NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

1

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

2021 Nº

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 1 2021

Tesis defendidas entre 2017 y 2019

Quedan rigurosamente prohibidas, sin autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendiendo la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo público.

Dirección:
Daniel Fernández Cañueto
y Pablo Guerrero Vázquez

Edita:
Fundación Manuel Giménez Abad

Palacio de la Aljafería
Calle de los Diputados, s/n
50004 Zaragoza

Teléfono: 976 28 97 15
ISSN 2792-7873

Diseño gráfico:
Inés Bullich

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 1 2021

La revista Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional pretende dar a conocer anualmente las tesis doctorales ya defendidas que previamente hayan sido expuestas en el Seminario de análogo nombre.

La creación de la misma responde a dos anhelos principales. Por un lado, aspira a ser la herramienta que permita a quienes estén interesados en este ámbito de conocimiento disponer de forma resumida del contenido esencial de una parte sustancial de las tesis que se vayan defendiendo en España. Y, por el otro, pretende ser un altavoz a través del cual los nuevos doctores difundan las conclusiones e implicaciones teórico-prácticas de sus recientes investigaciones.

Asimismo, la singularidad de la temática quiere extenderse también a la forma de presentar los contenidos. Por ello, los autores han tenido que seguir una directriz, una recomendación y una solución de posibilidad para redactar los textos que aquí se ofrecen al lector.

La directriz es la ausencia casi total de notas a pie de página, pues como quiera que es posible acudir a las fuentes originales, se ha decidido apostar por un formato que permita una lectura lo más ágil posible.

La sugerencia es la de convertir la introducción en una suerte de resumen del entorno personal y sociopolítico que les llevó a iniciar su investigación científica. Texto y contexto son, a nuestro entender, elementos esenciales que nos permiten comprender mejor los matices de toda producción intelectual.

Y la solución de posibilidad reside en que, excepcionalmente, los autores pueden incluir aquellas partes de la investigación doctoral que versen sobre el mismo objeto de estudio y no hayan sido incorporadas en la tesis pero que hayan sido publicadas. Aunque casi siempre tesis doctoral e investigación doctoral son términos equivalentes, puede no ser así, de manera que creemos pertinente adoptar una cierta laxitud con el objetivo de que el resumen permita el mejor entendimiento posible del objeto de estudio analizado y de las conclusiones a las que dicho nuevo doctor ha llegado.

No quisiéramos dejar pasar la oportunidad de manifestar nuestro agradecimiento a los comentaristas y miembros del comité científico del Seminario Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional. Sin su inmensa generosidad, ninguna de las ediciones hubiera sido posible, así como tampoco el nacimiento de la presente revista.

Por último, nos gustaría cerrar estas breves líneas con un sentido reconocimiento. La Fundación Manuel Giménez Abad nació por la barbarie de ETA, pero no lo hizo para luchar directamente contra el terrorismo sino con el objetivo de preservar y mejorar nuestra democracia parlamentaria que éste quería derrotar. Gracias a las versadas manos de su actual Secretario General, José Tudela Aranda, la Fundación es hoy uno de los mayores y más dinámicos polos de atracción de conocimiento, debate sosegado, difusión de saberes y apoyo a modestos proyectos como el Seminario y esta Revista.

Dirección
Daniel Fernández Cañueto
Pablo Guerrero Vázquez

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

NUEVOS HORIZONTES
del Derecho Constitucional

Nº 1 2021

ÍNDICE

Teoría y práctica de la representación política (2017)
Daniel Fernández Cañueto 5

Thayerismo y democracia directa (2018)
Daniel López Rubio 26

Descentralización política y estabilidad presupuestaria (2018)
Pablo Guerrero Vázquez 46

Integración territorial y sistema federal: el modelo federal canadiense y la secesión de Quebec (2019)
Francisco Javier Romero Caro 63

La problemática constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en el marco de la Unión Europea: su afectación democrática (2019)
Gabriel Moreno González 83

La consulta popular en el ejercicio de la democracia en sede autonómica (2019)
Loreto Segura i Renau 106

fundación
Manuel
Giménez
Abad
de Estudios Parlamentarios
y del Estado Autonómico

Teoría y práctica de la representación política

Daniel Fernández Cañueto

Doctor por la Universitat de Barcelona

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción
II. Representación política y sistemas sociales
III. Representación política y constitución española
IV. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Daniel Fernández Cañueto es licenciado en Derecho por la Universitat de Lleida, obtuvo un Máster Universitario en Especialización e Investigación en Derecho en la Universidad de Zaragoza en 2013 y fue Doctor *Cum Laude* por la Universitat de Barcelona en 2017. Actualmente es profesor de Derecho constitucional en la Universitat de Lleida. Asimismo, es cofundador del seminario *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional* y forma parte del grupo consolidado de la Generalitat de Catalunya de Estadios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO). Ha realizado estancias en la Universidad de Ottawa y en la Universidad de Chile. Sus líneas de investigación principales versan sobre los sistemas de gobierno representativos, la democracia constitucional y el federalismo.

