres, si habían nacido en España, tenían que ser consideradas españolas y como tales, con derecho al voto. Ciertamente la inclusión de la coletilla “en pleno goce de sus derechos civiles” en el art. 16 limitaba

3 En 1877 algunos conservadores presentaron una enmienda al proyecto de ley que restablecía la ley electoral de 1865 con el propósito de que “las madres de familia, viudas y mayores de edad” pudieran gozar “del derecho electoral (...) debiendo emitir su voto por escrito o por medio de apoderado”, Diario de sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados [en adelante DSC, CD], 30-5-1877, 506. En 1907 los republicanos pedían el voto de las mujeres viudas o solteras emancipadas, mayores de 23 años, aunque solamente para las elecciones municipales, DSC, CD, 27-6-1907, 813-814; los demócratas, por su parte, proponían que pudieran votar las viudas que contribuyeran con más de 100 pesetas, Diario de sesiones del Senado, 16-7-1907, 1.

4 *La Correspondencia de España*, 26-10-1868.

5 *La Madeja política*, 1-8-1874.

6 *La Guirnalda*, 16-1-1869, 207.

7 Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes [en adelante DSCC], 20-4-1869, 1216.

este derecho, pero solo afectaba a algunas, no a todas. Palanca proponía junto a otros diputados enmendar el texto añadiendo las palabras “varón mayor de 20 años”, para determinar al “español” al que se refería el artículo.

Todo español, varón, mayor de 20 años, que no se halle inhabilitado por sentencia ejecutoria para el ejercicio de los derechos políticos, tendrá el de concurrir con sus sufragios a las elecciones de los representantes en las Cortes, Diputaciones provinciales y ayuntamientos⁸.

Le contestó Segismundo Moret: la palabra español, aunque común a ambos sexos, cuando se reducía a uno de sus sentidos resultaba innecesario y superfluo especificar el género. Se sobreentendía que se refería al varón de la misma forma que cuando el art. 28 hablaba de la obligación de todo español de defender la patria se refería también solamente al hombre⁹. Se acabó la discusión. Sin embargo, a pesar del escaso tiempo que dedicaron a la cuestión, dejaron patente la opinión que sobre la participación directa en la política por parte de la mujer existía entre los diputados. Palanca, de pasada, afirmaba que no le importaría que la mujer tuviera derecho a votar “porque representa un progreso en el porvenir”. Pero su intención no era introducir este debate, ni rebatir un sufragio llamado universal a pesar de ser exclusivamente masculino, solo pretendía introducir precisión en el texto constitucional, dejar claro que las mujeres quedaban excluidas y sobre todo rebajar la edad para poder votar.

Moret al contestarle daría con la clave del pensamiento general: “dice S. S. que puede haber duda desde el momento que se declare (si es que esto ha de hacerse en el progreso de las ideas), que las mujeres deben tener derecho electoral; *pero está tan lejana esa época, es tan difícil prever ese caso*, que creo no dará nunca origen a anfibologías”¹⁰. En realidad, Moret estaba plasmando la opinión de la mayoría de la sociedad, como iremos analizando. Ni en las Cortes, ni en el gobierno, ni en los revolucionarios más radicales, ni mucho menos en la mayoría de las mujeres había dudas al respecto. La idea de que las mujeres pudieran ejercer el derecho al sufragio en aquellos momentos resultaba todavía, como decía Moret, muy lejana. La enmienda no se tuvo en consideración por 141 votos contra 57¹¹. Y no es que los 57 diputados que votaron en contra estuvieran a favor de corregir del texto del artículo la inclusión de la palabra “varón”, lo más importante para ellos era otra parte de la enmienda al artículo, la que aludía a la edad para poder votar. Proponían 20 años en lugar de los 25 que disponía la comisión.

Con razón, una republicana que llamaba a la emancipación de la mujer, pudo decir que en España, a diferencia de lo que estaba ocurriendo en otros países, “nuestros ministros de gobernación no han tenido que refutar ninguna proposición de los diputados de la minoría que tendiera a elevar la situación política de las mujeres”. Acababa, de forma sarcástica, diciendo: “no lo decimos en tono de reproche bajo el punto de vista de la idea sino porque a nadie se le ha ocurrido en las Cortes ser *galante con las damas*”¹².

8 Enmienda presentada por Eduardo Palanca, Gonzalo Serracalera, Pedro José Moreno, Eduardo Chao, Joaquín Gil Berges, Adolfo de la Rosa y Emigdio Santa María. DSCC, 20-4-1869, 1210.

9 DSCC, 20-4-1869, 1218.

10 DSCC, 20-4-1869, 1219. La cursiva es mía.

11 DSCC, 20-4-1869, 1220.

12 *La Federación*, 28-5-1871. La referencia a la “galantería” en el texto es debida a que la autora critica también las expresiones al “bello sexo”, “mitad más hermosa del género humano” que solo recubren de oro las cadenas de las mujeres.

Todavía en el debate sobre el sufragio universal en las constituyentes de 1869 hubo más referencias interesadas sobre la mujer. A pesar de que las nuevas Cortes eran el resultado de una revolución en la que el sufragio universal había sido una de sus banderas; a pesar de que sus diputados habían sido elegidos mediante ese sufragio universal decretado el 9 de noviembre de 1868 por el gobierno provisional, en el debate constitucional se cuestionó la conveniencia de tanta universalidad, aunque solo fuera masculina. Las razones no eran nuevas. Entre ellas, la vieja idea de que la mujer pudiera acceder al derecho del sufragio suponía motivo suficiente para limitarlo en los hombres y exigirles determinados requisitos. En las constituyentes de 1854-56 ya se había utilizado como excusa para atacar el sufragio universal masculino.

Todas las escuelas conocidas, todas, sin exceptuar la que recomienda y sostiene el sufragio universal –contestaba el diputado Corradi al diputado García López– han reconocido la conveniencia de exigir estas garantías a los que aspiren al derecho de los electores (...) Los partidarios de esa escuela a que S.S. pertenece –la del sufragio universal– excluyen con inexorable rigor a una parte del género humano, cuales son las mujeres ¿Y por qué? Porque reconocen, y no podían menos de reconocerlo, que a pesar del grande y legítimo influjo que la mujer tiene en el hogar doméstico y en la suerte de las sociedades humanas, como compañera inseparable en nuestras desgracias y prosperidades, por su organización, por sus condiciones especiales y por los cuidados a que la destina la naturaleza, no tiene todo aquel criterio que se necesita para elegir bien, para tener participación en el sufragio¹³.

La exclusión de las mujeres, aceptada por todos, le bastaba al diputado Rivero Cidraque para negar la posibilidad misma de la existencia del sufragio universal. La naturaleza de la mujer impedía el reconocimiento de dicho derecho.

En las constituyentes de 1869 pretendiéndose la proclamación de la más amplia tabla de derechos y libertades, la mujer volvía a adquirir en los debates un protagonismo ni pretendido ni mucho menos favorable a sus derechos políticos. Volvía a ser la excusa perfecta para quienes aspiraban a limitar el derecho al sufragio. Aunque en esta ocasión el debate sería más complicado. Los derechos individuales se concebían para demócratas y republicanos como derechos naturales e ilegislables. Superiores a la legislación, eran propios del hombre, como el respirar; no eran derechos políticos. Para Castelar, “esos derechos naturales, como la personalidad, la igualdad, la libertad, la asociación, la inviolabilidad del domicilio, etc., se han hecho siempre derechos políticos, porque los Gobiernos opresores han tratado de destruirlos para poder someter a los hombres a su capricho; ha habido necesidad de consignar en las Constituciones como derechos debidos a

13 DSCC, 24-1-1856, 10178. Para el diputado Rivero Cidraque, “el sufragio universal, señores, lleva su condenación en su propio nombre; el sufragio universal no existe ni puede existir, puesto que en sí lleva excepciones, y entre esas excepciones las hay de tal naturaleza, aceptado tal y como tiene que aceptarse, que lo hacen imposible y hasta absurdo. Si a un ser viviente solo por ser hombre y porque tiene 21 años se le concede sin ninguna otra prenda de garantía el sufragio, ¿por qué se le negáis a la matrona, madre de una numerosa familia? ¿Tiene menos experiencia, menos sensatez, menos conocimiento de las cosas del mundo la mujer de 40 años, de una vida honrada, madre de seis o más hijos, que un mozo de 20 ó 21 años que ha salido apenas del colegio? Seguramente que no. El sufragio universal es una quimera; lo que se llama sufragio universal, señores, consiste en traer la masa no inteligente para ahogar la inteligencia y eso no conduce en primer término más que a la anarquía, y en último resultado a la tiranía; y no puede ser de otra manera”, DSCC, 25-1-1856, 10217.

las leyes, los que eran debidos a la naturaleza del hombre"¹⁴. Debía desaparecer la fórmula "con arreglo a las leyes" que acompañaba a estos derechos en todas las constituciones precedentes porque su abuso había limitado en ocasiones su ejercicio hasta el punto de negarse el derecho en cuestión. La Constitución solo podía declararlos y garantizar su ejercicio, pero no reconocerlos porque eran anteriores a la misma. Para evitar restricciones en leyes posteriores se debían fijar los límites en que podían desenvolverse en el mismo texto constitucional.

Cánovas, sin embargo, partidario de recoger la fórmula "con arreglo a las leyes"¹⁵, es decir, de limitar su ejercicio por leyes posteriores, se sorprendía de la conceptualización de los derechos individuales como derechos naturales o ilegislables y mucho más si se trataba del derecho electoral. Si derivaba de la naturaleza humana no se podía negar a ningún ser humano, tampoco a la mujer. Y si ésta quedaba excluida era debido a que se exigía cierta capacidad que "no admitís en la mujer, por razón de su sexo". Pero exigir una determinada capacidad implicaba considerar el derecho al sufragio como derecho político y la posibilidad de restringirlo como en etapas anteriores.

No nos detendremos en el debate sino en las referencias que, con ocasión del mismo, en estas constituyentes, se hacen de las mujeres para entender el pensamiento de los diputados salidos de la revolución. Es necesario advertir que en ningún caso se discute la posibilidad de conceder el voto a las mujeres; todo lo contrario, se sirven de estos argumentos quienes quisieron conseguir que el sufragio universal se suprimiera del título primero por el peligro que suponía la "posibilidad de que un día la utopía del sufragio de una mujer se convierta, como tantas otras, en realidad"¹⁶ e introducir algunos requisitos para que los hombres pudieran votar.

Después del discurso de Cánovas a la totalidad del articulado, sería el diputado Romero Robledo, quien abriera el turno de palabra respecto del art. 16, tras la matización anteriormente analizada de Palanca¹⁷. Para Robledo, la universalidad con que se calificaba al sufragio no podía ser tal porque dejaba "a la inmensa, a la grandísima mayoría del país –las mujeres– sin tal sufragio". Siguiendo la argumentación de Cánovas alegaba que el sufragio universal como derecho individual no podía privar a las mujeres del derecho al voto. "La mujer es inteligente, es libre, es propietaria; tiene absolutamente todos sus derechos ¿por qué no se le concede el de sufragio? (...) no encontraba otra razón (...) que la de que la mujer no tiene barbas"¹⁸. En ningún caso estaba abogando por el sufragio femenino. De hecho, consideraba que no había en las mujeres voluntad propia de ejercerlo basándose en las denuncias presentadas en el Congreso contra algunas mujeres que lo habían ejercido. Lo hicieron en lugar de sus maridos, imposibilitados por trabajo o enfermedad. No lo habían hecho en su nombre propio sino haciendo las veces de sus maridos¹⁹.

14 DSCC, 7-4-1869, 898.

15 DSCC, 8-4-1869, 929.

16 Salazar Sarracedo, DSCC, 20-4-1869, 1222.

17 DSCC, 20-4-1869, 1228.

18 DSCC, 21-4-1869, 1232-1235.

19 Parece ser que se presentaron en el colegio electoral de la villa de Villanueva y Geltrú varias mujeres para votar en representación de sus maridos que estaban ocupados trabajando. En Guadalajara se dio por válido el voto emitido por una mujer en nombre de su marido que estaba enfermo, alegando que dicho enfermo había manifestado su deseo ante tres testigos. En las Cortes, Romero Robledo se refirió a otra que pretendió votar por su marido que estaba enfermo y tomó estos casos como demostración de la nula voluntad de las mujeres de votar por ellas mismas, DSCC, 21-4-1869, 1234. Los casos reseñados en *Diario de Córdoba de comercio, industria, administración, noticias y avisos*, 25-12-1868. También en *El Papelito*, 10-1-1869 y *La Esperanza*, 4-1-1869.

El diputado Romero Girón, férreo partidario del sufragio universal masculino, consideraba que a pesar de ser un derecho ilegislable no se privaba a las mujeres de él, sino que eran ellas mismas quienes lo hacían “porque quizá, y sin quizá, en mi opinión, no lo quieren ni lo pueden querer”. No era misión de las mujeres determinar la política del Estado²⁰. Pero Romero Robledo siguió insistiendo: si el derecho al voto era un derecho natural no se podía privar de él a las mujeres, aunque el fin de la mujer no fuera gobernar. No podía considerarse a la mujer adherida al marido, “hay muchas que no se casan, que tienen sus derechos, que contribuyen como los hombres a levantar las cargas del Tesoro pagando contribuciones”, por qué no les iba a interesar gobernar. “¿Es posible que tenga menos independencia y menos libertad una mujer que un pordiosero?” preguntaba²¹. Pero la cuestión se zanjó. El sufragio universal debía recogerse en la tabla de derechos ilegislables porque había sido una conquista de la revolución y las mujeres no estaban incluidas²².

Durante el debate del proyecto de la ley electoral en 1870 se volvió a hablar de las dos limitaciones a la universalidad del sufragio: la edad y el sexo. Respecto del sexo García Sanmiguel explicaba:

Hasta hoy el derecho electoral no se ha extendido a la mujer y por más que grandes pensadores como Hoppel, Hugo y Stuart Mill crean que debe ser igual en derechos políticos al hombre, sin embargo, no ha llegado aún el tiempo en que este ideal científico pueda ponerse en práctica. La mujer debe hoy estar limitada a los cuidados de la familia y a formar el corazón de sus hijos para el bien; y según dice perfectamente Arhens, así como el hombre lleva sus pensamientos y sus sentimientos a examinar las relaciones que le unen al mundo y a la humanidad, la mujer, por el contrario, concreta todas sus afecciones y sentimientos a la vida íntima de la familia. Dejemos, pues, que esta hermosa mitad del género humano permanezca encerrada en los límites naturales de sus afectos y evitémosla por ahora participar de los muchos disgustos y sinsabores que al hombre proporciona la vida política²³.

De nuevo el argumento de “no ha llegado aún el tiempo...”. Antes que ella estaba el bien de la familia que debía preservar. Otras leyes venían a completar el retrato de aquella mujer garante de la moral familiar. Su infidelidad al esposo o los delitos pasionales continuaron siendo castigados con penas más duras que los cometidos por hombres, según el nuevo código penal de 1870 en consonancia con la opinión mayoritaria de la sociedad. Las leyes civiles y mercantiles ponían a la mujer casada o soltera no emancipada en el mismo plano inferior que a los menores de edad. En general, no hubo interés por modificar la estructura familiar, ni siquiera entre los republicanos y krausistas a pesar de apoyar su educación y emancipación²⁴.

En febrero de 1870 se decretó la enseñanza de la Constitución en “las Escuelas normales y en todas las públicas de primera enseñanza de la Nación”. De nuevo no solo se incumplió en algunas localidades, sino que en el caso de las niñas se cuestionó. Así lo recogía *El Tiempo*: “no discutimos la conveniencia de que al cabo de pocos meses o de pocos días, veamos pulular un enjambre

20 DSCC, 21-4-1869, 1235-1237.

21 DSCC, 21-4-1869, 1238.

22 Sobre este debate, Espigado Tocino (2010: 164-166).

23 García Sanmiguel, DSC, CD, 22-4-1870, 7331

24 De Labra (1869) ponía de manifiesto esta incongruencia en la legislación como veremos más adelante. También puede verse en Scanlon (1986: 8, 127-131).

de políticos de seis u ocho años, pedantes liliputienses (...) pero será un mal gravísimo para las familias que las mujeres aprendan desde niñas los derechos individuales e ilegislables”²⁵.

II. La misión de la mujer: influir en el hombre

Quienes se preocuparon por mejorar la situación de la mujer incidieron sobre todo en la necesidad de su instrucción. El 2 de febrero de 1869 se inauguraba con este fin *El Ateneo de Señoras* cuyo objetivo era afianzar la revolución procurando a través de la educación mejorar su situación en el ámbito laboral, así como liberarlas de “beaterías, palanca de reacción”²⁶. Unos días más tarde, la Universidad de Madrid organizaba los domingos una serie de conferencias sobre la educación de la mujer. En el discurso inaugural, su rector el krausista Fernando de Castro (1869: 8) avanzará la línea de pensamiento por la que caminará el resto de los ponentes: la instrucción de la mujer era necesaria para cumplir con el destino que tenía en la vida según las condiciones de su sexo, es decir para ser “madre del hogar doméstico y madre de la sociedad”. Para De Castro (*ibid.*: 13), las mujeres deberían ir a la universidad y estudiar pero no “tanto para cultivar en sí misma la ciencia cuanto para aplicarla en el círculo íntimo de la familia” sobre todo como madres y esposas.

La Providencia la ha colocado al lado del hombre en las tres edades que recorre su vida: en la infancia, para guiar los pasos del niño; en la virilidad, para moderar las pasiones del hombre; y en la vejez, para mantener el vacilante paso del anciano (*ibid.*: 14).