I. INTRODUCCIÓN

A mediados de 2012, España tenía un nuevo licenciado en Derecho cuya preocupación social y política era coincidente con la desazón que sentía la mayoría de su propia generación "milenial". Esa intranquilidad era producto de estar viviendo una época en la que las costuras del sistema que le había visto crecer parecían romperse en lo económico y debilitarse en lo democrático. Una inquietud colectiva que, vistos los acontecimientos de aquellos años, no era para nada de extrañar. En la memoria reciente de quienes habíamos nacido ya en democracia aparecían concatenados sucesos de gran calado como el inicio de una crisis financiera global que mutó en recesión mundial (2007-2009), la Audiencia Nacional denunciando ante la fiscalía la existencia de una caja B en el Partido Popular (2009), el Tribunal Constitucional fallando en contra de una parte del Estatut de Autonomía de Cataluña aprobado primero por las Cortes y luego en referéndum por los ciudadanos de Cataluña (STC 31/2010), el Parlamento nacional reformando por la vía rápida el artículo 135 de la Constitución para aplacar a los mercados incluyendo en su seno el principio de estabilidad presupuestaria (2011), el Gobierno de José Luís Rodríguez Zapatero pidiendo un rescate a Europa por valor de 100.000 millones (2011), el movimiento de los indignados bloqueando el acceso de los diputados al parlamento de Cataluña (2011) y tomando las calles de toda España (2012), al Presidente de la Generalitat

de Cataluña (Artur Mas) convocando unas elecciones en clave plebiscitaria independentista (2012), al 15-M rodeando el Congreso de los Diputados para evitar que se desarrollara la sesión prevista (2012), a la justicia iniciando un macro proceso por los ERE en Andalucía (2012) y, por último, al recién electo presidente del Gobierno (Mariano Rajoy) rompiendo las promesas electorales realizadas un mes antes sobre educación, sanidad y pensiones mientras presentaba un ajuste presupuestario de 65.000 millones de euros para los dos años siguientes (2012).

Esa realidad provocaba un gran malestar social que el barómetro del CIS de diciembre de 2012 reflejaba a la perfección. A la pregunta con multirespuesta de cuál era el principal problema de España un 77% de ciudadanos afirmaba que el paro y un 30% que la clase política y los partidos, mientras que cuando se les interpelaba sobre cuán democrática era España un 43% afirmaba que poco. Al parecer, ante los ajustes para frenar la crisis económica, la corrupción, las tensiones territoriales y el escaso cumplimiento de los compromisos electorales, una parte nada desdeñable de la sociedad empezó a dirigir también su mirada hacia la democracia representativa como sistema y a los cargos y partidos políticos como actores privilegiados del mismo. A partir de entonces, en el seno del constitucionalismo y la ciencia política española se empezó a discutir sobre cuál era el origen real del descontento social, qué impacto estaba teniendo sobre el sistema y qué reformas debían llevarse a cabo para que la democracia saliera fortalecida.

Por un lado, estaban quienes consideraban que la democracia española tenía algunos desajustes producto de cuarenta años de uso, que ello no derivaba en un problema de modelo, aunque sí de representatividad en el interior del mismo, y que la solución pasaba por reformas puntuales que sobre todo orbitaban alrededor de la democracia constitucional. A su parecer, los partidos políticos se habían ido expandiendo en el interior de los órganos del Estado de tal forma que, directa o indirectamente, ocupaban la mayor parte de las instituciones (incluso aquellas que deberían tener carácter independiente), desnaturalizando la teórica separación de poderes y desvirtuando su función constitucional. Así pues, el problema residía en una dinámica partidista que estaba erosionando los mecanismos de control del sistema democrático facilitando la opacidad en la toma de decisiones, el clientelismo y la corrupción. Frente a esa realidad, las principales soluciones que se propusieron fueron reforzar la independencia de las instituciones, aumentar las incompatibilidades, eliminar las puertas giratorias, mejorar los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas públicas, modificar el sistema de elección de determinados cargos públicos, reformar la financiación de los partidos políticos y profundizar en su democratización interna.

En cambio, también estaban quienes consideraban que el problema era sistémico debido a una falta de representatividad, y por tanto de legitimidad, de la democracia representativa en general y de la española en particular. A su parecer, las cúpulas de los partidos no eran otra cosa que "élites extractivas" de carácter político que, desde su preeminente posición de legisladores, instauraban mecanismos de apropiación continuada de la renta popular para obtener beneficios

en una época donde era muy difícil la creación de riqueza. Una minoría formada por las cúpulas de los partidos y los representantes políticos electos que ni se encargaban de buscar el bien común ni trasladaban a los órganos del Estado la voluntad de sus electores, sino que dedicaban sus esfuerzos a perpetuar la acumulación de riqueza del grupo al que pertenecían: las élites político-económicas. De ahí que ni partidos políticos ni cargos públicos representativos pudieran ser considerados como verdaderos transmisores de la voluntad popular, y de ahí también que se considerara que la democracia representativa no era verdaderamente representativa y, por tanto, realmente democrática.