Cuanto más perfecta fuera su educación mayor sería su influencia sobre el hombre, aunque les advertía: “guardaos, sin embargo, de pretender imponerle nada en el orden religioso, ni en el político ni en otro alguno” (*ibid.*: 16). Su destino era “aconsejar, influir; de ninguna manera imperar” y menos inmiscuirse en “las pasiones de partido” (*ibid.*: 17). Ese mismo día, el catedrático Joaquín María Sanromá dictó la primera conferencia –“la educación social de la mujer”–. Respecto de la participación directa femenina en la política consideraba, con independencia de lo que pasara en el futuro, que la sociedad no estaba preparada para tomar ese camino. Él mismo era contrario a las mujeres que seguían los debates de Cortes, discutían con hombres asuntos políticos o consumían prensa política. Para Sanromá, la mujer tenía un papel más importante en política: no debía “hacerla” pero sí influir en la que se hiciera. No debía quedarse al margen, debía estar interesada en la política como los hombres porque ella “nos da o nos niega la libertad, garantía de esos derechos individuales que debe poseer toda persona, sea cual fuere el sexo a que pertenece” (Sanromá, 1869: 19). La llamaba a instruirse para que pudiera “influir” en cuestiones como las quintas, la esclavitud, la pobreza, el librecambismo... porque “os conviene y nos conviene”²⁷.

25 Véase decreto en *Gaceta de Madrid*, n.º 57, 26-2-1870. En Tarragona se oponen muchos vecinos, *La idea: revista semanal de instrucción pública*, 25-7-1870. Cita en *La Correspondencia de España*, 22-1-1869. Sobre la enseñanza de la Constitución en las escuelas de niñas, véase García Trobat (2020).

26 Jagoe (1998: 120).

27 “El soldado arrebatado a los brazos de una madre anegada en lágrimas, por una razón política que sostiene esa esclavitud blanca llamada servicio militar; el otro esclavo negro, tan marido

Francisco Pi y Margall se encargó de impartir la decimocuarta conferencia. También para este federal la mujer debía contribuir al desarrollo de la sociedad, pero no por el camino de la política porque “su misión no está fuera sino dentro del hogar doméstico” (Pi y Margall, 1869: 5). No obstante, debía estar instruida.

¿Se quiere entonces, se me dirá, que la mujer sea también política? ¿Se quiere que la mujer tercie también en las ardientes luchas de los partidos? No, a buen seguro; no creo que la mujer deba nunca mezclarse en nuestras sangrientas luchas civiles; no creo ni aún que deba tomar parte en esas manifestaciones ruidosas que de algún tiempo acá vemos entre nosotros; no creo ni que deba hacer exposiciones en pro ni en contra de tales o cuales principios que se estén agitando; pero creo, sí, que puede y debe influir en la política, sin separarse del hogar doméstico (...) Puede la mujer influir en la marcha política de los pueblos, pero ejerciendo su acción sobre su marido, su padre, sus hermanos, sus hijos si los tiene, inflamándolos en el santo amor de la humanidad y de la patria. Lo repito: en el hogar doméstico, no fuera de él, ha de cumplir la mujer su destino (*ibid.*: 9-10).

De nuevo se dejaba para la mujer la influencia en los miembros varones de su familia. Sería Rafael de Labra quien en estas conferencias se mostró más avanzado a la hora de esgrimir el significado de igualdad de derechos entre hombres y mujeres²⁸ y el sinsentido que resultaba de que la ley no reconociera su derecho al voto. Las ventajas que se invocaban para el hombre servían para la mujer.

Preguntad señoras a esos hombres que hoy corren por esas calles henchidos de orgullo con los derechos que la revolución les ha reconocido. Preguntadles ¿cuál era el argumento que a sus labios se apuntaba ayer para condenar el monopolio que de la dirección de los negocios públicos ejercían ciertas y determinadas clases conocidas bajo el nombre de país legal? (De Labra, 1869: 13,16)

Si la debilidad de su sexo era razón suficiente ¿por qué el código penal le reconocía la misma responsabilidad que a un hombre y no contemplaba siquiera como atenuante su “fragilidad”? El derecho debía estar por encima del sexo. Con todo, su mayor preocupación era la situación de la mujer casada que perdía su personalidad en el derecho civil. Sin su reforma era impensable que la mujer pudiera alcanzar sus derechos políticos. No es preciso seguir sondeando la opinión de otros conferenciantes, otros autores ya lo han hecho (Flecha García, 1996: 20-28; García Romero, 2013; Bolaños Mejías, 2003) y creo que queda de manifiesto, en cuanto a la participación política de la mujer, la opinión mayoritaria de la necesidad de instrucción para influir en la familia y en la sociedad.

como el marido blanco y tan hijo como el que besáis tantas veces en la frente, y sin embargo entregado a la brutalidad de un amo porque una razón política sostiene la esclavitud en las colonias; el pobre y el desvalido, a quien una razón política hace mirar como vago y mal entretenido, como si no fuera cien veces más peligrosa y repugnante aquella otra vagancia que se arrastra por los salones; las mercancías que por una razón política no pueden entrar a veces por las costas y fronteras, impidiendo al jornalero llevar un pedazo de pan a su boca o comprar un pedazo de lienzo para cubrir las desnudas carnes de su hijo...” (Sanromá, 1869: 19-20).

28 García Romero (2018) advierte en las diferentes propuestas de los conferenciantes dos propuestas de tipo de mujer.

Para el derecho al voto aún no había llegado el momento.

En 1870 en el discurso leído en la Universidad de Santiago con motivo de la inauguración del curso académico, el catedrático Parga Torreiro se refería a las exclusiones del sufragio, dedicando la mayor parte del mismo a la menos debatida que a la vez resultaba ser la más numerosa: la exclusión femenina²⁹. Apenas había publicista que se opusiera a ella y, sin embargo, la única causa que encontraba para no permitirle votar era el sexo. Rechazaba la idea de Duvergier según la cual la moral y el sentido común imponían esta prohibición. Realmente al publicista francés le servían sus argumentos para rechazar la idea de que el sufragio fuera un derecho natural. Para Parga no podía ser “objeto de una oposición seria y fundada”. Compartía la opinión de Stuart Mill quien, en defensa del sufragio femenino, entendía que todas las personas pretendían un buen gobierno que garantizase su bienestar y “si la forma democrática supone la concurrencia de todos a designar los que gobiernen, no hay, ciertamente, por qué excluir de entre todos a la mujer, que no tiene, ni por interés, ni por moralidad, peores títulos que los que el hombre puede invocar”. No podía ser un privilegio del hombre y no encontraba razones para considerar indigno que la mujer depositase en una urna la cédula electoral cuando al hombre menos apto se le permitía³⁰.

Pero esto era la teoría. En la práctica consideraba que no había llegado el momento... No hay tras su discurso intención ninguna de reivindicar el sufragio femenino en España. El motivo era la opinión que acerca del asunto se tenía en la sociedad no solo demostrada por “las impugnaciones sarcásticas de muchos y notables escritores” que ridiculizaban a la mujer mezclada en política, sino también por parte de las propias mujeres, la parte interesada. Sería “intempestivo establecer un derecho que a la mayor parte y la no menos competente inspirase una sarcástica sonrisa, y a las que debieran ejercerlo un soberano desprecio”.

Concepción Arenal (1869: 86) abogaba por la educación de la mujer y su capacidad para ocupar la mayoría de los empleos, aunque no era partidaria de que la mujer se inmiscuyera en política ni tuviera derecho a voto porque se vería “envuelta en sus persecuciones, y la familia dispersa y los huérfanos sin amparo”.

Y la mujer, ser inteligente, ¿no ha de tener opinión ni influencia en una cosa tan importante como la política? Puede pertenecer a una escuela, puede tener opinión e influir en la de otros por medio de sus escritos; pero no quisiéramos que tuviera partido ni voto. ¿Le necesita por ventura para influir eficazmente al triunfo de sus ideas? De ningún modo. Cuando sea ilustrada influirá en la política, aunque no tome parte directa en ella, porque influirá en el voto del hermano, del esposo, del hijo, del padre y hasta del abuelo (*ibid.*).

29 *La América*, 13-10-1870, Discurso leído en la Universidad de Santiago con motivo de la inauguración del curso académico de este año, por el catedrático D. Salvador Parga Torreiro, 5-7. Sobre el autor véase, Valdés Hansen (2009).

30 Respondía a quienes alegaban que el papel natural de la mujer era “educar honestamente a su familia y dedicarse a las labores domésticas”. Porque no solo no afectaba a todas las mujeres sino que además podía compatibilizarse. Además, “ni la ley es la llamada a señalar al individuo los trabajos en que haya de ocuparse, ni tampoco es exacto que la mujer haya nacido exclusivamente para regir el interior de su casa, para hilar y coser las ropas de la familia”. Ponía como ejemplos patrios a Santa Teresa de Jesús, Beatriz de Galindo, Luisa y Ángela Sigen, Catalina Badajoz, Luisa Medrano, la duquesa de Béjar... Respondía también a quienes consideran que podría perturbar la tranquilidad familiar cuando no estuvieran de acuerdo el matrimonio en el sentido del voto y a quienes consideraban que atentaría contra las costumbres.

Como Arenal, Faustina Sáez de Melgar, fundadora del Ateneo de Señoras y directora de la publicación *La Mujer*, entendía que había que propagar “en nuestro sexo las ideas de progreso que han hecho de la mujer inglesa y norteamericana una mujer fuerte, independiente, instruida, digna sin apartarse de los deberes que la encadenan al hogar, por los lazos sagrados del amor y de la familia”³¹. Reivindica una instrucción sólida y provechosa que les haga conocer sus derechos y deberes, y con ellos, la noble misión que está llamada a desempeñar en el seno de la familia y de la sociedad³². Siempre vinculada a la familia. Después de alabar la tarea llevada a cabo por Faustina Sáez de Melgar, Ramón García Sánchez, en un larguísimo artículo, acababa concluyendo: “La mujer, reina de su casa, no debe aspirar sin embargo, a igualar sus atributos con los del hombre. Que avance la humanidad cuanto quiera por la senda de la civilización, ella no debe ambicionar otros derechos que los que hoy posee, si desea conservar la adoración que el hombre le profesa. El día que se igualara con este interviniendo en la cosa pública, sería el último de su felicidad, porque en ella vería el hombre un rival más de su ambición y de su egoísmo. No; la mujer ha nacido para sentir y amar en la tranquilidad del hogar doméstico”³³. Sin embargo, hay quienes, como el federal Juan Marín y Contreras, consideraban la necesidad de su instrucción como paso previo al ejercicio de los derechos políticos y civiles³⁴.

También las mujeres vinculadas al republicanismo y al internacionalismo se manifestaron, en la prensa y en los mítines, en favor de la emancipación de la mujer, subrayando sobre todo la necesidad de una instrucción alejada de la influencia de la religión...³⁵. El problema de la mujer no era su naturaleza sino su falta de instrucción que la tenía sometida. Había que desterrar esas ideas de que la mujer solo servía para “hacer chiquillos”³⁶ y animarlas a asociarse para reclamar como los hombres sus derechos pisoteados... y ocupar su puesto en la vida social³⁷. No piden el derecho al sufragio sino liberarse de la tiranía a la que la religión, las leyes y la familia las han sometido³⁸. Es decir, como apunta Alda Blanco (1998: 450), para la mayoría el sufragio quedaba relegado a un segundo lugar. No se aspiraba sino a la emancipación de la mujer, que ya era mucho. Una emancipación no solo de la familia sino también, como demandaban las internacionalistas, de los abusos del patrono en el ámbito laboral³⁹.

III. Católicas, republicanas y el artículo 55 de la Constitución

A pesar de quedar excluida del sufragio y por tanto de una participación directa en política, las mujeres en esta época tendrán un protagonismo decisivo en muchos cambios políticos⁴⁰. Como decía el diputado Palanca, en todos

31 *La Mujer*, 8-6-1871.

32 *La Mujer*, 24-8-1871.

33 “La Mujer. A doña Faustina Sáez de Melgar”, *Iberia*, 13-4-1870.

34 “Emancipación de la mujer”, *El Centinela de Aragón. Periódico republicano federal*, 23-4-1868.

35 Un estudio sobre ellas en Sanfeliu Gimeno (2020).

36 *La Federación*, 28-5-1871.

37 *La Federación*, 20-2-1870.

38 *La Federación*, 31-7-1870.

39 Véase Espigado Tocino (2002).

40 Existe una amplia bibliografía sobre la participación de las mujeres en la política del siglo XIX que puede consultarse en Espigado Tocino (2015). También es interesante la que recogen Benso Calvo y González Pérez (2007).

los pueblos siempre había mujeres dispuestas a cualquier “algazara”⁴¹ o como repetían los diarios desde opuestas ideologías la salvación de la patria estaba en la mujer. La movilización femenina se convertirá en un arma aprovechada y reprobada al mismo tiempo. Esa mujer, tenida como madre, como esposa o como hija es animada por los republicanos para pedir la supresión de las quintas, la abolición de la esclavitud o de la pena de muerte y por los neocatólicos para manifestarse o presentar exposiciones contra la libertad de cultos o el matrimonio civil. Siendo criticados estos manejos según la cuestión defendida. Así *La Época* recogía: “no sabemos por qué los sentimientos de la mujer que muchos diarios liberales y todos los democráticos juzgan tan respetables y atendibles cuando las impulsan a pedir la supresión o modificación de las quintas, no lo han de parecer igualmente cuando las mueven a levantar su voz en apoyo de ancianas y desvalidas religiosas, o de la conservación de iglesias y templos”⁴². En *La Discusión*, que llamaba a las mujeres a manifestarse contra las quintas, se criticaba sin embargo que en Zaragoza una mujer y un cura estuvieran repartiendo proclamas para alterar el orden. “Los neos ya no se contentan con engañar a las mujeres para que firmen exposiciones, sino que las seducen para hacerlas servir de agentes perturbadores”⁴³.

En realidad, aunque desde ambos extremos se quiso influenciar a las mujeres para que salieran de su pasividad, las acusaciones sobre los métodos de los neos llegaron al Congreso. En las elecciones de 1871 las urnas se manifestaron en contra del trono de Amadeo eligiendo a 120 diputados de oposición radical (federales) y antidinástica (carlistas). Romero Robledo señaló las coacciones llevadas a cabo por muchos sacerdotes que, abusando del confesonario y del púlpito, amenazaron en algunas partes “con privar hasta de sepultura eclesiástica a los que votaran a los candidatos ministeriales y de la absolución en los últimos momentos de la vida (...) valiéndose de la mujer para influir en los colegios electorales”⁴⁴. Necedal no rebate estos comentarios. Todo lo contrario.

¿Qué ha creído el Sr. Romero Robledo, qué le hacía alguna ofensa al partido tradicionalista, qué hacía alguna ofensa a los católicos todos con decirles que en las elecciones han influido en favor nuestro hasta las mujeres? ¡Triste del partido que se vea abandonado de la influencia, hasta más no poder legítima, de las mujeres!

Sabe de la importancia de la influencia de la mujer. De hecho, el Papa, como él dice, había enviado miles de cartas a mujeres de todos los puntos de la monarquía pidiendo que “perseveren con sus maridos, y que no dejen de influir por la mañana, por la tarde y por la noche, hasta conseguir el triunfo del catolicismo”⁴⁵. La influencia de las católicas fue decisiva para la victoria de las candidaturas de los tradicionalistas. Como también para desestabilizar al gobierno cuando trata de llevar a cabo medidas que –consideraban– rompían la unidad de cultos o atentaban contra la religión católica: libertad de cultos, supresión de conventos, matrimonio civil...

No solo las católicas, también las republicanas salieron a la calle⁴⁶. Una de las reivindicaciones más repetidas sería la abolición de las quintas. Era una

41 DSCC, 16-2-1869, 37.

42 *La Época*, 26-11-1868.

43 *La Discusión*, 19-3-1869.

44 DSC, CD, 2-6-1871, 1370.

45 DSC, CD, 2-6-1871, 1382.

46 Sobre la amplia participación de las mujeres republicanas véase, Espigado Tocino (2005).

reclamación histórica y en la revolución de septiembre se prometió su abolición. Como exponía el diputado Soler “en el programa de Cádiz, en los manifiestos de todas las juntas, en los manifiestos de todos los pueblos, en los manifiestos de cuantos tomaron parte en la revolución, en todos ellos estaba escrito el abajo las quintas y los pueblos vieron en la bandera de la revolución la conclusión de esa contribución injusta, de esa contribución ominosa”⁴⁷. Pero a pesar de las proclamas de los septembrinos, una vez establecido el gobierno provisional, se presentó un proyecto de ley llamando al servicio de las armas para el reemplazo de aquel año, es decir, volvían las temidas quintas.

Ante la perspectiva de imponer nuevamente la contribución de sangre –que el general Serrano llamaba contribución de honor– junto a la contribución de dinero, las mujeres saldrán a la calle⁴⁸. ¿Tenía precio una vida? El debate del proyecto de ley sobre la cuestión estaba previsto para el día 22 de marzo. Las razones, la guerra de Cuba exigía este esfuerzo. Desde el sábado anterior muchos carteles anunciaron que las mujeres llevarían a las Cortes una petición contra las quintas. También la prensa recogía la noticia:

Hemos recibido una invitación firmada por Dámaza Ronda, María Núñez, Petra Bulzón y Joaquina Morán, citando a cuantas madres de familia quieran concurrir el lunes próximo a las dos de la tarde al salón del Prado y el sitio del Dos de Mayo, para dirigirse después pacíficamente hasta el Palacio de las Cortes, donde entregarán una petición contra las quintas⁴⁹.