Desde esta perspectiva, si el problema era el sistema, la solución pasaba primero por configurar una teoría política alternativa que permitiera al pueblo puentear, mitigar o eliminar en el mayor grado posible la lógica representativa, los representantes político electos y los partidos políticos. Y, segundo, también había que ir introduciendo o ampliando en España mecanismos de democracia directa, participativa y deliberativa (referéndums, consultas populares, iniciativas legislativas o audiencias públicas municipales); incluyendo instrumentos de coerción de la actividad del cargo público (revocabilidad y/o limitación del mandato); y disminuyendo las esferas de poder de los partidos políticos (primarias abiertas o apertura y desbloqueo de listas electorales) con el objetivo de ir alterando el quién y el cómo se acababan tomando las decisiones colectivas.

Que existía un malestar profundo de los ciudadanos con los partidos y los políticos es innegable. Que ello fue creando un distanciamiento entre el electorado y quienes los representaban políticamente que provocó durante un tiempo una disminución preocupante de la representatividad del sistema también es evidente. Ahora bien, más dudoso me parece que dicho malestar se solucionase únicamente reformando los mecanismos de control o pudiera ser calificado como la expresión de una crisis sistémica de la democracia representativa que se solventaba transitando hacia un modelo de carácter participativo, directo o deliberativo. Y ello por dos razones principales.

La primera porque si bien es cierto que algunos de los problemas traían causa de la ineficacia de los controles existentes (corrupción, clientelismo u opacidad), no es menos verdad que la tensión social también era producto de que las difíciles decisiones políticas tomadas en medio de la grave crisis económica no habían conseguido tener un respaldo suficiente. Los partidos políticos y los cargos públicos representativos fueron incapaces de penetrar en grandes capas de la población para que las medidas aplicadas se entendieran y fueran asumidas. Ello comportó una desconexión entre los deseos de una parte importante de ciudadanos y las políticas públicas realizadas, pero sobre todo evidenció que la democracia de partidos española se había convertido en un Estado de partidos dónde éstos habían cambiado el arraigo social por la protección institucional para subsistir electoral y económicamente. Los partidos y los cargos públicos no solo parecían estar alejados de los problemas sociales, sino también de los propios ciudadanos, lo que en una época donde se tomaban decisiones complejas

se tradujo en una profunda crisis de representatividad. Crisis a la que no ayudó el imaginario colectivo que se había ido creando diariamente sobre la política desde los medios de comunicación.

Y la segunda razón es porque, si bien cualquier cambio de tendencia brusco y profundo es susceptible de producir un efecto distorsionador en la representación política durante un cierto tiempo, solo cuando existe una opinión pública sólida, mayoritaria y prolongada sobre la inconveniencia de un determinado modelo, puede afirmarse que estamos ante una crisis sistémica del mismo. Una prueba de que esos desajustes se fueron corrigiendo y de que no existía tal crisis está en que después del surgimiento de Podemos y el auge de Ciudadanos, en el barómetro del CIS de diciembre de 2015 el porcentaje de quienes consideraban a los políticos y los partidos el principal problema de España solo era del 14,8% (frente al 30% en diciembre de 2012).

Además, las soluciones que se formulaban con el objetivo de transitar hacia modelos alternativos al representativo no parecían estar en consonancia con la lógica del sistema social imperante. De este modo, frente a una realidad cada vez más acelerada, se concebían procedimientos que ralentizaban la toma de decisiones políticas. Frente a una sociedad del trabajo y el consumo, se proponían mecanismos de constante participación en política. Frente a unas relaciones sociales de producción mundializadas que estaban provocando una caída de los salarios y un mayor desequilibrio en la repartición de la renta, se desarrollaban fórmulas que permitían la proliferación de ciudadanos activos que podían participar directamente en el seno de las instituciones políticas porque tenían la suficiente formación cultural, estabilidad laboral y capacidad económica como para desligarse durante un tiempo de la actividad productiva o las cargas familiares. Frente a la exigencia de regulaciones complejas para sociedades cada vez más diversas, se diseñaban instrumentos binarios de toma de decisiones. Frente a la necesidad de estabilidad para la consolidación de políticas públicas a largo plazo, se ofrecían herramientas que impedían al cargo público repetir o permitían destituirlo durante su mandato. Y, por último, frente a las patentes dificultades de arraigo social de los partidos políticos, se proponía eliminar la necesidad de formar parte de los mismos para decidir a sus líderes internos y constreñir su capacidad de determinar quiénes formarían parte de las listas electorales o en qué orden saldrían éstos elegidos.

La sociedad española quería soluciones a los problemas y durante un tiempo desconfió de quienes debían ofrecerlas y llevarlas a cabo. En este contexto, tres realidades divergentes se entremezclaban. Primero, que los españoles todavía parecían seguir creyendo en la democracia representativa. Segundo, que la reforma de los mecanismos de control y rendición de cuentas no eran suficiente como para aplacar el malestar generado. Y tercero, que la postura de quienes deseaban alterar las bases del sistema no parecía basarse en un análisis certero de la realidad ni ofrecía propuestas que estuvieran en armonía con la forma en que se desarrollaba la vida en sociedad. Ante tal situación, convencido de las virtudes de

la democracia representativa y de la necesidad de adoptar una postura reformista para su mantenimiento, pensé que lo más pertinente era encontrar un camino de renovación dentro de la propia lógica representativa que propusiera remedios teórico-prácticos para mejorar la representatividad del sistema en España sin la necesidad de alterar sus bases esenciales.

Por eso, creí necesario poner todo mi esfuerzo intelectual en analizar tres cuestiones que me parecían fundamentales para tener una perspectiva completa y ayudar en la búsqueda de soluciones. Primero, determinar la validez histórica del concepto representación política, para luego pasar a detallar cuál había sido la evolución de sus características internas a lo largo del tiempo. A mi entender, si la representación política no era solo una realidad de la modernidad sino también una regularidad histórica, los remedios que se propusieran en la actualidad no deberían entrar en directa contradicción con dicha aseveración científica so pena de no tener visos de prosperar. Segundo, y en paralelo a lo anterior, me pareció preciso examinar el grado de relación que existía entre los diversos sistemas sociales hegemónicos y la evolución de las características de esa regularidad histórica llamada representación política. De poderse confirmar su estructural conexión, ésta no podría ser ignorada en el momento de analizar el porqué de los desajustes del sistema ni a la hora de proponer hacía dónde debería transitar. Y, por último, partiendo de las anteriores consideraciones, era necesario vislumbrar cuál había sido el contenido de la democracia representativa como forma de Estado en la modernidad y qué cuestiones podían revisarse en el siglo XXI para actualizar su funcionamiento en el interior del sistema constitucional español surgido en 1978.

Intentando alcanzar estas metas señaladas, los resultados de la investigación tuvieron la fortuna de poder ser publicados en dos libros (*Representación política y Constitución española* y *Representación política y sistemas sociales*). Uno que trata de analizar la representación política desde una perspectiva histórico-económica y otro que incide con mayor profusión en el marco teórico-constitucional español. Gracias a esas ediciones que han permitido una amplia exposición de mis consideraciones, el lector puede encontrarse ahora delante de un resumen ponderado de ambas obras que poseen una íntima conexión porque proceden de una misma investigación doctoral con idénticos objetivos finales. Un resumen que aspirando a exponer lo esencial de las mismas, no ignoro que tiene el peligro de la falta de matices. Confió en que la lectura directa de dichas publicaciones pueda subsanar las presentes carencias.

II. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y SISTEMAS SOCIALES

A lo largo de la historia, los seres humanos se han enfrentado a la lucha por la supervivencia creando diferentes modos de organizarse en comunidad. Ello ha acabado por configurar distintas sociedades con múltiples personalidades basadas en un específico modo de entrelazar individuo y colectividad, ofreciéndonos

el maravilloso calidoscopio de culturas que ha sido y es la Humanidad. Sin embargo, junto a la variedad como un hecho distintivo de lo humano, la unicidad de la especie también ha dado lugar en todo tiempo y espacio a la existencia de regularidades sociales.

Una primera regularidad es que el ser humano no puede más que nacer y empezar a desarrollar su individualidad en el interior de organizaciones colectivas que tienden a la complejidad. Por tanto, el hecho natural, en el sentido de primigenio y necesario tanto para la conservación de la especie como para el desarrollo cognitivo-cultural de quienes forman parte de la misma, son las agrupaciones humanas. Unas agrupaciones que, para mantenerse como tales, siempre han conceptualizado, construido y desarrollado instituciones más o menos estables cuyo objetivo ha sido tomar decisiones colectivas que vinculen a los individuos entre sí a través de unas pautas y directrices que se manifiestan en normas de actuación hacia el interior de la colectividad y en unidad de acción hacia el exterior de la misma. Una labor que para realizarse necesita de una "operación de simplificación en virtud de la cual, a partir de un conjunto dado (el grupo humano total), se extrae un subconjunto que en cierto sentido substituye significativamente al conjunto total"[1] con el propósito de tomar las decisiones y establecer las normas que afectan y obligan a la propia colectividad.

Es por ello que en todas las sociedades complejas analizadas ha existido un grupo de individuos que, escogidos mediante un método socialmente aceptado, han actuado en nombre de la comunidad insertos en unas instituciones que poseían capacidad reguladora sobre las diversas cuestiones de la realidad social. Siendo precisamente esa capacidad normativizadora lo que les confiere el calificativo de institución de representación política y, por ende, a los sujetos que forman parte de ella el atributo de representantes políticos. Por tanto, y aunque no se empezó a teorizar sobre la representación política hasta los siglos XVI-XVII, esta última ha tenido una existencia *de facto* en la práctica totalidad de sociedades humanas complejas porque, para mantenerse como tales, siempre han acabado generando un proceso de sintetización de sí mismas creando instituciones de poder con capacidad para normar sobre el conjunto social.