Y así fue. Las féminas se concentraron a las puertas del Congreso el día señalado para el debate. Teniendo el turno de palabra el diputado García López, se empezaron a escuchar murmullos, ruidos, diputados que entraban y salían del hemiciclo... Prim, ministro de guerra, interrumpió la sesión para explicar lo que sucedía: había un motín en las puertas del Congreso y había mandado reunir las tropas en los cuarteles. En esos momentos de agitación, en que el ministro repetía “esto no se puede tolerar, esto no se puede tolerar...”, tomó la palabra el ministro de Fomento, Ruiz Zorrilla para ampliar las noticias y la causa de las órdenes del ministro de guerra.

Los grupos que hay alrededor de la Asamblea para imponerse, porque solo para imponerse pueden venir esos grupos en los momentos en que estamos discutiendo, yo no sé quién los ha traído, ni quién los ha excitado (...). El Sr. Castelar, el Sr. Sorní y el Sr. Blanc, dignísimos Diputados de la minoría

47 Soler, DSCC, 22-3-1869, 614.

48 Algunos ejemplos recogidos en la prensa: “Ayer hubo en Zaragoza una manifestación pacífica de mujeres, pidiendo la abolición de las quintas”, *El Pensamiento español*, 7-1-1869; “El domingo a las tres de la tarde se verificó en Reus una manifestación de mujeres, a favor de la abolición de quintas y matriculas de mar. Estas manifestaciones son las que debían aconsejarse a las mujeres españolas, y no engañarlas miserablemente haciéndoles firmar exposiciones sobre lo que no entienden, convirtiéndolas en instrumento de bastardos fines”, *La Discusión*, 14-1-1869; “El domingo último se ha verificado en Valladolid una manifestación de mujeres pidiendo la abolición de quintas. El Gobierno parece que ha mandado suspender los trabajos preparatorios de esta horrorosa contribución”, *La Discusión*, 17-2-1869. Asistieron en Valladolid a la manifestación contra las quintas más de 300 mujeres, *La Correspondencia de España*, 15-2-1869. En ocasiones se trató de minimizar su participación. De la manifestación en Zaragoza *La Época* recogía: “grande fue el desencanto al contemplar que detrás no iba más que una treintena de mujeres, ni muy jóvenes, ni muy bellas, con banderitas rojas en las manos y dos de ellas con un estandarte en que se leía esta inscripción: República federal, ni más ni menos: abajo las quintas y matrículas de mar”, *La Época*, 7-1-1869.

49 *La correspondencia de España*, viernes 19-3-1869.

republicana, han hecho toda clase de esfuerzos y han apelado á toda clase de medios para que esos grupos se disolvieran, diciéndoles que se estaba discutiendo el proyecto, que las Cortes Constituyentes deliberarían, que los grupos habían hecho la manifestación y que podían retirarse tranquilos, rindiendo respeto a lo que las Cortes acordaran (...).

Ha habido un Sr. Diputado de la minoría republicana que en el momento en que sus tres compañeros habían conseguido que los grupos se calmaran y empezaran á disolverse, les ha dicho: «Haced lo que queráis; pero la minoría republicana es impotente en la cuestión de quintas, y nada puede conseguir contra lo que el Gobierno propone y contra lo que acuerde la mayoría.» Y entonces los grupos han continuado á las puertas de la Asamblea y se les ha excitado, porque un señor Diputado les fomentaba sus deseos de entrar aquí, no solo á imponerse, sino a arrancar, Sres. Diputados, un acuerdo por medio de la fuerza⁵⁰.

La manifestación contra las quintas no era exclusivamente de mujeres pero su concurso fue muy numeroso. El periódico satírico *Gil Blas* explicaba que su asistencia se explicaba porque “las madres ven la posibilidad de salvar a los hijos de la odiosa contribución de sangre y acuden presurosas a manifestar su deseo”⁵¹. La multitud se amontonó en las avenidas del Congreso hasta el punto que quedó interrumpido el paso por las calles aledañas. Estaban decididas a entrar en el Congreso para entregar una carta al presidente del Congreso y alcalde de Madrid, Nicolás María Rivero, con fin de conseguir su propósito. El texto de dicha misiva decía: “la comisión de señoras que piden la abolición de las quintas, solicita de la Asamblea permiso para entregar en su solemne sesión la súplica escrita que eleva a la misma, esperando de su caballerosidad dé respuesta inmediata a la manifestación que espera en las puertas del Congreso. Por la comisión, Dámasa Ronda”⁵².

El ambiente se volvía cada vez más hostil. Algunos diputados republicanos habían intentado calmar los ánimos. Pero de entre la multitud salían espontáneos que subidos al pórtico del Congreso pedían con vehemencia que no se disolvieran hasta que las Cortes hubiesen terminado su discusión sobre el proyecto de quintas. Uno de ellos, señalando a la puerta principal del Congreso, exclamó “que por aquella puerta, por donde en otro tiempo entraban los tiranos con gran pompa, debía penetrar en el recinto de la Asamblea el pueblo femenino, el pueblo-hembra, el pueblo-mujer, en la plenitud de su soberana majestad”. Otros aprovecharon para vitorear la república⁵³.

Cuando el general Prim dio orden para que dos batallones de la milicia acudieran al Congreso, ante la imposibilidad de disolver la manifestación, Castelar volvió a salir para pedir al pueblo que se retirase inmediatamente. La multitud empezó a marcharse, pero al prenderse a un hombre, quiso liberarlo, y se dirigió hacia la calle de Floridablanca, donde a duras penas pudieron contenerla los agentes de policía. La llegada de voluntarios logró dispersar “la compacta

50 DSCC, 22-3-1869, 622.

51 *Gil Blas*, 18-3-1869.

52 Parece que se permitió la entrada de la comisión en el Congreso y se reunió con Nicolás María Rivero quien manifestó que el ayuntamiento, el de Madrid, “deseoso de enjugar las lágrimas de las madres que tienen la desgracia de que a sus hijos les toque la suerte de soldado, tiene dispuesta una cantidad respetable para redimir la suerte a los mozos a quienes en la próxima quinta toque dicha suerte”, *El pensamiento español*, 23-3-1869.

53 *La Política*, 23-3-1869.

masa que formaban los manifestantes, cuya actitud en algunos momentos ha sido grave y bastante alarmante”⁵⁴.

El suceso, comentadísimo en todos los periódicos nacionales, abrió un debate sobre el derecho a manifestarse. Se concebía como una conquista de la revolución, pero ¿podía llegar hasta el punto de acudir tumultuariamente a las puertas del Congreso donde debatían los diputados? ¿Podía exigirse que se abrieran sus puertas para imponer cualquier medida? Para *La Iberia*, sería como formar junto al “congreso de los elegidos, otro de algunos electores que expresando a gritos su voluntad ciega, ejerzan coacción en el ánimo de los únicos que tranquila y serenamente pueden discutir en todas las cuestiones”⁵⁵. Para *La Época*, “hoy se aboga contra las quintas y mañana se querrá destruir cualquier otra institución necesaria, siendo a todo trance indispensable que no se turbe la tranquilidad”⁵⁶.

En vista de lo ocurrido, aunque quedó en nada gracias a la intervención de los diputados de la minoría republicana, la comisión de constitución creyó necesario prohibir la celebración de reuniones alrededor de las Cortes y por tal motivo, como afirmó el diputado Calderón y Herce, incluyó en el proyecto constitucional el que después sería, sin ninguna discusión aprobado, artículo 55 de la carta magna: “no se podrán presentar en persona, individual ni colectivamente, peticiones a las Cortes. Tampoco podrán celebrarse, cuando las Cortes estén abiertas, reuniones al aire libre en los alrededores del Palacio de ninguno de los Cuerpos Colegisladores”⁵⁷.

IV. Conspiración femenina contra Amadeo y Serrano

La elección de Amadeo de Saboya como rey de España puso de acuerdo a carlistas, republicanos, aristocracia borbónica y neocatólicos. Todos lo rechazaron. Unos, por ser extranjero, otros, por hijo de un rey excomulgado, otros por no ser Borbón y otros, simplemente porque esperaban la proclamación de una república. La nobleza dirigió una exposición a las Cortes para que aplazaran la elección antes de designar un rey no solo extranjero sino que además comprometía los intereses de España ligándola al nuevo reino de Italia –“que había incorporado el territorio de la Iglesia y despojado al Papa de su potestad temporal”⁵⁸. La mayor parte de la prensa no escatimó recursos en denigrarlo desde su llegada. *El Combate* por ejemplo publicaría: “Ignominia y baldón para el ciudadano español que al saber la noticia de que el rey extranjero ha manchado con su planta el suelo español, no se apresure como un león a lavarla con su sangre. Ignominia y baldón eternos para los indiferentes y cobardes, cómplices y encubridores con su indiferencia y con su cobardía, del crimen nacional”⁵⁹. Adelantaba que la estancia de los nuevos monarcas no iba a ser grata. Lo que nadie podía suponer era la labor que las mujeres harían para adelantar su caída.

Como decía, los republicanos no vieron con buenos ojos a los Saboya... Sus acciones contra ellos fueron directas y las consecuencias más graves. Destaca en este sentido Modesta Periú quien publicó una hoja suelta con el título “El rey de España se va”. Anunciaba el final de los viejos partidos y la pronta llegada de la república. A pesar de lo acostumbrado que estaba el público a los gritos

54 *El Pensamiento español*, 23-3-1869.

55 *La Iberia*, 23-3-1869.

56 *La Época*, 22-3-1869.

57 DSCC, 20-4-1869, 1212.

58 “Exposición de la nobleza contra el duque de Aosta”, *La Regeneración*, 14-11-1870.

59 *El Eco del Bruch: periódico católico-monárquico, Dios, Patria, Rey*, 1-1-1871

de los vendedores de impresos, el periódico *La Época* advierte la notoriedad que alcanzó el escrito de Perió⁶⁰. No tuvo la autora la misma suerte que las damas alfonsinas que conspiraron contra el monarca. La publicación de esta proclama supuso su reclusión en la galera de mujeres. Pronto Modesta Perió cayó enferma y fue trasladada al hospital de presas por orden del médico de la galera. Aunque a iniciativa de Fernando Garrido se organizó un almuerzo para recaudar fondos para los escritores presos y sus familias, la situación de Perió empeoró⁶¹. En la prensa afín se pudo leer: “presa, enferma, encerrada donde se encierra a las criaturas más prostituidas, Modesta Perió conserva vivos, íntegros, los sentimientos de fiera independencia y el cívico entusiasmo que la han hecho distinguirse entre sus compatriotas. ¡Ojalá respire pronto el aire de libertad y vuelva con el la salud a robustecer aquel pecho donde palpitan los más nobles efectos!”⁶² Sin embargo, no bastaron los buenos deseos, ya que al salir en libertad le quedaba muy poco tiempo de vida. En octubre el periódico *Gil Blas* anunciaba su muerte⁶³.

Fue sin duda más eficaz y menos peligrosa la labor llevada a cabo por las mujeres de alta sociedad. Ya en el siglo XX, José Francos Rodríguez (1920: 150) afirmaba que “el breve reinado de Amadeo no tuvo enemigo mayor, ni aun contando los republicanos, que el de las damas alfonsinas; eran tenaces y aún crueles”. Aunque no deja de ser una exageración, ciertamente la conspiración de las señoras jugó un papel importante en su renuncia. Y con la de ellas, podríamos añadir las acciones de las republicanas, como hemos visto, aunque por motivos muy diferentes y, en general muchas católicas que por su cercanía a la Iglesia temieron la entronización de un rey hijo de un rey excomulgado⁶⁴.

Las nobles damas alfonsinas no perdieron oportunidad ninguna para dejar en evidencia o en ridículo al monarca y a su esposa, con el fin de impedir que la dinastía de los Saboya arraigara en España. Llevaron a cabo lo que Galdós calificó como “la conspiración del desaire”. Siempre que les fue posible dejaron patente sus preferencias por el príncipe Alfonso de Borbón y su rechazo hacia Amadeo y hacia su esposa. Las damas manifestaron su hostilidad hacia la monarquía “engendrada por la gloriosa” incluso antes de que la reina llegara a Madrid. Acudieron a la cárcel, con insignias borbónicas, para visitar a los oficiales que se habían negado a jurar fidelidad al nuevo monarca (Sánchez, 2019: 24). Cuando la reina llegó, una sola dama la recibió en palacio⁶⁵. Y a aquellas que por cualquier compromiso tenían que tratar al rey con cierta consideración la veían con malos ojos. El paso del tiempo podría haber bastado para que aquellas mujeres hubieran quizá aceptado a los Saboya, pero el gobierno se precipitó en sus medidas contra dicha oposición y no solo aumentó aún más el rechazo, sino que además fue el medio de propaganda más eficaz para difundir los desplantes de las mujeres hacia los nuevos monarcas. Un caso bastante conocido fue la cuestión de las mantillas que llegó a convertirse en asunto principal de todas las conversaciones. Toda la prensa se hizo eco de lo sucedido no tanto por el desaire de las nobles a la reina sino, como digo,

60 *La Época*, 4-3-1871.

61 *El Imparcial*, 21-7-1871.

62 *Gil Blas*, 23-7-1871; *La Igualdad*, 12-9-1871.

63 *Gil Blas*, 19-10-1871.

64 “Hemos interrogado a las mujeres, y nos han dicho que tienen miedo, porque esto no puede parar en bien, pues estos demonios se han empeñado en traernos un rey hereje y extranjero que España no quiere”, *El Papelito*, 20-11-1870.

65 *El Pensamiento español*, 22-3-1871.

por la torpe actitud del gobierno. Un asunto de “alta política”, ironizaba *La Discusión*⁶⁶.

El objeto principal de las conversaciones políticas no es el resultado de la elección de senadores, ni la latente crisis ministerial, ni siquiera la crisis de palacio; es la guerra de las peinetas y mantillas, que pone fuera de sí a los ministeriales haciéndoles caer impunemente en el extremo de atacar a la nobleza y censurar a las señoras, como si no tuviera ya bastantes enemigos la situación. Los ministeriales, con su intemperancia van a hacer que se generalicen la mantilla española y la peineta y que doña María Victoria no pueda salir de paseo⁶⁷.

El hecho fue que varias señoras para demostrar su disgusto hacia la duquesa de Aosta se presentaron en el paseo de la Castellana ataviadas con mantillas y peinetas españolas, atuendo no muy habitual en aquel momento. Era una forma de exagerar su españolidad ante una reina extranjera y manifestarle su rechazo.

Recordando la hermosa época en que nuestros padres defendieron la independencia de la patria contra los extranjeros, han resuelto las damas honrar su memoria y hacer una protesta de españolismo, usando la airosa mantilla española y la peineta de teja.⁶⁸

Al parecer, al volver a palacio el primer día de su paseo, la reina lloró ante “la actitud del Madrid elegante y aristocrático”⁶⁹. Ante lo sucedido, el gobierno en lugar de quitar importancia quiso dar un escarmiento a las aristócratas. Al día siguiente, por una parte envió a la partida de la porra a la Castellana y por otra invitaron al paseo a varias mujeres de mal vivir, ataviadas con mantillas y peinetas, en carruajes elegantes acompañadas de hombres disfrazados de caballeros. Las pocas señoras que estaban en el paseo se retiraron rápidamente ante aquella ofensa⁷⁰. Los periódicos ministeriales se encargaron de exagerar la cuestión insultando a las señoras en sus columnas. Pero los demás periódicos creían que no habría pasado de una mera protesta, de una “pantomima mujeril” de nos ser por la imprudencia de los ministros que lo convirtieron en un asunto de gran importancia y serias proporciones.

El resentimiento que provocó dicha cruzada del gobierno, empeoró aún más la situación hasta el punto que tenían previsto retirarse del concierto del domingo siguiente nada más los reyes hicieran acto de presencia. Por fortuna, los reyes no acudieron⁷¹. Según relataba *La Correspondencia Vascongada* el día de la ceremonia de apertura de las Cortes ocurrió una anécdota curiosa. Al despedirse el rey Amadeo, tras saludar a la asamblea, el general Serrano le susurró al oído: “a las señoras, para que no se piquen”. El rey entonces las saludó.

66 *El Eco del Bruch: periódico católico-monárquico, Dios, Patria, Rey*, 2-4-1871. *La Discusión*, 24-3-1871: “Nunca pudimos sospechar que a tal punto se degradase la Revolución de septiembre; nunca hubiéramos creído que un movimiento que parecía tan grande y trascendental en un principio viniera a terminarse por una cuestión de modas y tocados (...) No comprendemos de dónde nace ese fatal empeño de dar tanta importancia a lo que en realidad no la tiene; no concebimos por qué se haya de prescindir de las grandes cuestiones políticas, sociales y religiosas pendientes para hacer política de saión o de trages”.

67 *La convicción*, 25-3-1871.

68 *El País Vasco-Navarro: jaungoicoa eta fueroac*, 26-3-1871.

69 *La convicción*, 25-3-1871.

70 *La convicción*, 26-3-1871.

71 “Los duques de Aosta y las damas madrileñas”, *Altar y Trono*, 28-3-1871, 336.

El duque de la Torre había comprendido la importancia de su influencia tras el episodio de las mantillas⁷².

Pero no logró calmarlas. Los salones de las nobles se convirtieron en centros de conspiración alfonsina (Del Prado Higuera, 2016). Con ocasión de la fiesta de la Epifanía los reyes invitaron a un banquete en palacio a todos los nobles españoles. La mayoría sin embargo prefirió acudir a otra fiesta organizada por la condesa de Heredia Spinola para festejar la onomástica del príncipe Alfonso. Una verdadera recepción regia sin el rey a quien recordaron porque sufre “la consecuencia de faltas que no son suyas sino de la intolerancia y de la mala fe de los partidos”⁷³.

La Época lo recordaba tiempo después.