Una segunda regularidad es que, la representación política, siendo un elemento perenne de las sociedades complejas, es además un constructo mudable porque sus características específicas pueden variar al no estar inscritas en nuestro acervo genético ni proceder de ninguna deidad. Por ello, mientras representación política es el término genérico para denominar las diferentes maneras en que los seres humanos hemos organizado los procesos mediante los cuales se ha podido ordenar la toma decisiones colectivas y el establecimiento de las normas que afectan y obligan a la propia comunidad, sistema de gobierno representativo

1. Francisco Javier Laporta, "Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate", en *Doxa*, Núm. 6 (1989), pág. 123-139.

vendría a ser la forma particular que adopta dicha representación política a partir del siglo XVII y, por tanto, la manera en que se acepta y legitima, desde finales del Seiscientos hasta la actualidad, que una minoría decida y legisle en nombre de y para la colectividad. Siendo democracia representativa el formato hegemónico que adquiere ese sistema de gobierno representativo después de la segunda guerra mundial.

Además, no es de extrañar que dicha forma de organizar el ejercicio del poder político se acabase llamando "sistema de gobierno representativo", pues es la primera vez en la historia de las sociedades complejas que todas las características de la representación política (soberanía de un ente colectivo, mandato representativo y no revocable, sufragio como método hegemónico de elección, opinión pública libre y una Asamblea tanto con capacidad legislativa como de control al gobierno) se teorizaron y desarrollaron pensando en trasladar la representatividad social al ámbito de la política y, en consecuencia, también del derecho. Siendo quizás esta novedosa perspectiva a la hora de enfocar la construcción de la estructura del poder político, lo que haya favorecido la errónea idea de que representación política y sistema de gobierno representativo son términos equivalentes, cuando en realidad son conceptos yuxtapuestos (uno genérico y otro específico).

Una tercera regularidad es que en toda comunidad política compleja históricamente existente ha habido una relación efectiva y dialécticamente actuante entre las formas de asegurar materialmente la subsistencia y la manera en que se ha organizado y jerarquizado la vida social y el poder político. Es decir, en el interior de esas colectividades humanas, tanto los medios que se tiene para producir (población, materias primas y tecnología) como su evolución condicionan en buena medida la forma en que se organiza el trabajo y la estructura de las relaciones sociales que se establecen alrededor del mismo, influyendo todo ello en la manera en que se acaba concibiendo y ordenando la arquitectura política y jurídica de esa misma comunidad. A su vez, esto último también condiciona las formas en que se organiza la vida económica y social, estableciéndose de este modo una continua dialéctica que es la que acaba por configurar cada modelo de sociedad. Cuestión general que, para nuestro ámbito de estudio, se concreta en la existencia de un vínculo de retroalimentación causal permanente entre lo productivo, lo axiológico, lo socio-político y lo jurídico, de tal fecundidad que a cada sistema social le ha ido aparejado un tipo de representación política que posee unas características específicas compatibles con las bases axiológicas del sistema en el cual se inserta. Razón por la cual, tanto las bases teóricas como las diferentes características que ha ostentado el sistema de gobierno representativo casan perfectamente con la lógica interna del capitalismo.

Y una cuarta regularidad es que la evolución de la manera en que se distribuye la riqueza en el interior de la comunidad política influye sobre el propio sistema de representación político creado. De tal forma que se puede establecer una clara dicotomía. Por un lado, a menor diferencia económica mayor percepción

de igualdad entre individuos y, por tanto, más intensidad en las confrontaciones por ostentar iguales cuotas de participación en el acceso o el ejercicio del poder político. Y por otro, una menor repartición de la riqueza parece que permite teorizar, crear y legitimar mejor los mecanismos de exclusión en cuanto a la participación en el ámbito de la política o el acceso a cargos de representación política. Dicotomía que puede verse en la mayor o menor amplitud en el acceso a los cargos de gobierno, la ampliación o restricción del sufragio, el método de selección (sufragio y sorteo), la temporalidad y colegiabilidad de las magistraturas, la rendición de cuentas y la revocabilidad de los cargos de gobierno y, por último, en su gratuidad o remuneración.

Fruto de la combinación de esas cuatro regularidades, el estudio de la forma en que se articula la toma de decisiones colectivas es una cuestión cuyo interés no parece caer nunca en el olvido, resurgiendo con pleno vigor al albur de las sucesivas transformaciones de la sociedad. Es más, los mecanismos y órganos de representación política son tan importantes y están tan imbricados en el devenir de la propia colectividad, que son periódicamente revisados a partir de las transformaciones materiales y los presupuestos filosóficos, ideológicos, axiológicos, jurídicos y socio-económicos hegemónicos que en ella misma se forjan en cada etapa de su historia. De ese modo, la representación política se erige como un concepto inherente a toda comunidad política compleja (unicidad), pero con una aplicación práctica que está en continua revisión para poder responder a las necesidades de su propio devenir futuro (variedad), dado que se encuentra en íntima relación con las formas existentes para asegurar materialmente la subsistencia humana y con la estructura social hegemónica en el interior de la colectividad.

En suma, la forma en que se organiza políticamente una sociedad es una cuestión estructural y cambiante a la vez. Es estructural porque históricamente no ha existido ningún régimen político en el que la totalidad de los miembros de su comunidad haya participado directa y constantemente en aquellos órganos que tenían potestad normativa sobre las diferentes parcelas de la realidad social, estableciéndose un conjunto de reglas para organizar el acceso y ejercicio del poder político con el objetivo de asegurar la convivencia y la cohesión social. Y cambiante porque las principales propuestas que la comunidad crea acerca de cómo deben ser dichas reglas, variarán principalmente como consecuencia de la forma en que organicemos el sistema productivo, cuáles sean las estructuras sociales que se forjan dentro de la misma, la manera en que se distribuya la riqueza, los valores morales que se conviertan en hegemónicos en su interior en relación al ejercicio del poder, las teorías político-jurídicas que se generan sobre el origen y la legitimidad en el desempeño de la práctica política y, finalmente, de cómo se estructure legalmente todo lo precedente para modelar y consolidar jurídicamente un determinado sistema social.

III. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Con lo anteriormente expuesto, creo que podemos dar por confirmado que la representación política es una regularidad histórica cuyas modalidades varían según el sistema social en el que se integre, que el sistema de gobierno representativo es la forma en que ésta se ha estructurado en Occidente desde el siglo XVIII en adelante, que las características de este último casan perfectamente con la lógica interna del capitalismo y, finalmente, que la democracia representativa se empezó a desplegar en parte porque hubo una disminución de las desigualdades materiales fruto del desarrollo del sistema productivo desde finales del siglo XIX en los países Occidentales (teoría de la U invertida de Simon Kuznets). A partir de esta realidad, me pareció imprescindible afrontar el análisis de las bases teóricas que también habían hecho posible su desarrollo y expansión, así como las alternativas que se le han ido planteando y aplicando desde entonces.

Un análisis cuyas conclusiones me han permitido sustentar que la democracia representativa es la mejor forma de Estado que hasta el momento ha sido conceptualizada y aplicada en el marco de las sociedades complejas. Y eso es así porque posibilita que la comunidad política pueda realizar la acción de sintetización de sí misma, que se desarrollen en el mayor alto grado posible aquellos principios axiológicos que ponen al individuo como elemento central del sistema, que el pueblo participe políticamente en libertad e igualdad, que los ciudadanos puedan maximizar sus diversas apetencias sin restringir o focalizar ninguna, que se proteja el pluralismo político, que el acceso al poder se realice de forma pacífica, que se pueda gestar un proceso de socialización y educación que ayude a los individuos a tener en cuenta los intereses de los demás a la hora de participar en política, que se puedan construir consensos amplios y realizar procesos de transacción donde se tenga en cuenta la pluralidad de puntos de vista, que haya coherencia en la acción política unitaria, que se pueda realizar el control y la rendición de cuentas sobre los procesos políticos y las decisiones que en ellos se tomen y, por último, que la información sobre la realidad pueda asimilarse socialmente de tal forma que se convierta en políticas públicas eficaces y eficientes.

Esta conclusión permite descartar cualquier camino tendente a buscar o aplicar fórmulas alternativas a la democracia representativa, a la par que habilita para intentar realizar una interpretación constitucional sobre el contenido que la democracia representativa española otorga a la representación política y la relación representativa con el objetivo de conocer sus límites y posibilidades. Una última parte esta de la investigación que ha sido dividida en dos grandes bloques. Primero analizando los debates constituyentes para extraer los argumentos que propiciaron una determinada configuración constitucional. Y segundo tratando de precisar cuáles son las teorías que subyacen en la Carta Magna de 1978 en relación con nuestro ámbito de estudio, sobre quienes recae la representación política, entre quienes se da la relación representativa, cuál es el lugar que ocupan los partidos o los grupos parlamentarios y qué papel ha tenido en dicha construcción la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los debates constituyentes

La totalidad de los grupos parlamentarios coincidió en cuáles eran las características principales que debían introducirse en aquel Título Preeliminar donde se manifestaban los pilares estructurales del Estado. Todos estuvieron de acuerdo tanto en incluir principios e instituciones que instauraban una democracia representativa como en no incorporar casi nada relacionado con la toma de decisiones directas por parte de la ciudadanía (sólo de manera difusa en el art. 9.2 CE). Hubo unanimidad en que el principio de legitimidad del poder debía ser el democrático y, por tanto, que el sujeto titular de la soberanía correspondía al pueblo español en su conjunto. Se coincidió mayoritariamente en que dicho estado democrático debía incluir unos partidos políticos que se disputaran el poder y se encargaran de ensamblar la pluralidad social, cuestión que iría reproduciendo en España los debates que dicha constitucionalización había ocasionado en otros países europeos. Me refiero, en especial, a las dudas sobre quién era el destinatario del voto ciudadano, cuál el lugar que los partidos ocupaban en el interior del engranaje institucional o qué relación jurídica existía entre ellos y los cargos electos. Y, por último, se asumió como propia la idea de que el Parlamento era el órgano que condensaba en su interior y expresaba hacia el exterior la voluntad popular, iniciándose posteriormente la discusión sobre a quién representaba cada uno de los parlamentarios individuales.