Nadie ha olvidado el baile de las flores de lis con que se celebró el santo del entonces Príncipe Alfonso el 23 de enero de 1872 (...) la Condesa de Heredia Spinola preparó aquella manifestación pacífica de afecto y fidelidad al que viva lejos de su patria. Todas las principales señoras de la corte encargaron en las joyerías magníficas flores de lis de brillantes y (...) se presentaron en el sarao de la calle Hortaleza con lo que era a la par una protesta contra lo existente y un símbolo de adhesión a los desterrados. Quince días antes solo se hablaba en Madrid de la fiesta del 23 de enero; quince días después se hablaba todavía de ella en los círculos en los cafés y en los periódicos⁷⁴.

Parte de la prensa aludió a aquella fiesta y a las flores de lis que portaban las damas⁷⁵. En otra ocasión, en la festividad del 2 de mayo sería muy comentada la ausencia de señoras en el desfile. Cuando el acto terminó, sin ninguna ceremonia, Amadeo y su esposa se marcharon a palacio en un ambiente donde solo se respiraba indiferencia y frialdad⁷⁶. Son numerosas situaciones semejantes a que Francos Rodríguez hace referencia.

Las señoras principales de Madrid bullían en conspiración permanente, apareciendo siempre como las fuerzas más decisivas, más resueltas, más valientes, en el partido de Don Alfonso. La condesa de Montijo reanudó sus recepciones de los domingos, y en ellas todo se consagró a la causa del Príncipe (...) Con un gran baile inauguró la duquesa de Bailén su palacio de la calle de Alcalá y la magnífica fiesta fue un verdadero mitin alfonsino... (Francos Rodríguez, 1920: 150).

Estas conspiraciones fueron denunciadas por la prensa casi desde el comienzo del sexenio democrático pero no se atrevían a precisar demasiado. El *Gil Blas* animaba a dar más información sobre casas y asistentes, sabiendo que era información que no podían publicar⁷⁷. Después sería el diario *La Discusión*

72 *El Eco del Bruch: periódico católico-monárquico, Dios, Patria, Rey*, 16-4-1871.

73 Basta comprobar la lista de asistentes que se publica en *La Correspondencia de España*, 25-1-1872. La cita en *La Época*, 24-1-1872.

74 *La Época*, 5-4-1886.

75 *El Cascabel*, 25-2-1872, censuraba la actuación del gobierno en un diálogo ficticio entre dos damas. “-¿Cuándo abre V. los salones, marquesa?; -Ay amiga, corren malos vientos y voy a emigrar; -por qué; -ayer tuve la desgracia de llevar en el peinado una flor de lis y la policía guarda hoy mi casa, porque como la partida de la porra es libre, debe aquella vigilarme. He aquí la libertad bien entendida.” Otros aludían a los encargos de joyas encargadas con el motivo de la flor de lis, *El constitucional*, 18-2-1872; o con ironía señalaban el hallazgo de una flor de lis encontrada en el palacio de Spinola.

76 *El Pensamiento español*, 3-5-1872.

77 “Necesito que *El Pueblo* sea más explícito. Nos ha indicado ya dos o tres veces que hay reu-

quien trataría de publicitar estas reuniones conspiratorias contra Amadeo; de su denuncia se hicieron eco muchos otros diarios republicanos⁷⁸. El gobierno mandó vigilar algunas casas pero resultaba difícil denunciarlas cuando muchas de las esposas de los ministros eran las primeras en querer ser invitadas. En palabras de Varela “estaba de moda ser alfonsina”.

Tras la renuncia del monarca, las damas se concentraron para acabar con la república, utilizando la misma estrategia. Cuando Serrano era el presidente de la república, las fiestas organizadas por su esposa, la duquesa de la Torre, eran contrarrestadas por otras organizadas al mismo tiempo por las cómplices de la conspiración. Como publicó José Varela Ortega (1977: 33, 77-78) hubo un ministro inglés que comentó “los españoles que de todo hacen chiste ya apodan a la Restauración *The ladies' revolution*”.

Es notorio cuánto contribuyeron las damas españolas –y especialmente las madrileñas– a la Restauración de la Monarquía siendo una de las más activas, inteligentes y decididas propagandistas la Condesa de Heredia Spinola. ¡Cuántos partidarios conquistó al malogrado rey D. Alfonso con sus constantes esfuerzos, con su vivo entusiasmo, con su fe ardiente! ¿Cuántos revolucionarios se hicieron conservadores merced a su palabra calurosa, a su lógica irresistible, merced también a sus atractivos personales que estos ejercen y han ejercido grande influjo siempre en las resoluciones humanas? La Condesa no se daba punto de reposo en su empresa monárquico-dinástica, animando a los tibios persuadiendo a los desconfiados infundiendo esperanza a los incrédulos, fue efficacísima colaboradora, poderosa auxiliar en Madrid de la obra llevada a cabo en Sagunto por el general Martínez Campos⁷⁹.

V. Epílogo

No había llegado aún el momento para que la mujer pudiera expresarse en las urnas pero no importó mucho. Su influencia bastó para poner patas arriba la política gestada por hombres. Esta parte de la historia no se puede entender sin tenerlas en cuenta. Republicanas, católicas y aristócratas, sin unirse en los objetivos a combatir, hicieron su guerra particular aunque solo las primeras intentaron mejorar su papel en la sociedad y el reconocimiento de sus derechos políticos. Solo ellas siguieron la estela del incipiente movimiento feminista en España para el que el sufragio no era tan importante como la revolución social.

Pero eso no resta mérito al resto de mujeres que viendo su modelo de vida amenazado no consintieron los cambios o procuraron la vuelta de su monarca favorito. Defendieron sus intereses a través de los canales abiertos por la misma revolución: derechos de manifestación, reunión, petición y libre expresión. Y no les importó tampoco inmiscuirse en reuniones conspiratorias, aún a riesgo de sus vidas. Como decía Francos Rodríguez:

Jamás una clase social tuvo mayor ardimiento político, ni más deseo de traducir en hechos sus inclinaciones, que la aristocrática española desde 1870 al 1874. El alma de aquella poderosa agitación fue siempre la mujer, y así las

niones alfonsinas en cierta casa. Nos ha indicado también que a las reuniones asisten personas de situación. Estas cosas no se deben decir a medias. Sepámoslo todo, porque esto interesa al país. Suplico a mi colega que nos saque pronto de la duda”, *Gil Blas*, 22-7-1869.

78 *La Discusión* 23-5-1872.

79 *La Época*, 5-4-1886.

de nuestra sociedad elegante dieron a los hombres ejemplos de habilidad, de tesón y de fortaleza (...) En la noche del 24 de diciembre de 1874 hubo en la casa de la Montijo misa del gallo y cena. Como siempre vibraron las expansiones de los alfonsinos, su deseo de que sonara pronto la hora definitiva. Alguien, viendo cómo despuntaba la aurora dijo en voz alta: "Llega el día". Y la condesa, mostrando el manifiesto de Sandhurst exclamó entre vítores: "No, estamos aún en la víspera" (Francos Rodríguez, 1920: 152).

En efecto, el día 30 se alzaba Martínez Campos.

No quedan en este artículo reflejadas sino algunas de las acciones de las mujeres a modo de ejemplo. Algunas señoras católicas recorrieron los pueblos de su provincia para recoger firmas a favor de la unidad católica. Las autoridades locales trataron en ocasiones por todos los medios posibles de impedirlo. Se las procesó y envió a la cárcel, se les arrebataron las hojas firmadas... pero siguieron adelante en su lucha⁸⁰.

Las manifestaciones contra las quintas continuarían durante todo el sexenio. En la campaña contra las quintas recogieron firmas, organizaron manifestaciones, e incluso motines (De la Fuente Monge, 2008: 109). En Cataluña ante los sorteos previstos, las mujeres levantaron barricadas, tomaron los campanarios para tocar a rebato, e incluso se apostaron en las azoteas para disparar. En Sans el archivo parroquial quedó completamente desmantelado. Las mujeres amotinadas se llevaron los expedientes y libros parroquiales con los que hicieron una hoguera⁸¹. Las mujeres se asociaron. Organizaron suscripciones a favor de jornaleros y obreros despedidos por asistir a las manifestaciones⁸². Se levantaron contra los patrones en las fábricas ante situaciones injustas. El motín de las cigarreras en Sevilla, por ejemplo, se produjo cuando el director de la fábrica de tabacos notificó a las operarias que se les descontaría del sueldo en tres quincenas el importe de la cédula de vecindad. Ante esta noticia estalló el motín con más de mil mujeres. El jefe de policía que acudió a la fábrica para despejar el edificio se llevó una pedrada. Salieron a la calle gritando hasta la casa del gobernador a la que tiraron piedras, rompiendo cristales e hiriendo a un inspector. Un disparo al aire de un guardia civil acompañado de una carga de los voluntarios hizo que se dispersaran. Al día siguiente encontraron la fábrica cerrada y volvieron a manifestarse con bandera roja y gritando mueran los ladrones⁸³.

Bibliografía

- Arenal, C. (1869). *La mujer del porvenir. Artículos sobre las conferencias dominicales para la educación de la mujer, celebradas en el Paraninfo de la Universidad de Madrid*. Madrid: Oficina tipográfica del Hospicio.
- Benso Calvo, C. y González Pérez, T. (2007). Bibliografía sobre historia de la educación de las mujeres en España. *Historia de la educación*, 26, 483-517.
- Blanco, A. (1998). Teóricas de la conciencia femenina. En C. Jagoe, A. Blanco y C. Enríquez de Salamanca. *La mujer en los discursos de género. Textos y contextos en el siglo XIX* (pp. 445-472). Barcelona: Icaria editorial.

80 *El Pensamiento español*, 1-2-1869.

81 *La Época*, 11-4-1870.

82 Así lo hicieron las ciudadanas del club de Antón-Marín, cuyo consejo de dirección estaba integrado por Dámaza Ronda, presidenta, Bernarda Martínez, vicepresidenta, Ángela González, tesorera. Y las vocales, Francisca Mateo, Petra Mateo, Antonia Orenes, Eulogia Morán, Julia Baldres, María Baldres, Matilde Baldres, Joaquina Moran, secretaria, *La Igualdad* 2-7-1869.

83 *La Correspondencia de España*, 4-5-1871.

- Bolaños Mejías, C. (2003). La imagen de la mujer española durante el Sexenio: entre el cambio social y el reconocimiento jurídico. *Feminismo/s*, 2, 25-40.
- De Castro, F. (1869). *Discurso inaugural de las Conferencias dominicales sobre la educación de la mujer*. Madrid: Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra.
- De la Fuente Monge, G. (2008). El teatro republicano de la Gloriosa, *Ayer*, 27 (2008), 83-119.
- De Labra, R. (1869). *Conferencias dominicales sobre la educación de la mujer. Quinta conferencia sobre la mujer y la legislación castellana*, 21 de marzo de 1869. Madrid: Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra.
- Del Prado Higuera, C. (2016). Los salones de la nobleza española durante el reinado de Amadeo I, *Aportes*, 91, 27-56.
- Espigado Tocino, G. (2002). Las mujeres en el anarquismo español (1869-1939). *Ayer*, 45, 39-72.
- Espigado Tocino, G. (2005). Mujeres radicales: utópicas, republicanas e internacionalistas (1848-1874). *Ayer*, 60, 15-43.
- Espigado Tocino, G. (2010). El discurso republicano sobre la mujer en el Sexenio democrático, 1868-1874: los límites de la modernidad. *Ayer*, 78, 143-168.
- Espigado Tocino, G. (2015). Las españolas y la acción política en la historia contemporánea. Los diez últimos años de investigación. *Ayer*, 97, 227-239.
- Flecha García, C. (1996). *Las primeras universitarias en España, 1872-1910*. Madrid: Narcea, s.a. de ediciones.
- Franco Rodríguez, J. (1920). *La mujer y la política españolas*. Madrid: Librería de los sucesores de Hernando.
- García Romero, J. (2013). Las conferencias dominicales en la Asociación para la enseñanza de la Mujer. *Cabás*, 10, 102-108.
- García Romero, J. (2018). Las conferencias dominicales en la asociación para la enseñanza de la mujer: dos paradigmas humanos. *Oratores*, 8, 39-46.
- García Trobat, P. (2020). Escuelas para niños y escuelas para niñas en el Trienio liberal. *Historia constitucional*, 21, 138-169
- Jagoe, C. (1998). La enseñanza femenina en la España decimonónica. En C. Jagoe, A. Blanco y C. Enríquez de Salamanca. *La mujer en los discursos de género. Textos y contextos en el siglo XIX* (pp. 105-157). Barcelona: Icaria editorial.
- Pi y Margall, F. (1869). *Conferencias dominicales sobre la educación de la mujer. Conferencia decimocuarta sobre la misión de la mujer en la sociedad*, 23 de mayo de 1869. Madrid: Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra.
- Sánchez, R. (2019). Política de gestos. La aristocracia contra la monarquía democrática de Amadeo de Saboya. *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 18, 19-38. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/PASADO2019.18.02>
- Sanfeliu Gimeno, L. (2020). "Luchadoras por la verdad y la justicia". Asociacionismo femenino, derechos y educación en el sexenio democrático. *Historia Nova. Revista de Historia contemporánea*, 18, 450-485. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/hn.2020.5114>
- Sanromá, J. M. (1869). *Conferencias dominicales sobre la educación de la mujer. Primera conferencia sobre la educación social de la mujer*. 21 de febrero de 1869. Madrid: Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra.
- Scanlon, G. M. (1986). *La polémica feminista en la España contemporánea (1868-1974)*. Madrid: Ediciones Akal.
- Valdés Hansen, F. (2009). El senador Salvador Parga Torreiro (1838-1901). *Cuadernos de estudios gallegos*, LVI-122, 333-370.
- Varela Ortega, J. (1977). *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*. Madrid: Alianza editorial.

Hablando llanamente: Monarquía y Estado democrático. Notas sobre una paradoja

*Speaking clear:
Monarchy and Democratic
State. Notes on a paradox*

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático emérito de Derecho
Constitucional. UCH-CEU.

sospedra@uch.ceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.1.19049>

Fecha de recepción: 20/10/2020

Fecha de aceptación: 02/11/2020

Es preciso no perder de vista, señores, que una monarquía puede ser democrática y una república puede ser absolutista y, por desgracia, más son los ejemplos que presenta la historia de repúblicas regidas por instituciones absolutistas que monarquías constitucionales que no hayan adoptado algo de la forma y de las reglas democráticas.

Álvaro Gil Sanz, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 6-4-1869, 862.

Resumen

Monarquía y Democracia obedecen a principios distintos, cuentan cada una de ellas con su propia lógica y exigencias, de tal modo que el principio monárquico y el democrático resultan lógicamente incompatibles. Sin embargo, la realidad muestra que puede haber y hay democracias de alta calidad que, al mismo tiempo, son Monarquías, y que hay sobrada argumentación para sostener las ventajas de la forma monárquica en el Estado Constitucional Democrático. Una posible vía de explicación, que aquí se explora, sostiene que tal clase de Estado, procede de la confluencia de dos

Abstract

Monarchy and Democracy obey different principles, each one has its own logic and requirements, in such a way that the monarchical and democratic principles are logically incompatible. However, reality shows that there can be and are high-quality democracies that, at the same time, are Monarchies, and that there is ample argumentation to sustain the advantages of the monarchical form in the Democratic Constitutional State. A possible route of explanation, which is explored here, maintains that such a kind of State comes from the confluence of two different ideological currents, a confluence that produces

corrientes ideológicas distintas, confluencia que produce una combinación con la concepción propia del Estado Constitucional como un Estado de "constitución limitada", división de poderes, derechos fundamentales y representación, y una tradición democrática republicana que defiende la necesidad del sufragio universal y, con él, la política de masas y los instrumentos necesarios para que uno y otra puedan desenvolverse. Aplicando el criterio clásico de raíz helénica el Estado Constitucional Democrático actual es, en rigor, una variante contemporánea de la vieja idea del "gobierno mixto", en la que el principio de legitimidad democrática, el sufragio universal y los derechos de participación constituyen el componente democrático, las elecciones y la representación definen el componente aristocrático y las magistraturas unipersonales el monárquico. Lo que permite explicar la paradoja de la Monarquía Democrática.

Palabras clave

Monarquía; Jefatura del Estado; Democracia; Corona; Estado Constitucional Democrático.

a combination with the own conception of the Constitutional State as a State of "limited constitution", division of powers, fundamental rights and representation, and a republican democratic tradition that defends the need for universal suffrage and, with it, mass politics and the necessary instruments so that both can develop. Applying the classical criterion of Hellenic roots, the current Democratic Constitutional State is, strictly speaking, a contemporary variant of the old idea of "mixed government", in which the principle of democratic legitimacy, universal suffrage and the rights of participation constitute a component Democratic, elections and representation define the aristocratic component and the single-person magistracies in monarchical. Which allows to explain the paradox of the Democratic Monarchy.

Keywords

Monarchy; Head of State; Democracy; Crown; Democratic Constitutional State.

Sumario

I. ¿Qué cosa es la Monarquía? — II. Principio democrático y Monarquía. — III. ¿Qué clase de democracia es la propia del Estado Constitucional Democrático actual? — IV. El lugar de la Monarquía en la democracia constitucional. — V. En particular de nuestra Monarquía. *Bibliografía.*

I. ¿Qué cosa es la Monarquía?

Es propio de la Monarquía, y pertenece a su naturaleza, que el Rey sea el Jefe del Estado, y ello tanto si por "Estado" entendemos el complejo político-administrativo situado bajo la autoridad directa de aquel, al modo en el que lo concibió en su día la Escuela Alemana del Derecho Público, de tal modo que el Parlamento no es sino el órgano de la sociedad civil que hace presente a esta frente a aquel, que si entendemos por "Estado" la organización política de una sociedad, a la postre la posición dominante, y la que aquí interesa. Lo que viene a diferenciar la forma política monárquica de las variantes republicanas (sean estas democráticas o no) no es el carácter vitalicio de la suprema magistratura (puede haber, y ha habido, ordenamientos republicanos en los que el cargo presidencial era vitalicio¹), es otra cosa. La diferencia específica de la forma monárquica radica en que en el Estado hay siempre una persona (el Rey), miembro de una familia (la dinastía), que tiene un derecho público subjetivo a acceder y desempeñar la Jefatura del Estado. Es propio de la Monarquía que en el Estado que adopta esa forma política siempre hay alguien que tiene derecho a ser Jefe del Estado, de tal modo que su concreta determinación se opera mediante el vínculo familiar, de modo primario mediante la herencia. En este sentido el texto del art. 57 CE es emblemático.