Asimismo, siguiendo ese posicionamiento doctrinal casi unánime, la mayoría de grupos parlamentarios (UCD, PSOE, PSC, PSP, PCE y Minoría Catalana) tuvieron una percepción similar de lo que debía incluirse y excluirse en el derecho fundamental de participación política. Es decir, consideraron que, si la intención era que la política se realizara esencialmente a través de representantes, debía protegerse con mayor firmeza los instrumentos inherentes al sistema de gobierno representativo, otorgando únicamente un amparo genérico a los elementos de democracia directa y participativa. La descompensación en el tratamiento de los dos tipos de participación fue deliberada por parte de una mayoría de parlamentarios que tuvo dos objetivos esenciales y complementarios. Primero, que los elementos principales de la participación política mediante representante debían configurarse como un derecho fundamental por ser piezas básicas a través de las cuales se hacía efectiva la voluntad popular en aquella democracia representativa que querían constitucionalizar. Y segundo, estimaron que la participación directa sólo debía protegerse de manera global y genérica por entenderse secundaria, accesoria y potencialmente peligrosa.

Así pues, junto a la concepción kelseniana de la mayor parte de los parlamentarios por la cual consideraban que la democracia representativa debía complementarse con la introducción de mecanismos de participación directa y semidirecta que contribuyeran a mantener el sistema (menos Manuel Fraga que lo veía como un contrapeso a la partitocracia), la mayoría de grupos parlamentarios estimaron imprescindible su limitación por cuatro razones fundamentales: la

visión del referéndum como un instrumento propio de regímenes dictatoriales; el temor de que dichos instrumentos pudieran ser utilizados de forma espuria sobre una sociedad democráticamente imberbe; el conocimiento de que el balance de estas instituciones estaba siendo discutido en Italia; y, por último, la voluntad de que todos los instrumentos de democracia directa o participativa estuvieran controlados, en mayor o menor medida, por los representantes electos. Argumentos todos ellos alrededor de los cuales se formaría un debate sobre qué función podía y debía otorgarse a los mecanismos de democracia participativa y directa dentro de la democracia representativa española.

Por último, si bien la estructura básica de la democracia representativa que se fue introduciendo en el articulado constitucional contó con una extensa adhesión jurídico-doctrinal (incluyendo algunos elementos esenciales de las Cortes Generales que se fijarían en los artículos 66 y 67), también debe recordarse que la cantidad de escaños de las Cámaras y las características del sistema electoral produjeron, en cambio, una fuerte división entre los grupos parlamentarios. Desavenencias que fueron principalmente ocasionadas por las diferentes posturas sobre la forma de entender el Estado español (unitario o federal); por cuál era la mejor opción que garantizaba una alta gobernabilidad con una amplia representatividad; por cuál debía ser la función de las minorías en el engranaje político-institucional; y, por último pero no menos importante, por la previsión de cada partido político de que, dependiendo cual fuera la amplitud de las Cámaras o los mecanismos electorales que se acabaran constitucionalizando, iban a obtener mayores o menores réditos en las futuras elecciones. Cuestiones todas ellas que fueron la causa principal de que sobre dichos artículos (fundamentalmente el 68 y el 69, pero también en el 152.1 y el 140) no encontremos tanto un acuerdo doctrinal de mínimos como una transacción política entre las diversas posiciones. Es decir: hubo pacto político, pero no un consenso de ideas.

En definitiva, la forma de Estado que se acabó organizando, a veces mediante consenso y otras simplemente a través del pacto transaccional, fue esencialmente una democracia representativa, cuyo líquido amniótico eran los partidos políticos, y que se completaba con unas instituciones de participación directa y semidirecta limitadas constitucionalmente y con un desarrollo supeditado a las futuras mayorías parlamentarias.

La interpretación constitucional de la representación política y la relación representativa

Llegados a este punto, pienso que es preceptivo intentar realizar una interpretación constitucional del contenido que la democracia representativa española otorga a la representación política y la relación representativa para conocer sus límites y posibilidades. Dicha exégesis empieza analizando ambos conceptos para acabar afirmando que, desde el punto de vista constitucional, mientras *representación política* debe ser definida como aquella actividad que realizan los que, ostentando

una cadena ininterrumpida de legitimidad popular producto de una votación, ejercen el poder político del Estado por y en nombre de otros en el interior de unas Asambleas con capacidad normativa cuyas decisiones vinculan a la colectividad; *relación representativa* debe entenderse como aquél vínculo jurídico-político que se genera entre los representantes políticos y aquellos que les han escogido.