El carácter vitalicio del cargo es la lógica consecuencia de dicha configuración: al ser la persona que desempeña la suprema magistratura alguien que tiene un derecho subjetivo a acceder y desempeñar el cargo de Jefe del Estado, mientras lo desee, y no incurra en incapacidad para dicho desempeño, nadie puede privarle de la titularidad y ejercicio de dicha Jefatura. Otra cosa es cuándo la persona que tiene derecho al cargo accede a él y otra si la renuncia al mismo (esto es la abdicación) es un acto personal del Jefe del Estado o si su validez y eficacia requieren que, además de la voluntad del Rey saliente, la concurrencia de la voluntad de un tercero. La primera cuestión permite diferenciar los supuestos de sucesión automática (el Rey entrante lo es desde que consta el fallecimiento o abdicación del Rey saliente, ese es el caso inglés o español) de aquellos en los que el acceso al trono del titular del derecho está sujeto a condición (usualmente la jura de la Constitución, como sucede, por ejemplo, en Bélgica). La segunda cuestión apenas si se plantea (que el Rey que abdica

¹ Aunque no sea la única, la referencia necesaria es Bolívar, y las Constituciones Boliviana y Peruana de 1826.

renuncia a un cargo al que tiene derecho no se sigue que el cargo sea obligatorio), en todo caso la solución arbitrada en nuestro caso parece basada en la idea de que la abdicación, para ser válida, debe ser aceptada por las Cortes².

Que el titular del cargo lo sea en virtud de un derecho público subjetivo que le atribuye la Constitución conduce a la necesidad de que el Rey no sea responsable. En efecto, si asumimos que el Jefe del Estado en ejercicio lo es porque tiene derecho a serlo no se ve como puede ser posible que sea responsable, toda vez que la mera posibilidad de la exigencia de responsabilidad comporta la de la privación del ejercicio de aquel derecho por causas ajenas a la voluntad del titular del mismo. A la misma conclusión se llega desde la perspectiva del período de mandato: si el mandato del Rey es vitalicio la exigencia de responsabilidad no es factible, toda vez que la mera posibilidad de dicha exigencia comporta la puesta en tela de juicio del mandato regio tal y como está configurado³.

Es más, cabe plantearse si, en rigor, la exigencia de responsabilidad es compatible con la mera existencia del cargo de Jefe del Estado. Es cierto que es común en los casos en los que se adopta una “forma republicana de gobierno” que todos los magistrados sean normalmente temporales, al serlo se les puede exigir responsabilidad antes del acceso al cargo y después del acceso al mismo, pero exigírsela durante el ejercicio del cargo no parece compatible con la existencia misma del cargo (¿cómo va alguien a exigir responsabilidad al Presidente ante un juez o tribunal ordinario, magistrados del Estado del cual el primero es el Jefe?). Por eso no es de extrañar que cláusulas que impiden el procesamiento del Presidente durante su mandato y reservan a un tribunal especial la jurisdicción por “traición, felonía u otros graves delitos”, sean frecuentes⁴.

Es obvio que la no responsabilidad jurídica del Jefe del Estado, mientras lo sea, que, como vemos, es común a la forma monárquica y a la republicana, si bien no en los mismos términos, coloca a aquel en una posición jurídica muy diferente a la del ciudadano común y, aun a la de los titulares de otros cargos públicos. Surge entonces la opinión de sentido común: “entonces todos no somos iguales ante la ley”. Opinión que, como suele suceder con las de “sentido común”, viene a ser errónea. Y lo es porque confunde dos cosas distintas: la igualdad y la uniformidad, entendiendo la primera como si fuera la segunda.

El juicio de igualdad es de naturaleza comparativa, como viene remarcando la jurisprudencia tiempo ha. Uno no es igual en sí mismo, es igual respecto de otro u otros, de ahí que esa misma jurisprudencia insista en la necesidad de determinar un elemento de comparación para que el juicio de igualdad sea posible, el *tertium comparationis* del Constitucional. El presupuesto del juicio de igualdad, que, insisto, es un juicio comparativo, radica en la aportación de un elemento de comparación que está determinado por el sujeto o sujetos que se hallan en una posición jurídica más o menos equivalente a la nuestra. Así, el elemento de comparación del ciudadano es otro ciudadano, el del juez otro juez, el del parlamentario otro parlamentario. En el caso del Jefe del Estado ¿quién aporta el elemento de comparación?, esto es: ¿quién en el Estado se halla en posición jurídica similar a la de su Jefe? La respuesta es obvia: nadie. Por ello escribía Constant:

2 Véase la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón.

3 Conviene recordar que los dos textos bolivarianos a los que se ha hecho mención contienen una cláusula que excluye de responsabilidad al Presidente de la República.

4 Véase art. 130 Constitución portuguesa, art. 90 de la italiana o art. 67 de la francesa.

A tan grande bien une el rey la inviolabilidad. Un monarca hereditario no debe ser responsable: es un ser a parte en lo más elevado del edificio político; su atribución, que le es propia y permanente, como también a su familia (...) le separa de todos los individuos de su imperio. Según esto no tiene nada de extraordinario el declarar inviolable a un hombre, cuando a una familia.

Ciertamente ello no empece que en los tiempos del “marco” y del “relato” en los que nos ha tocado vivir la realidad venga a aparecer como secundaria en beneficio del discurso. No obstante, como los hechos son tozudos, no se dejan desconocer. Y si se les desconoce acaban por vengarse.

La no responsabilidad del Rey, ¿se limita a los actos propios del cargo o a todos cuantos realiza la persona del Jefe del Estado? La cuestión no es baladí porque respecto de los primeros la respuesta es clara: se trata de actos que exigen refrendo ministerial, de tal modo que el responsable es el ministro que refrenda. En este sentido, el art. 64.2. CE es el último descendiente de una larga serie de preceptos similares⁵. De hecho, el traslado progresivo del poder de decisión de Su Majestad al Gobierno de su Majestad ha pasado a través del uso del refrendo que, de una condición notarial en su origen, ha devenido el mecanismo en virtud del cual la decisión efectiva pasa al refrendante porque sin su aquiescencia no hay acto. La célebre y muy conocida anécdota del primer Consejo de Ministros de Alfonso XIII lo acredita, aun en un contexto doctrinario.

La cuestión se traslada, pues, a los actos no oficiales del Jefe del Estado. A su vez, estos pueden ser públicos o privados. Entiendo a este efecto por públicos aquellos actos del Rey que no son propios de su función regia, pero que el Jefe del Estado realiza en conexión con su posición constitucional, y que generalmente son actos oficiosos (realizar contactos informales con otros Jefes de Estado –en especial si son monarcas–, realizar actos propios de una diplomacia paralela, realizar por sí o colaborar con otros para obtener logros económicos para el país y sus empresas, etc.), todo lo cual se realiza con conocimiento del Gobierno y, con él, de su aprobación, sea esta expresa o tácita.⁶ Resulta a mi juicio claro que en tales casos una intervención regia que viene respaldada, a veces impulsada, por el gobierno de turno, supone una suerte de refrendo implícito, con lo que de ello se sigue⁷.

¿Y si se trata de actos rigurosamente privados, en el sentido de que no tienen conexión directa con la función que el Rey desempeña? La respuesta es clara desde la perspectiva de la legalidad constitucional: están cubiertos por la inviolabilidad del Rey. Más allá de los argumentos de base textual (no conozco caso alguno de regla de Derecho Escrito que fije excepciones de tales actos), es preciso tener en cuenta que si la inviolabilidad del Jefe del Estado no se extendiere a tales actos se abriría una brecha mediante la cual podría cuestionarse

5 Y no solo en las monarquías, véase, por ejemplo, el art. 89 Constitución italiana.

6 No es privativo de los Monarcas, pero hay que señalar que las Monarquías existentes sostienen entre sí una suerte de red de relaciones informales que puede ser usada, y se usa, para facilitar las relaciones exteriores del Estado y los logros de las empresas de este. No está de más advertir aquí que, como miembro de una familia real cuyo origen se remonta al siglo XI sin solución de continuidad, el monarca español tiene al respecto una posición peculiar al ser poco menos que el decano de la red informal de Monarquías realmente existente. En nuestro caso, además, hay que tener en cuenta el rol especial que la Corona ha desempeñado y desempeña en lo que a las relaciones con las Repúblicas de la antaño “América Española” se refiere.

7 Conviene recordar que el refrendo no se reduce a una contrafirma en un acto documentado del Rey, el endoso se puede producir por procedimientos informales, comenzando por la indicación del Jefe del Gobierno y terminando por el “Ministro de Jornada”.

la continuidad del titular del cargo en el cargo mismo, lo que sencillamente no resulta compatible con la naturaleza misma de la Monarquía, institución en la que, como vimos, siempre hay alguien con derecho a ser Rey. Adicionalmente cabría apuntar que siendo la persona del Rey titular de un derecho subjetivo al cargo y habiendo configurado a la Corona como una magistratura de influencia no es posible diferenciar los actos del Rey en aquellos que suponen ejercicio de sus funciones, de aquellos que no lo son: en una magistratura de influencia el titular siempre está en ejercicio. Podrá agradar o no, pero así es la institución.

II. Principio democrático y Monarquía

El principio democrático tiene al menos tres componentes: según el primero, la última y suprema instancia política en el Estado reside en un cuerpo cívico de ciudadanos libres e iguales, en una expresión usual “el pueblo es el soberano constitucional”. En este sentido, cuando Schmitt señala que lo propio de la democracia es el “principio de identidad”, tiene razón. Según el segundo, la última palabra corresponde así al cuerpo cívico integrado por la población dotada de plena capacidad de obrar⁸, siendo esta la divisoria que separa al Estado Constitucional puro del que es, además, Democrático. Según el tercero, no existe en el Estado nadie habilitado para el ejercicio del poder público si no tiene una investidura democrática, y no hay tal si el cargo público no procede del pueblo, bien sea de modo directo, bien sea de modo mediado.

El principio democrático entraña la aplicación a la organización y gobernanación del Estado de la regla de la igualdad. Todos los ciudadanos en tanto que ciudadanos son miembros del cuerpo político y tienen idéntico *status*. En consecuencia, la ley es una y la misma para todos y, en este sentido, como el estatuto de ciudadano es único y fijado por las leyes, todos los ciudadanos lo son igualmente, para lo cual es indispensable que todos los ciudadanos tengan acceso a todas las magistraturas al efecto de que sean iguales tanto en lo que afecta a la formación de las leyes, como en lo que toca a las posibilidades legales de acceso a los cargos públicos. Los griegos lo dijeron con admirable sencillez: isonomía, isegoria e isocracia.

Como hemos visto, siendo la naturaleza de la Monarquía la que es, resulta meridianamente claro que esta última es una institución que no resulta compatible con el principio democrático en su radicalidad. Es cierto que la voluntad del pueblo puede adoptar como forma de la Jefatura del Estado la Monarquía, bien sea mediante asentimiento informal, bien sea mediante asentimiento formal adoptando una Constitución que la incluya⁹. Pero también lo es que la Monarquía, como la Democracia, tiene su propio principio, y que este, en sí y en sus consecuencias, no resulta compatible con el primero.

Escribió Montesquieu que el principio de la Monarquía es el honor. Ello es así porque dicha forma política lleva en su entraña un privilegio mayúsculo toda vez que la misma supone que una familia (la dinastía) tiene derecho a que uno de

8 Por eso el nacionalismo de definición étnica, que reserva la pertenencia al cuerpo político a aquella parte de la población del Estado que comparte el “hecho nacional” sólo es compatible con el principio democrático si hay coincidencia completa entre “nacionales” y “ciudadanos”. Cosa sumamente rara en el mundo real.

9 Que, en nuestro caso, es lo sucedido por partida doble: 1976 (Ley para la Reforma Política) para que la Corona impulsara la reforma democrática; 1978, cuando el pueblo ratifica por una mayoría amplísima (mayoría absoluta en el conjunto del país, mayoría en todas las provincias y mayoría absoluta en 49 de estas) una Constitución democrática con Monarquía.

sus miembros sea siempre Jefe del Estado. Un privilegio así sería frágil y de vida problemática si no estuviera rodeado y protegido por un sistema de privilegios menores que generara una red de intereses –identificados con la Monarquía y, a la postre, fuente de honores y gracias– necesarios para la continuidad del Rey. La Monarquía requiere “poderes intermediarios subordinados”, entre los cuales es central la nobleza titulada:

El poder intermediario subordinado más natural es el de la nobleza, que forma parte en cierto modo de la esencia de la Monarquía, cuya máxima fundamental es: sin monarca no hay nobleza, sin nobleza no hay monarca...

O, si se prefiere, con mayor claridad en un texto que inspiró a Bonaparte a la hora de crear la Legión de Honor:

El Gobierno monárquico supone, como hemos dicho, preferencias, rangos e incluso una nobleza de origen. Por naturaleza, el honor exige preferencias y distinciones; así cuadra perfectamente con este Gobierno.

Más claro, el principio monárquico comporta una visión jerárquica de la sociedad, una visión en la que, como señala el autor citado, hay un sistema de preferencias y distinciones que otorgan mayor relevancia social a personas determinadas, a las que la Corona, titular de la “gracia”, puede atribuir una posición determinada en un sistema de rangos. Sin rangos no hay honores, preferencias y distinciones, no hay por tanto nobleza y, en consecuencia, acaba por no haber monarquía al fallar por su base su principio: el honor. Vistas así las cosas se entiende sin dificultad que las Repúblicas supriman los títulos de nobleza en el mismo momento de su advenimiento: rangos y república democrática se excluyen mutuamente. Porque que la Monarquía implica rangos y jerarquía es evidente aun hoy. Si alguien lo duda que haga una visita a la “prensa cardíaca”, por favor.

El principio monárquico es incompatible con el democrático en las tres dimensiones del mismo de que acabamos de hablar. En primer lugar, la existencia de la institución de la que tratamos, precisamente por situarse en la cúspide del edificio político de Constant, por situarse antes y con independencia del sufragio, opera como un límite a la soberanía popular. Una consecuencia que debe tenerse en cuenta en nuestro caso es que, precisamente por ello, el número de monárquicos auténticos que existe entre nosotros es muy reducido, toda vez que son muy pocos los conciudadanos que ven en el Jefe del Estado una figura permanente, situada fuera de las agitadas aguas del sufragio y la elección, cuya continuidad se identifica con la del Estado. Lo del “ciudadano Borbón” es una mala ocurrencia, el Rey, por serlo, está situado fuera del pueblo¹⁰. Lo es en el segundo plano, porque la propia permanencia de la institución, y con ella la de sus sucesivos titulares, se sitúa al margen del cuerpo cívico y, en consecuencia, fuera del alcance del ejercicio del sufragio. Lo es en el tercero porque la naturaleza de la Corona excluye que la misma pueda satisfacer la exigencia de una investidura democrática para ocupar la Jefatura del Estado. No sin razón escribió el señor barón:

El amor a la República en la democracia es el amor a la democracia, y este es el amor a la igualdad.

¹⁰ No es un “conciudadano” porque la ciudadanía exige igualdad, no es casual que normalmente el Rey no vote.

No está de más hacer constar que entre nosotros ese debate es más bien añejo: la cuestión fue ardua y largamente discutida en 1869 con motivo del debate sobre la que sería la Constitución de 1869. Hasta la actual el único caso en nuestra Historia del proyecto de construir una Monarquía Democrática.

La defensa de la monarquía en el seno de un Estado Constitucional gira en torno a una idea básica: el Monarca es el único magistrado que tiene la posibilidad de ser neutral en las contiendas políticas precisamente porque no trae causa del sufragio. Como observaba Constant:

La monarquía constitucional tiene esa gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de un rey, rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinión, que sirve de apoyo al político. El interés verdadero de este rey no es de alguna manera el que uno de los poderes destruya al otro, sino que todos se apoyen, se comuniquen entre sí y obre de concierto.

Vistas así las cosas se entiende sin dificultad que quienes defienden un ordenamiento constitucional democrático que incluya la Monarquía a la hora de definir la Jefatura del Estado eludan cuidadosamente el plantear la cuestión de la monarquía y su lugar en el Estado Constitucional Democrático en el terreno de los principios y se lo plantean en el plano de lo pragmático, de las ventajas que, en el Estado de Partidos, tiene la forma monárquica frente a una Jefatura del Estado de elección y mandato limitado. Tal vez el mejor catálogo de los argumentos esgrimidos en este sentido en los últimos tiempos sea el redactado por Lamo de Espinosa, y que se ve así: 1) El ejemplo: casi la mitad de las democracias consolidadas, que comprende buena parte de las de mejor calidad cuentan con Monarquía. 2) Se trata, además, de los países más modernos. 3) Su coste presupuestario es muy bajo¹¹. 4) Mejores rendimientos en países con fuertes tensiones territoriales. 5) Mayor facilidad en forjar consensos en torno a la Jefatura del Estado. 6) Asegura un mayor conocimiento práctico y experiencia al titular del cargo. 7) En el caso español, el rendimiento de las dos Restauraciones (de 1876 y la actual) es bueno. 8) La Monarquía cuenta con legitimidad democrática: ha sido votada por el pueblo. 9) Su eliminación exige un proceso constituyente, no una mera reforma constitucional. 10) Es preciso diferenciar, también aquí, los vicios personales de los propios de la institución.

Los argumentos están bien traídos, es más, algunos son incontestables: es innegable que en España las dos Restauraciones han sido más eficientes que sus alternativas, que entre nosotros el coste de la Corona es ridículo, que la continuidad en el cargo proporciona al Jefe del Estado información, conocimiento y experiencia que dotan a sus opiniones de una *auctoritas* que sólo excepcionalmente se dan en un magistrado electo, y así sucesivamente. Si se tratara exclusivamente de si entre nosotros la Monarquía existente nos ha servido bien, la respuesta es clara: sí.

Las razones prácticas para sostener la conveniencia de la Monarquía, aquí y ahora, que ese y no otro es el alcance de la defensa pragmática de la institución, no remedian, empero, los problemas que causa la incompatibilidad de fondo que se ha señalado, y, en todo caso, dejan sin responder la cuestión principal que subyace a la combinación entre Monarquía y Estado Democrático: cómo

¹¹ Vaya por delante que a la fecha el nuestro es bajísimo: apenas ocho millones de euros/año. Hay presidencias autonómicas más costosas.

podemos explicar que pese a la oposición de principios y de principio existan en el mundo real democracias plenas de elevada calidad que incluyen a la Monarquía en su complejo institucional. Y, me parece, que aquí será necesario volver a la historia y a los griegos, y a una de las invenciones políticas de mayor éxito y duración: la teoría del gobierno mixto.

III. ¿Qué clase de democracia es la propia del Estado Constitucional Democrático actual?

El Estado Constitucional Democrático moderno no se puede entender plenamente si no se tiene en cuenta que reposa sobre un compromiso entre dos corrientes de pensamiento y dos proyectos institucionales distintos, y que ese compromiso tiene una estructura muy compleja en la que el eje de sistema resultante viene definido por tres componentes: sufragio universal, derechos fundamentales, representación. Mas vayamos por partes. A lo largo de la Historia la democracia ha gozado de dos propiedades que hoy apenas se detectan: ha sido de uso excepcional y siempre ha gozado de opiniones que van de lo despectivo a lo peyorativo. En efecto desde que el ocaso de la *polis* priva de base de sustentación a la primera democracia, porque esta era urbana y directa, la democracia ha figurado en el pensamiento político como una figura doctrinal, por no decir literaria. Bien sea porque materialmente la democracia no existe, no hay supuestos relevantes de estados con gobierno democrático, bien porque la democracia comporta el gobierno a cargo de la gente común, que tiene acceso a las magistraturas y determina su provisión, y la gente común, poco menos que por definición pobre, iletrada e ignorante, carece de capacidad para el gobierno. De hecho, durante la mayor parte de la historia del pensamiento político la “república democrática”¹² se ha venido a definir negativamente, como aquella clase de “república” (gobierno de varios o muchos y por ello necesariamente gobierno de leyes) en la que el acceso al proceso político no está restringido a clérigos y nobles, sino que es accesible al “tercer estado”¹³.

La democracia moderna nace en la Ilustración, y nace, ante todo y sobre todo, con Rousseau, porque es el ginebrino el que acaba con el equívoco que acompañó tradicionalmente a la “república democrática”. La democracia a partir de Rousseau es aquella forma de gobierno en la que no se exige otra cualidad para tener acceso al proceso político y ser ciudadano a título completo, que la de gozar de plena capacidad de obrar. Los miembros del cuerpo político son los celebrantes del contrato social y todos ellos están facultados para concurrir a la formación de la voluntad general precisamente por ello. La república o se basa en el sufragio universal o no es república, ni es legítima porque en ella la voluntad general no rige. Rousseau lega a la democracia moderna original una exigencia radical de igualdad política, la cual, a su vez, puede dar lugar a la igualdad social y/o a políticas públicas orientadas a tal

12 En la tradición la democracia siempre es republicana, por eso algunos podemos ser llamados tradicionalistas, no sólo porque la seguimos, sino también porque siempre la hemos afirmado, bien entendido que la opción republicana es consecuencia de la opción democrática. Lo que ahora se viene a denominar como “democracia iliberal” no es sino una nueva veste del despotismo, y una república despótica (del corte de la URSS, pongamos por caso o de la RSI creada por Mussolini en 1943) no figura entre mis preferencias políticas, aun cuando sí parece figurar entre las de los populismos contemporáneos.

13 Como sucede en Maquiavelo o Bodino, sin ir más lejos.

fin¹⁴. No en vano las primeras propuestas del “Estado Social” surgieron de su seno. Ahora bien, el modelo rousseauiano original sigue ligado a los tópicos del pasado: la democracia sólo es propia de estados de muy pequeño tamaño porque se rechaza la representación. La democracia rousseauiana es democracia directa y se acompaña del expreso rechazo de la representación: el *demos* no puede ser representado¹⁵. Además el modelo rousseauiano hereda de Hobbes la hostilidad al pluralismo, la visión de las asociaciones como “lombrices en el cuerpo del Estado” que impiden la formación de la voluntad general, y deduce de su concepto de contrato social el rechazo a la existencia de límites al poder de la República, de tal modo que se niega admitir la posibilidad de que el ciudadano pueda tener derechos frente a aquella toda vez que entre el ciudadano y la República no hay mediador posible¹⁶. La democracia moderna nace como unanimista, individualista, antipluralista y absolutista. Su mejor expresión práctica, el jacobinismo, no queda muy lejos aunque acabe por aceptar la representación¹⁷.

Al lado a veces, y en contra otras, de esa tradición democrática florece la tradición liberal. Esta sostiene la limitación del poder del Estado (la “constitución moderada” de los padres fundadores), la existencia de derechos individuales anteriores al Estado y vinculantes para este, la división de poderes, el gobierno del Derecho, etc.¹⁸, pero reserva el acceso al proceso político a quienes, además de la capacidad general de obrar, satisfacen requisitos de competencia y capacidad adicionales, bien sean estos de definición nacional, religiosa o de clase, de tal modo que el sufragio activo y pasivo está limitado a algunos (muchos o pocos) ciudadanos. En el fondo de lo que se trata es de trasladar la hegemonía de la aristocracia a las “clases medias” que, como gustaban decir nuestros doctrinarios, han conquistado el poder social tras largos siglos de luchas y, en consecuencia, reclaman el poder político.

Con estos antecedentes el Estado Constitucional Democrático nace como un compromiso, si se quiere una confluencia, entre la tradición democrática y republicana y la tradición liberal, en el que la primera aporta el sufragio universal y, con él, la política de masas, el refuerzo del componente igualitario, no sólo en el plano prestacional, también en el plano cultural, en tanto que la tradición liberal aporta el diseño general del estado constitucional y de sus instituciones, el gobierno del Derecho y un sistema de derechos, que la tradición democrática modifica y amplía.

La arquitectura política resultante tiene en su base el principio democrático, con sus consecuencias necesarias. Empero ese principio democrático afecta de modo pleno sólo a la base: los ciudadanos forman el cuerpo cívico

14 Conviene recordar que es la Constitución del Año I la primera que prevé prestaciones públicas para procurar subsistencia y educación. Y que es el republicanismo democrático el que contesta negativamente a la pregunta de si le es lícito a la república democrática desentenderse de la suerte de sus ciudadanos.

15 Esa no es la posición de Schmitt y sus discípulos, sean populistas o no, sí admiten la representación.

16 No le faltaba razón a Constant cuando escribía: *Desde el momento en que la voluntad general lo puede todo, los representantes de esta son tanto más terribles, cuanto que no se llaman sino instrumentos dóciles de esta pretendida voluntad, y cuando tienen en su mano los medios necesarios de fuerza, o de seducción, para asegurar las manifestaciones que quieran hacer en el sentido que les convenga.*

17 La Constitución del Año I prevé Legislatura anual y ratificación popular de las leyes votadas durante su mandato.

18 Por eso nos advertía Pacheco (1845: 40-41) que no se concebía un gobierno constitucional que no fuere mixto.

en condiciones de igualdad, y en esas mismas condiciones definen el soberano constitucional, que se pronuncia bien de modo directo, caso de las consultas populares (plebiscito, referéndum), bien de modo mediado (elecciones a cargos y órganos de gobierno) mediante comicios libres y competidos, *id est* auténticos. De modo difuso ese soberano constitucional incide sobre el sistema institucional a través de una opinión pública formada merced a medios de comunicación de alcance masivo. Más allá de esa base el “principio de identidad” gobernantes/gobernados se diluye progresivamente.

Los medios primarios a través de los cuales el *demos* forma y manifiesta su voluntad, las elecciones libres y competidas, tienen una configuración esencialmente aristocrática. Eso es así por varias razones: 1) La elección es un instituto de índole aristocrática porque no está diseñado para procurar el mismo acceso a las magistraturas de todos los miembros del *demos*, en este sentido la elección cede ante la insaculación, más bien al contrario, está diseñado para seleccionar aquellas personas que los miembros del *demos* estiman como “mejores”, aunque ese rasgo se venga a definir prioritariamente a partir de la similitud de intereses (real o supuesta) entre los candidatos que compiten y los miembros del *demos*. 2) La selección de los magistrados se hace en función de la representatividad de los candidatos a serlo. De lo que se trata no es tanto del “gobierno del *demos*” cuanto del “gobierno de los más representativos” de entre los candidatos que compiten por las magistraturas. Y ello de tal modo que, salvo en los casos de los institutos de democracia semi-directa, lo que surge del proceso de consulta popular es la sustitución del “pueblo” por un cuerpo de representantes, compuesto por una minoría selecta que se presume integrada por los candidatos con los que se identifican el suficiente número de electores como para producir su elección, de conformidad con las reglas establecidas por la ley. El resultado del proceso de representación es una aristocracia electiva y temporal seleccionada por el *demos*.

La provisión de los órganos de gobierno y dirección o bien obedece exactamente a la misma lógica (cuando el gobierno se decide inmediatamente por el cuerpo electoral, como en la forma de gobierno presidencial) o bien obedece a una lógica aristocrática en doble grado: los electores eligen a los mejores como representantes y estos, a su vez, escogen a los mejores para proveer el gobierno del país (como sucede paradigmáticamente en la forma de gobierno parlamentaria).

Aunque la lógica del sistema consiente que la provisión del órgano u órganos que dan visibilidad a la unidad del cuerpo político se efectúe a favor de un órgano colegiado, y tanto el principio liberal como el principio democrático serían más bien favorables a órganos de naturaleza colegial, toda vez que estos visualizan mejor la composición plural del *demos* realmente existente, en la práctica hay una marcada preferencia a favor de órganos unipersonales (Rey o Presidente) por una razón obvia: la unidad se simboliza mejor mediante una magistratura unipersonal. Ahora bien, el mero hecho de que esta última revista la señalada forma nos indica por sí misma la existencia de alguna clase de gobierno personal, sea cual sea la configuración de éste, y, con el mismo, aparece en escena el “gobierno de uno”, que es la esencia misma de la forma monárquica de gobierno.

En la terminología usual al magistrado unipersonal cuyas funciones incluyen la de simbolizar la unidad del cuerpo político se le denomina “Jefe del Estado”. El uso general reserva al mismo la denominación de “Presidente”, si se trata de un magistrado electo, temporal, para un período de mandato predeterminado, y la de “Rey” si se trata de un magistrado designado inmediatamente por la ley para un período de mandato indefinido cuya determinación coincide con la de

su vida, y que transmite el derecho al cargo a su descendencia, normalmente en el seno de una familia. Lo que separa a la Monarquía-forma de gobierno de la Monarquía-forma de la Jefatura del Estado es que en la primera el Rey es soberano, *per se* o con asistencias, en tanto que en la segunda el Rey es un magistrado más, siendo esta la diferencia sustancial entre ambas, antes incluso de las facultades que al Rey se le asignen. Los “Persas”, monárquicos en el primer sentido, lo vieron muy bien.

El Estatuto del Jefe del Estado en cada caso concreto depende en esencia de dos variables: de un lado si su mandato es temporal; de otro si el cargo conlleva, o no, la titularidad y ejercicio de poderes efectivos de gobierno. Si el mandato es temporal y el cargo es provisto mediante alguna clase de elección no hay objeción de principio a que el Jefe del Estado sea titular y pueda ejercer por sí poderes efectivos de gobierno: esa es una opción disponible. La razón es simple: el Jefe del Estado es un representante del *demos*. Lo es directo si la elección compete al cuerpo electoral, lo es indirecto si corresponde a algún cuerpo que sea, a su vez, representante del *demos*. Como consecuencia en tales casos el Jefe del Estado podrá ser responsable de su desempeño como tal, precisamente porque trae origen de la representación y su mandato es temporal.

Vistas así las cosas me parece claro que la democracia constitucional realmente existente no es un gobierno puramente democrático, toda vez que en su seno el “principio de identidad” si bien presente, tiene un alcance limitado. Sobre la base de la asignación al cuerpo cívico de la soberanía, sobre la base de la regla “el pueblo es el soberano constitucional”, de un sufragio universal en el que se satisface cuanto menos la regla de la igualdad en el valor inicial del voto, que se ejerce mediante elecciones periódicas libres y competidas, esto es sobre esa base democrática, se insertan elementos aristocráticos. De hecho las elecciones lo son *qua* elecciones, como se ha señalado ya, y como el sistema exige de representación esta está condenada a ser una criatura de naturaleza aristocrática¹⁹, aun cuando se trate de la provisión de puestos públicos de naturaleza colegial (como lo es por excelencia el Parlamento).

Más aún, en la democracia constitucional realmente existente no faltan los componentes propiamente monárquicos. El primero de ellos es la existencia de magistraturas que, en lugar de ser colegiadas, son individuales y, por ello, necesariamente personalizadas, por más que quepa la posibilidad (de uso por demás frecuente) de integrar *a posteriori* magistraturas individuales en colegios, como sucede por excelencia en el caso del órgano “Gobierno”, integrado por Ministros, dotados de estatuto particular que incluye poderes propios, que forman un órgano colegial secundario, el Consejo de Ministros, asimismo dotado de estatuto particular y poderes propios. El segundo de ellos trae causa de una situación primariamente fáctica: cuando se da el caso de un órgano colegial secundario surge la necesidad de establecer en su seno una figura unipersonal a la que compete la dirección de ese colegio, llámese Primer Ministro, Presidente del Consejo o del Gobierno o Presidente del Consejo Federal, que puede constituirse como una mera realidad de hecho o puede configurarse como una magistratura unipersonal peculiar porque es al tiempo miembro de un órgano colegiado, el que preside, y un órgano del Estado distinto del colegio a título propio. El tercero de ellos es un componente estrictamente fáctico: el de

19 De hecho las quejas, entre nosotros frecuentes, acerca de la deficiente calidad del personal político tienen sentido si, y solo si, se parte del supuesto de que su provisión es aristocrática: los partidos no son los mejores de su clase, y no nos proporcionan el mejor personal para representarnos y gobernarnos.

la tendencia a la personalización del poder en la figura de quien desempeñe el cargo de Jefe del Gobierno, tendencia acentuada en aquellos casos en los que se asocian reglas que favorecen esa concentración, con usos que se mueven en el mismo sentido (la asociación entre el cargo de Jefe del Gobierno y el rol de líder del partido o coalición en el poder, por ejemplo).

Finalmente la existencia de una Jefatura del Estado unipersonal se inscribe entre esos componentes, y ello tanto si es provista mediante elección, como si no. Tendencia especialmente fuerte si, además de ser una magistratura unipersonal, la misma está dotada de poderes propios que el titular puede ejercer directamente y por sí mismo. Como reza la agudeza francesa que nos remite a Bonaparte: "Francia no es monárquica ni republicana; Francia es consular".

En suma, la democracia constitucional realmente existente es un ejemplo más de aplicación de una de las doctrinas políticas más exitosas que se conocen, de origen también griego, por lo demás: la doctrina del gobierno mixto. De hecho si pudiéramos traer a Polibio al día de hoy no sería precisamente sorprendente verle señalar que aquella es, en rigor, una clase de gobierno mixto, en el que el sufragio universal, y en su caso el referéndum, son el componente democrático, la representación y las elecciones son el componente aristocrático, la dirección política en manos de magistraturas unipersonales son el componente monárquico. La inserción del Rey en ese contexto se entiende así sin dificultad: forma parte del "momento monárquico" de un sistema de gobierno mixto. Y precisamente por eso no están fuera de lugar los argumentos de índole pragmática usados a favor de la Monarquía Parlamentaria.

Ahora bien, precisamente porque la Democracia Constitucional es un caso de "gobierno mixto" que, en cuanto tal, combina instituciones que obedecen a principios distintos, debemos esperar que dicha forma de gobierno esté atravesada por las tensiones propias de la mixtura, especialmente visibles en los casos fronterizos en los que la lógica de los distintos principios entra directamente en conflicto. Entre nosotros las polémicas en torno al comportamiento del Rey emérito, tanto antes como después de la abdicación, constituyen un buen ejemplo.

IV. El lugar de la Monarquía en la democracia constitucional

Vistas así las cosas estamos en condiciones de empezar a comprender las razones por las cuales las defensas de la Monarquía Constitucional como institución que tiene cabida en el Estado Democrático sobre la base de sus propiedades que se estiman ventajosas, esto es la defensa pragmática de una Jefatura del Estado monárquica en la democracia constitucional, puede aparecer como una paradoja, y ciertamente en el terreno de los principios abstractos lo es, pero de ello no se sigue que carezca de sentido.