Con base a sendas definiciones, estoy convencido de que ambos conceptos se estructuran constitucionalmente alrededor de dos teorías diferentes pero complementarias. La primera es la referida a los órganos del Estado, que nos ayuda a determinar qué órganos ostentan el poder político, qué otros órganos están sometidos a dichos poderes y qué potestades detenta cada uno de ellos (Ej. artículos 66, 73-80, 97, 137, 140, 141 y 152.1 CE, entre otros). Y la segunda es la teoría democrática, que nos permite vislumbrar en la Carta Magna de qué manera participará políticamente el individuo, quién y cómo accede a los órganos políticos del Estado para hacer democrática la acción unitaria del mismo y qué facultades poseen éstos como miembros en su interior (Ej. artículos 1, 6, 23, 67-71, 98-99, 140 o 152.1 CE, entre otros).

Así pues, ambas teorías hacen emerger los dos objetos de estudio del presente trabajo. Y eso es así porque, en primer lugar, la fijación en la Carta Magna de una democracia representativa donde la elección periódica debe convertirse en el medio que permita establecer una cadena ininterrumpida de legitimidad popular, no puede más que generar una relación representativa intersubjetiva, diádica y transitiva entre el representante político electo y aquellos que les han votado. Mientras que, en segundo lugar, los preceptos de la Carta Magna que establecen la residencia del poder político en determinados órganos del Estado y su circunscripción a una determinada demarcación sobre la que ejercen sus funciones, hacen que los representantes políticos sostenedores de esa relación representativa deban conceptualizarse también como integrantes de unos órganos dotados de capacidad normativa (Asambleas) y que el pueblo pueda ser comprendido como un órgano que debe cumplirlas. Cuestión por la cual, en la Constitución española cohabitará el *pueblo español* como poder constituyente (Art. 1.2 CE) y el órgano-*pueblo español* (o fracción del mismo) como poder constituido y obligado a obedecer las leyes emanadas de los órganos políticos del Estado (Art. 66.1 CE).

Por tanto, en la democracia representativa española, la actividad de representación política constará de dos sujetos duplicados y una relación representativa. A saber, una primera representación política entre órgano-representante que ostenta el ejercicio del poder político y órgano-representado pueblo sometido a él, y una segunda representación política entre representante político individual y aquellos que le han escogido a través de la cual existe una relación representativa restringida y directa que les vincula políticamente. O, expresado de otro modo, la combinación de las teorías órganica del Estado y de la democrática permiten acabar afirmando que en la Constitución española de 1978 existe una representación política orgánica y una representación política intersubjetiva alrededor de la cual se gesta una relación representativa. En cuanto a la primera,

se concibe como representante político orgánico a las Asambleas representativas que se organizan en el interior del Estado y se percibe como representado el órgano-pueblo (o fracción del mismo) sometido a las decisiones tomadas por el órgano político en cuestión, no existiendo relación representativa entre ambos sino únicamente imputación de decisiones del primero hacia el segundo. Y, por lo que respecta a la segunda teoría, serán representantes políticos todos aquellos que estén sujetos a una cadena ininterrumpida de legitimidad popular a través del sufragio y ejerzan una actividad creadora del orden normativo por y en nombre de otros en el interior de dichas Asambleas con capacidad legislativa que vinculan a la colectividad, mientras que los representados serán todos aquellos que mediante su voto hayan hecho posible la adquisición del cargo público por parte del candidato. De este modo, se forjará entre ambos una relación representativa intersubjetiva, diádica y transitiva.

Ahora bien, aunque en la Carta Magna puedan darse dos teorías que a través de sus preceptos permiten comprender de manera independiente una parte de la realidad constitucional, ninguna de las dos opera de manera autónoma, pues todo órgano político del Estado sólo será capaz de actuar a través de personas físicas y estas personas físicas, a su vez, únicamente podrán ostentar poder político como miembros de un determinado órgano político del Estado que posea jurídicamente dicho poder. De esa manera, ambas cuestiones se combinarán alrededor de la misma realidad jurídico-social y se llegará a la conclusión de que, constitucionalmente hablando, tanto la estructura como el ejercicio del poder político en España pueden resumirse de la siguiente manera: los órganos políticos del Estado representan al órgano-pueblo o fracción del mismo sobre el cual ostentan la capacidad normativa, y los representantes políticos individuales que se encuentran en su interior representan a quienes los han escogido manteniendo con ellos una relación representativa fruto de dicha elección.

Una vez tanto la representación política como la relación representativa pueden interpretarse en base a dos teorías que nos permiten comprenderlas por separado a la vez que integrarlas sistémicamente, es también importante determinar el contenido individualizado de cada una de ellas para que no se acaben solapando de tal manera que se