Ciertamente en el terreno de los principios la figura del Rey casa mal con el principio democrático. De hecho la primera vez que en nuestro Parlamento hubo ocasión de plantear el problema, esto es cuando llega el momento de discutir un proyecto constitucional de Monarquía Democrática, en 1869, no debe sorprender que los contrarios a tal proyecto, esto es las formaciones republicanas, toda vez que en este punto unitarios y federales estaban en completo acuerdo, insistieran en la incompatibilidad entre el entendimiento democrático del principio de soberanía nacional y la existencia de un Jefe del Estado que lo es en cuanto parte de una dinastía a la que la Constitución otorga el derecho a proveer dicha jefatura, por añadidura con el acompañamiento de la inviolabilidad. En tanto que la mayoría partidaria del proyecto que será la Constitución

de 1869 señalan la práctica general de las Constituciones monárquicas de la época, con inclusión de aquellas que diseñaban una Monarquía Democrática²⁰.

Si consideramos, como se ha sostenido aquí, que la Democracia Constitucional es en el fondo una variante moderna del viejo ideal del “gobierno mixto”, que se diferencia de las versiones tradicionales en el fundamental principio de legitimidad, en la existencia en la base de un fuerte componente puramente democrático que, además, influye grandemente en la selección de los componentes aristocráticos del sistema, no parece que sea imposible coronar el edificio con una Monarquía, siempre y cuando la regia institución satisfaga determinados requisitos, a saber, haber sido aceptada por el cuerpo cívico, bien sea por alguna clase de procedimiento formal, bien sea por vía de uso; carecer de poderes efectivos de gobierno, mantenerse fuera de la lógica del Estado de Partidos, siendo neutral en los contenciosos entre las distintas fuerzas políticas, y mantener un compromiso exclusivo con las instituciones democráticas y la Constitución que las regula, al efecto de ser un efectivo símbolo de la unidad y continuidad del Estado.

La mayoría de las defensas pragmáticas de la Monarquía que entre nosotros vienen operando, en un contexto político en el que el legitimismo, otrora tan importante, ha dejado de tener una presencia significativa se mueven en un terreno en que los requisitos mencionados se dan: la Monarquía democrática ha sido votada dos veces por el cuerpo electoral en contexto constituyente y por mayorías contundentes, su diseño configura al Rey como una magistratura de influencia, el diseño constitucional no contiene reserva de prerrogativa alguna²¹, lo que le posibilita ostentar una condición de *tercero super partes* en los contenciosos entre las distintas fuerzas políticas, y ha probado tener un compromiso exclusivo con el ordenamiento constitucional, tanto si el mismo es objeto de un ataque civil (el *procés*), como político militar (el 23-F). En este sentido nuestra experiencia práctica no se distancia de aquellas democracias constitucionales que lideran los rankings de calidad democrática (Noruega, Suecia, Dinamarca, Países Bajos), entre los que la España del “régimen del 78” obtiene sistemáticamente y desde ya hace años la calificación de “democracia plena”²².

Del mismo modo nuestro caso acredita que los argumentos tradicionales que defienden la forma monárquica de la Jefatura del Estado sobre la base de que la misma tiende a otorgar experiencia, completa información y neutralidad partidista al Jefe del Estado en nuestro caso vienen avalados por la observación, y ello tanto en el caso del reinado del monarca anterior, como en el mucho más complejo y breve del actual. Algo similar cabe decir desde la perspectiva del rendimiento. Si cabe sostener que, con sus defectos, la Constitución de 1978 nos ha servido bien, preciso es señalar que durante el tiempo de vigencia de esta, y aun con antelación a la misma, la Monarquía, con sus defectos, nos ha servido bien. Incluso cabría decir que también lo ha hecho desde otra perspectiva: la del rol de la Corona en un país como el nuestro atravesado por fuertes tensiones territoriales²³. Como puede verse los argumentos pragmáticos no están ni

20 A la sazón Grecia y Bélgica.

21 Cosa que no se da siempre: en Bélgica el Rey es el jefe efectivo de las Fuerzas Armadas en caso de guerra, si bien ha caído en desuso después de la crisis de los años 40.

22 Y solo tiene puntuaciones mediocres en los indicadores que tienen que ver con la eficacia de gobiernos y administraciones públicas, véanse Freedom House o The Economist.

23 Obviamente los nacionalistas, en especial catalanes, no estarán de acuerdo. Empero, si se tiene en cuenta que los dichos han tratado de romper mi país, negándome al tiempo voz y voto en la decisión correspondiente, violando los derechos de la representación del pueblo

desprovistos de base, ni privados de razón. Otra cosa es que sean suficientes. Y, me parece, que ese es su punto débil.

V. En particular de nuestra Monarquía

La actual es entre nosotros una “Monarquía Restaurada”. No es el único caso en el contexto europeo: a lo largo del siglo XX Grecia ha oscilado entre Monarquía y forma republicana varias veces, hasta el plebiscito de 1974. Es obvio que entre nosotros esta no es la primera Restauración, hubo otra a partir de 1875, y aquella fue exitosa, a la postre el sistema de 1876 vivió hasta 1923. Sin embargo la Monarquía actual ha surgido y vive en un contexto muy diferente. En el caso griego la oscilación Monarquía/República no era sino un reflejo institucional del “cisma nacional” que arranca del conflicto entre el Rey Constantino y Venizelos, y que no llega a suturarse completamente hasta la caída del régimen “de los coroneles”.²⁴ Nada que ver con nuestra situación.

Mayor semejanza existe entre las restauraciones de 1875/76 y 1976/78, como ya se ha señalado. Sin embargo entre ambas hay tres diferencias sustantivas que no cabe desconocer: la primera Restauración llega a consecuencia del agotamiento del intento de construir un régimen democrático, en un momento en que existen sobre el terreno al menos tres guerras civiles distintas; la primera Restauración adviene mediante un pronunciamiento militar al que sigue el fin de las guerras civiles con la victoria del régimen, que solo a posteriori se “civiliza” mediante la elaboración acordada de una Constitución y unas reglas de juego; finalmente la primera Restauración pretendía establecer una Monarquía Constitucional, pero no un régimen democrático. Y acabó por fracasar precisamente por no lograr reformarse para serlo. En contrapartida la segunda Restauración se configura merced a un tránsito pacífico entre la legalidad dictatorial que muere y la democrática que nace, se efectúa mediante procedimientos civiles en los que el sufragio opera como mecanismo de legitimación y cierre, y se concibió explícitamente y desde el principio al efecto no sólo de dotar a España de un régimen democrático, sino de uno de estos que estuviera a la altura y fuere homologable con las democracias europeas de nuestro entorno.

Pero en el trasfondo opera otra diferencia entre ambas Restauraciones: en 1875/76 existía en el país un amplio y sólido sentimiento monárquico, mientras que el apoyo al republicanismo era minoritario y centrado casi exclusivamente en la pequeña burguesía y en la periferia mediterránea. La preferencia monárquica era muy fuerte y la preferencia republicana era minoritaria y débil, con una debilidad acrecentada por el fracaso sin paliativos de la Primera República²⁵. En el último tercio del siglo XX las cosas eran muy diferentes. Por de pronto la cesura entre Monarquías no se ceñía a un período de seis años, que en rigor fueron dos, sino que se extendía a lo largo dos regímenes intermedios y un período de cuarenta y cinco años. Como consecuencia el sentimiento monárquico

en las personas de los parlamentarios discrepantes me permitirán sostener que el actual monarca estuvo a la altura de la situación en octubre de 2018. Claro que a lo mejor es eso lo que se le reprocha: que estuviera a la altura.

24 Y que comprende dos guerras civiles: la primera durante la II GM entre la facción comunista de la resistencia y la facción republicana, a la que los primeros intentaron exterminar; la segunda, la guerra civil entre comunistas y monárquicos en la inmediata posguerra, en la que los conservadores vencieron.

25 Que en realidad fueron dos: el intento de la Federal de 1873 y el gobierno del Poder Ejecutivo de 1874.

era muy débil y los monárquicos sumamente escasos. En 1976/78 la Monarquía se aceptó como medio necesario para alcanzar un régimen democrático, y se aceptó por defecto, a falta de alternativa. Fue la actuación del Monarca, primero en el logro del tránsito y después en su defensa de la institucionalidad, lo que otorgó en su día una muy fuerte aprobación de la institución, empero se trataba de una aprobación frágil: lo que se expandió como el fuego en agosto fue la popularidad del Monarca, el *juancarlismo*, no el aprecio por la institución. Por eso cuando aparece la posibilidad de separar el aprecio por la institución y el aprecio por su titular las cosas varían mucho: la base humana del sentimiento monárquico aparece como sesgada, y el sostenimiento de la institución, entendida como pieza de un régimen democrático *tout court*, ha sufrido los avatares correspondientes, dando lugar a una sociedad dividida en el momento en que esto se escribe²⁶.

Una de las innovaciones que la cuestión registra es la aparición en el escenario político de la demanda de una consulta sobre la forma de la Jefatura del Estado, cuestión en la que también nos hallamos ante una sociedad dividida, si bien con menor intensidad que la que suscita la cuestión principal. Demanda que, adicionalmente, ha sido formalmente asumida por uno de los cinco principales partidos nacionales (y que ven bien las formaciones nacionalistas) y es política oficial del cuarto partido, que, a su vez, forma parte del Gobierno. La propuesta se apoya en la previsión del art. 92 CE: el Presidente del Gobierno, con la aprobación del Congreso, puede convocar una consulta sobre una cuestión política, a realizar según las previsiones de la obsoleta Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. La propuesta de tal clase de consulta sobre la forma de la Jefatura del Estado es, *pro forma*, impecablemente democrática: que sea el pueblo el que decida sobre qué clase de Jefe del Estado desea. Afirmación que sus defensores adoban con un argumento suplementario: que así se haga porque no se supo o no se pudo hacer durante la Transición. A nadie se le escapa que, aun cuando formalmente la propuesta parece *prima facie* imparcial, en realidad encubre una toma de posición pro republicana de naturaleza instrumental, porque su contenido no es tanto el de expresar una preferencia, como poner en tela de juicio la forma política que la Constitución vigente consagra y, a través de esta vía, poner en cuestión el completo ordenamiento constitucional.

Tal propuesta me suscita dos clases de reflexiones: de un lado se trata de una propuesta que tendría sentido si en la sociedad hubiera una toma de posición ampliamente mayoritaria, de tal modo que se minimizaran dos riesgos políticos nada desdeñables: de una parte evitar que la consulta fuere fuertemente divisiva (riesgo que corren todas las consultas de esta clase); de la otra desvanecer el riesgo de que la forma de la Jefatura del Estado sea la opción respaldada por la mitad más uno de los electores en contra de la mitad menos uno de los mismos ciudadanos, con lo cual el acuerdo super mayoritario necesario para contar con una Constitución que no sea de partido, y que, por ello, haga posible la alternancia pacífica en el poder se desvanecería y retornaríamos al escenario constitucional anterior a 1876: el de la Constitución de partido. Como esa condición previa de consenso amplio sobre una opción no se da, me temo que la propuesta adolece del vicio de inclinarnos por la política de adversarios, cuya conveniencia es cualquier cosa menos evidente.

26 Véase una aproximación demoscópica reciente en: <https://electomania.es/ep-14s-los-monarquicos-recuperan-fuelle-y-sorpassan-a-los-republicanos-por-4-decimas/>

Adicionalmente el propio planteamiento de la cuestión es fraudulento. Me explicaré. Tratándose como se trata de una decisión constitucional fundamental, el cambio mencionado debería seguir el camino constitucionalmente previsto para ello, que no es otro que la revisión constitucional. Revisión que tiene, entre otras virtudes, ser el procedimiento constitucionalmente correcto y garantizar una decisión supermayoritaria. Es cierto que al afectar a la Corona, debería seguirse el muy gravoso procedimiento del art. 168 CE²⁷, empero ese no es un obstáculo insalvable toda vez que el art. 168 CE no está protegido por el procedimiento que prevé y, a mi juicio, nada obstaría a una reforma en dos fases: modificar o suprimir dicho precepto, y pasar después a la reforma de fondo mediante el procedimiento del art. 167 CE. Pues bien, el sentido propio de la propuesta del referéndum directo tiene sentido si, y solo si, de lo que se trata es de modificar la Constitución, en rigor hacer una Constitución nueva, rompiendo con el ordenamiento constitucional en vigor y, consiguientemente, minando la legitimidad del resultado posible. La propuesta tendría sentido si, como en los casos italiano y griego, la decisión popular precediera y condicionara la producción de una nueva Constitución, pero al no darse ese dato previo me parece claro que una propuesta de consulta directa comporta la propuesta de un fraude constitucional.

Bibliografía

- García López, E. (2014). El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 295-318.
- García López, E. (2019). El rey en la Constitución de 1978: el cometido de la Monarquía en una democracia con pretensión de veracidad. *Revista de Derecho Político*, 105, 19-55.
- Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (2017). Las funciones interconstitucionales del jefe del Estado parlamentario. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 13-42.
- Lamo de Espinosa, E. (2020). ¿Monarquía o república? Diez razones. *El País*, 17-8-2020. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2020-08-16/monarquia-o-republica-diez-razones.html>
- Martínez Sospedra, M. (2007). *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Luzón, J. (2020). La Corona y los ciudadanos. *El País*, 2-9-2020. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2020-09-01/la-corona-y-los-ciudadanos.html>
- Pacheco, J. F. (1845). *Lecciones de derecho político constitucional: pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1844 y 1845*. Disponible en: http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1003362
- Pérez Renovales, J. (2020). Por qué se puede ser monárquico (y más ahora). *El País*, 25-8-2020. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2020-08-24/por-que-se-puede-ser-monarquico-y-mas-ahora.html>
- Torres del Moral, A. (2014). En torno a la abdicación de la Corona. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 13-48.

27 Que no es sino un agravamiento del previsto en las dos constituciones democráticas anteriores, la de 1869 y la de 1931, que preveían decisión supermayoritaria, seguida de disolución y elecciones y adopción en su caso de la reforma por unas Cortes Constituyentes.

- Torres del Moral, A. (2018). Cuarenta años de Monarquía parlamentaria (Balance). *Revista de Derecho Político*, 101, 33-64.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2018). La Monarquía en la Historia constitucional española. *Revista de Derecho Político*, 101, 17-29.
- Vera Santos, J. M. (2016). La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España. *Revista de Derecho Político*, 96, 13-48.

IV. RECENSIONES

Fiammetta Salmoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Milano, Cedam, 2019, 496 págs.

CLAUDIO DE FIORES

Professore ordinario di Diritto Costituzionale
Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Le recenti crisi bancarie ed il conseguente dibattito sull'ormai famosissimo *bail-in* hanno prepotentemente portato all'attenzione di tutti la criticità dei sistemi bancari statali e, più in generale, le problematiche connesse con la gestione della finanza a livello nazionale, eurounitario ed internazionale.

Come noto, si tratta di argomenti assai complessi, in genere riservati a ristrette cerchie di studiosi, per lo più economisti, e che la divulgazione mediatica, spesso più scandalistica che informativa o scientifica, non ha contribuito a chiarire, né certamente a risolvere.

In tale contesto il dibattito giuridico fra i costituzionalisti ha affrontato, talvolta anche con spunti assai brillanti, solo singoli aspetti di tale complessa tematica e, per lo più, quasi sempre calati nel contesto temporale del momento.

Il volume di Fiammetta Salmoni, per la prima volta, cerca di dare sistematicità alla materia, fornendo al tempo stesso una ricostruzione storica completa ed un'analisi scientifica rigorosa ed esaustiva delle implicazioni giuridiche sottese al tema dell'istituzione dell'Unione bancaria europea.

Partendo, infatti, dai primi spunti di politica economico-finanziaria già delineati nel Trattato di Roma, il volume dapprima ripercorre in modo organico ed accuratamente documentato il succedersi delle posizioni eurounitarie, influenzate inequivocabilmente e, ad avviso dell'Autrice, fatalmente, dalle politiche adottate dagli Stati Uniti nel secondo dopo guerra, che hanno fornito un impulso esogeno al processo di integrazione europea, plasmando e orientando –sin dal principio– gli obiettivi dell'Europa unita (4 ss.).

L'obiettivo del mercato unico (presente in tutti i Trattati succedutisi nel tempo), viene inquadrato alla luce di tale ricostruzione, un obiettivo che ha altresì comportato l'inevitabile istituzione dell'Unione monetaria europea e l'adozione della moneta unica. Da qui, l'identificazione di uno dei maggiori nodi problematici dell'evoluzione dell'integrazione europea, che ha giocato un ruolo fondamentale nel propagarsi della grande crisi del 2007 dagli Stati uniti al Vecchio continente:

la cessione della sovranità monetaria a livello sovranazionale, ma il contestuale mantenimento della politica economico-finanziaria a livello statale.

Il quadro giuridico generale viene ricostruito non perdendo mai di vista il contesto storico, economico e sociologico: da Bretton Woods (con le prime prove di unione monetaria rappresentate dall'Unione europea dei pagamenti e dall'Accordo monetario europeo) (16 ss.), al suo fallimento (35), alla caduta del muro di Berlino e la conseguente fine della guerra fredda (76 ss.), da cui scaturiscono la strategia di Maastricht e del Patto di stabilità e crescita, parti integranti di questo scenario che ha puntato ad imporre a livello globale l'economia di mercato.

Da qui, lo sgretolamento dei diversi sistemi sociali statali, le crescenti insoddisfazioni e contestazioni da parte dei popoli degli Stati membri (che hanno fatto perno anche sulle ricostruzioni giuridiche della migliore dottrina costituzionalistica) ed il contestuale tentativo, fallito, di approvare il Trattato che istituiva una Costituzione europea, adottato proprio per dissimulare l'orientamento economicista e liberista che continuava a pervadere l'Unione europea (115 ss.).

Contestualmente allo scoppio della crisi finanziaria globale, partita come crisi della finanza privata e trasformatasi ben presto in crisi della finanza pubblica, l'Unione europea adotta il Trattato di Lisbona, facendo della stabilità finanziaria un vero e proprio *supervalore*, incidendo "sulla storia dell'Europa unita in generale, coinvolgendo tutti gli Stati membri e le loro Costituzioni, stravolgendo il modo di intendere la democrazia e la sovranità popolare, trasfigurando inesorabilmente persino la tutela dei diritti fondamentali, tutti sacrificabili sull'altare dell'equilibrio economico e finanziario" (120).

Il volume, ricostruisce questo momento delicatissimo della storia dell'integrazione europea individuando e commentando, con argomentazioni giuridiche –supportate altresì dalla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale e lussemburghese–, quelle che l'Autrice definisce le *tre macro misure* anti crisi adottate –inseguendo l'emergenza– a livello sovranazionale, per fare fronte allo scoppio della crisi: innanzi tutto, l'approvazione del *Six Pack*, del *Two pack* e del *Fiscal compact*, che ha anche comportato la revisione costituzionale del 2012, introducendo il principio del pareggio di bilancio nel nostro ordinamento (128 ss.). In secondo luogo, l'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità permanente, ultimo tassello di una serie di altri numerosi istituti esaminati e commentati con dovizie di particolari (191 ss.).

Infine, la nascita dell'Unione bancaria europea, istituita dopo una prima fase, durante la quale la Commissione europea ha consentito al salvataggio, mediante aiuti di Stato, delle banche in crisi di alcuni Stati membri (164 ss.); seguita da una seconda fase inaugurata con la sua Comunicazione del 2013 (un atto di *soft law* che l'Autrice non dimentica di esaminare in tutte le sue implicazioni giuridiche), che ha segnato, per la seconda volta nel giro di pochi anni, un vero e proprio *revirement* nell'approccio agli aiuti di Stato da parte della Commissione stessa, che, da quel momento in poi, sono stati concessi sulla base di presupposti molto più rigorosi rispetto al passato, proprio per garantire un passaggio più agevole all'Unione bancaria europea (213 ss.).

Il filo conduttore del volume ci accompagna verso l'analisi della normativa sovranazionale sulla gestione e risoluzione delle banche in crisi, sottolineando il progressivo parallelo orientamento verso un crescente dirigismo centralistico da parte dell'Unione europea, fino alla descrizione dei cosiddetti "tre pilastri" dell'Unione bancaria europea (227 ss.), evidenziando l'accresciuto ruolo della Banca centrale europea, titolare di poteri sia in materia di politica monetaria, sia in materia di vigilanza, al punto che, si fa riferimento, in quest'ultimo caso, ad una vera e propria ulteriore cessione di sovranità da parte degli Stati membri (240).

Cura particolare viene poi dedicata all'analisi dei rapporti fra le fonti del diritto, esaminando l'intreccio (che l'Autrice giustamente definisce una vera e propria "giungla") fra accordi intergovernativi, atti di *soft law*, regolamenti e direttive eurounitarie e normative nazionali (262 ss.).

In questo ambito il volume, dopo aver esaminato la disciplina italiana per la risoluzione delle crisi bancarie, analizza più approfonditamente l'istituto del *bail-in* ed i suoi potenziali profili di illegittimità costituzionale emersi nel corso del dibattito portato avanti soprattutto dalla dottrina giuscivilistica, che riguardano la compatibilità di tale normativa con alcuni principi e diritti fondamentali del nostro ordinamento giuridico: il principio di uguaglianza (291 ss.), la tutela della proprietà privata (295 ss.), la tutela del risparmio (308 ss.), il diritto alla tutela giurisdizionale (323 ss.). Un'analisi portata avanti sottolineando sia l'evoluzione, talvolta criticata, dei concetti giuridici sottostanti principi e diritti fondamentali (come, ad esempio, nel caso dell'art. 47, Cost., che ha visto affermarsi sempre più la tutela del risparmiatore, anziché la tutela del risparmio), sia esaminando, con il medesimo rigore scientifico, l'evoluzione della posizione della giurisprudenza costituzionale, mostrando come da un lato si allinei a quella delle Corti europee, recependone direttive e indicazioni, ma dall'altro cerchi legittimamente di difendere le prerogative nazionali.

Particolarmente interessante sono poi, nell'ultimo capitolo, i paragrafi dedicati all'approfondimento dei concetti di identità nazionale e di identità costituzionale (338 ss.), in cui viene proposta un'arguta posizione sulla teoria dei controlimiti, invocati da parte della dottrina giuscivilistica come scudo da ergere avverso il recepimento –scolastico e acritico– operato dal legislatore nazionale dell'intero *corpus* normativo istitutivo dell'Unione bancaria europea.

L'Autrice è una brillante studiosa, animata da grande curiosità intellettuale, da sempre attenta alle tematiche meno banali (e spesso estremamente complesse), che affronta con cura e determinazione. Il suo rigore scientifico e la cura quasi maniacale verso le fonti documentali, tuttavia, non tolgono interesse ad un volume che, pur nella complessità dell'argomento trattato, rimane assai godibile, presentando ricostruzioni accurate e approfondimenti acuti, con spunti di riflessione e posizioni per certi versi innovative.

Gabriel Moreno González: *La democracia humanista*, Sevilla, Athenaica, 2020, 200 págs.

JUAN CARLOS MORENO PIÑERO

Director de la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste

Se ha publicado recientemente el libro *La democracia humanista* del que es autor Gabriel Moreno González, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura, un libro de serena madurez impropio de quien aún no ha cumplido tres décadas de vida. No es normal que a tan temprana edad alguien escriba como si hubiera vivido varias vidas, como si hubiera recorrido el infierno, el purgatorio y el paraíso de Dante, como si hubiera sido el tercer acompañante de Alonso Quijano y Sancho y como si se hubiera amamantado con la Enciclopedia Británica.

La democracia humanista es un libro que precisa sosiego para ser saboreado. Nadie salvo un borracho bebe de un trago un buen vino sino que lo paladea y va descubriendo en él matices, sabores y aromas hasta que llega a sentir una plácida embriaguez. Es lo que le pasa a este libro, un libro muy recomendable pero que no se lee fácilmente. Éste no es uno de esos libros de sombras sino que es un libro de luces, de muchas luces. Un libro de luces que se saborea preferiblemente en penumbra, la que reina en una habitación a oscuras sólo rota por la luz de un flexo que ilumina las páginas. Si además suena música de fondo, cada cual la que prefiera, estaríamos cerca del éxtasis místico. Y es un libro de luces porque refleja muchas de las luces que han iluminado la historia, tantas luces muestra el libro que parece la ciudad de Vigo en Navidad. Es un libro de luces también porque sus páginas irradian el interior preclaro de su autor, sin sospechas de tener esquinas sombrías ni dobleces tenebrosas. Es un libro de luces porque no está escrito sólo con la cabeza sino también con el pecho, esa caja que atesora la luz que cada cual alimenta a base de sentimientos y convencimientos. Es un libro de luces, en definitiva, porque al ir pasando sus páginas se van descorriendo las cortinas que sumen en penumbra nuestra mente.

El autor revela al final del libro que su propósito ha sido responder a la pregunta sobre las causas de nuestra acción política y de nuestra preocupación por lo común, causas que ha querido encontrar en la vieja y rica tradición del

humanismo. Con estas palabras ha pintado un fresco que no es sino una santísima trinidad laica: el bien común, la política como instrumento para conseguir el bien común y el humanismo como marco y fundamento de ambas. Tres personas en un solo dios, un dios hecho de tres personas, tres pilares que deben sustentar el bien supremo que no es otro que la felicidad. Porque si hay algo que tengo claro es que las casi doscientas páginas del libro tienen el nexo común de que tratan de la felicidad, o mejor dicho, de la búsqueda de la felicidad pues la persona no alberga otra meta que la de ser feliz; y la meta de los muy privilegiados, la de ser feliz y además hacer felices a otros.

La lectura del libro me sirve de reflexión para recordar otros momentos de la historia vinculados con la forja de la democracia y el humanismo. Para ello me apoyaré en uno de los mejores libros de Stefan Zweig, en *Momentos estelares de la humanidad*. En él, el escritor austríaco traza catorce esbozos narrativos de momentos que marcaron de algún modo el futuro de la humanidad. En su primera redacción no contenía catorce esbozos sino cinco, y cinco son los momentos de la humanidad que pretendo tratar. No son los únicos, es evidente, ni quizás los más brillantes o los más decisivos pero coadyuvan a entender el papel de la democracia y del humanismo en ciertos momentos importantes de la historia.

Comenzamos en el año 533 de nuestra era cuando el emperador bizantino Justiniano ordenó publicar el Digesto, obra en la que se recopilaba la jurisprudencia romana. Entre los juristas que intervinieron en el mismo se encontraba Ulpiano y a Ulpiano debemos el enunciado del *tria iuris praecepta* también llamado “las tres máximas de Ulpiano”, que son los tres pilares que a su juicio sustentan la convivencia y el Derecho: vivir honradamente, no hacer daño a nadie y darle a cada cual lo suyo. El primero de ellos, *honeste vivere*, vivir honradamente, es a mi juicio el más importante de los tres porque una vida honrada arrastra necesariamente a los otros dos principios. Todos sabemos en qué consiste ser una persona honrada, no hacen falta mayores explicaciones, pero por si acaso expreso mi propia opinión: vivir honradamente es respetar a las personas y a las cosas, ser riguroso consigo mismo y con los demás, ser independiente frente al poder y dependiente de los desfavorecidos y frágiles, decir la verdad, tener sentido del honor y de la palabra dada y respetar la libertad propia y ajena porque la libertad, como el Quijote le dijo a su escudero, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida. El segundo precepto, no hacer daño a otro, merece un par de observaciones. La primera, que no hacer daño a otro no es suficiente sino que debe completarse con un hacer el bien a los demás porque siendo necesaria la actitud pasiva de no dañar, resulta preferible la actitud diligente de hacer el bien. La segunda observación es que ese “otro” al que no se debe dañar o a quien se le debe hacer el bien no ha de limitarse sólo a otros congéneres, alcance que no sería cuestión menor, sino que incluyo en ese universo a la Naturaleza, a la Madre Tierra. Tengo la impresión de que el hombre se ha creído excesivamente su papel de dueño de la Creación y que en su soberbia ha considerado que cuando Dios le puso a su disposición lo que había creado le estaba otorgando poderes absolutos de disposición. Pero no es así, el hombre no es dueño de nada, en todo caso es usufructuario, y ya sabemos que el usufructo es el disfrute de las cosas dejando a salvo su sustancia. No tenemos derecho a arrasar ni a esquilmar los bosques, no tenemos derecho a contaminar las aguas o el aire, es injustificable el maltrato animal... No somos conscientes de que si la Tierra se sigue calentando, la magnitud de la catástrofe será colosal. Nuestra ceguera culpable puede llevarnos al desastre. Y el tercer principio, darle a cada cual lo suyo, supone la esencia de la justicia que es uno

de los pilares de la democracia. Instituye además el principio de solidaridad básico en toda democracia humanista, no sólo una solidaridad interterritorial sino también una solidaridad intergeneracional.

El segundo momento estelar relacionado con la democracia y el humanismo lo situó en el siglo XVI, en las postrimerías del reinado de Carlos V. Tengo la suerte de que mi despacho se encuentra en las mismas dependencias en las que el emperador, el rey del mundo, vivió los últimos diecinueve meses de su vida. Con frecuencia me preguntan si soy devoto de Carlos V o si le profeso una especial admiración o si es mi personaje histórico preferido, a lo que suelo responder, para decepción de mi interlocutor, que aquel rey me despierta curiosidad pero no especial simpatía. Soy más partidario de los comuneros y de los reformadores que de un rey que vino de lejos y que nunca terminó de entendernos bien. Pero ello no empece para que reconozca algunas grandezas de su reinado como la de saberse asesorar por dos de los mayores europeos de la historia. Uno de ellos, un monje sabio, inteligente y humanista llamado Erasmo, que había nacido en Rotterdam treinta y cuatro años antes que Carlos en Gante, y para quien había escrito *Formación del Príncipe Cristiano*, obra en la que subrayaba los valores de la equidad social, la prudencia y, especialmente, el amor por la paz. Y el otro, el valenciano Juan Luis Vives, sólo ocho años mayor que el emperador, para quien escribió el tratado *De concordia et discordia in humano genere*. En esta obra, imbuida de la doctrina de su amigo Tomás Moro, afirmaba que las soluciones morales deben ser colectivas ya que las individuales son insuficientes. Encontrándose Carlos próximo a la muerte, dejó a su hijo Felipe tres recomendaciones que hay que valorar en su justa medida porque eran los consejos de quien había gobernado el mundo a quien habría de sucederle en ese poder absoluto. En ellas le instaba a que sostuviera la integridad de la fe en sus dominios, le aleccionaba sobre la paz de Europa con los otros reinos y le aconsejaba buscar una tregua con el turco para asegurarse la paz en el Mediterráneo. Esas tres recomendaciones, como expresó Marcelino Oreja en Yuste, no han perdido vigencia cinco siglos después. Cuando el emperador hablaba de sostener la integridad en la fe, en la concepción religiosa y omnipresente de antaño, podemos entender hoy la necesidad de salvaguardar la integridad ética de los principios y valores de la conciencia humanista y democrática frente al asalto de los viejos nacionalismos y de los nuevos populismos que tanto daño amenazan. Esa integridad supone también defender la paz a ultranza, garantizar la unidad y la cohesión interior e impulsar una Europa mejor como única alternativa frente a riesgos involucionistas y desintegradores. Y mantener la paz con el turco puede entenderse fácilmente en el actual contexto internacional de permanentes y poliédricos peligros. Cuando Carlos decía *turco*, podemos entender hoy cuantas amenazas violentas, excluyentes y aniquiladoras pretenden cercar a la democracia y aún más a la democracia humanista, atacando conjuntamente ambos flancos: a la democracia y al humanismo.

Situó el tercer momento estelar en ese periodo indefinido de tiempo que abarca parte del siglo XIX y comienzos del XX. Me refiero a esos años en los que se inventó más que nunca, lo que provocó un cambio social sin precedentes. Siendo como fue un tiempo en el que se sentaron las bases de una transformación radical de la sociedad, supuso, sin embargo, desde el punto de vista humano, un periodo negro. La revolución industrial constituyó un punto de inflexión en la historia pero se basó en gran medida en la explotación de la persona por la persona. Se llegó a unos niveles de fanatismo sólo conocido hasta entonces en los ámbitos bélicos. Ya no se mataba con armas, ahora se mataba mediante la explotación y la opresión, cebándose especialmente con las mujeres y con los niños. Las diferencias sociales se radicalizaron, conviviendo la mayor opulencia

con la pobreza más absoluta. Las mujeres vivían en una situación de sumisión extrema, carentes de voto, y las casadas no podían poseer propiedades y estaban legalmente sometidas a sus maridos, y dependientes de ellos. En esta tesitura resulta comprensible y plausible la irrupción de movimientos libertadores como el movimiento sufragista, el movimiento feminista y el movimiento obrero que fueron cizallas para muchas cadenas opresoras.

El cuarto momento lo ubico en el desastre de la Segunda Guerra Mundial y en la posterior reconstrucción de Europa. El Holocausto supuso el punto más bajo al que la depravación humana pudo descender. Ni la mente más perversa concibe situaciones tan abyectas como aquéllas que se dieron, ante las que cualquier descripción que hagamos, necesaria para que las nuevas generaciones no olviden lo que pasó, seguramente resultará insuficiente. Para mí, el estudio de episodios como éste, la recuperación de esta memoria histórica, habría de ser uno de los pilares de la educación si no queremos correr directos al desastre de la amnesia colectiva y con ella a la condena de repetir lo que sucedió. Frente a este averno oscuro, la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950 supuso un logro y una llama que prendía en medio del abismo de la posguerra. Esta singular construcción política se basaba en la defensa de la paz, y erigida sobre los cimientos de la libertad, el pluralismo y la tolerancia, tenía una triple misión: imposibilitar los excesos de los nacionalismos, verdadero cáncer de la Europa moderna, defender la democracia como sistema para encauzar las opiniones divergentes en una sociedad plural y dotar a Europa de una voz fuerte y poderosa para preservar sus ideas, valores e intereses.

El quinto y último momento lo ubico en la España del presente. Vivimos hoy en un Estado social y democrático de Derecho. Lo digo y nos suena tan natural como el aire que exigimos trece veces por minuto. Pero corremos el riesgo de que por resultarnos algo tan nuestro no apreciemos su valor. Somos afortunados de vivir en un país libre pero nadie nos ha regalado nada sino que el régimen de libertades en el que vivimos es el resultado de la lucha de muchos que merecen nuestro recuerdo. El paso de la dictadura franquista al régimen democrático fue un proceso que tuvo luces y sombras. Me parece necio que haya quien pretenda negar que ese fenómeno histórico abrió un periodo de convivencia antes desconocido en nuestra historia que no podemos sin más denostar. Un proceso forjado a base de muchas renunciaciones y de mucho diálogo que dio lugar a una Constitución que a mi juicio no ha perdido vigencia aun cuando deba ser reformada.

Se retrocede con seguridad pero se avanza a tientas, escribía Mario Benedetti. En el camino titubeante hacia el futuro hay muchas incertidumbres y pocas certezas, y entre éstas pocas sólo conozco la necesidad de que el mañana se construya sobre los pilares de la democracia, de la libertad, de la solidaridad y de la dignidad de la persona; precisamente los pilares que aparecen en *La democracia humanista*.



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA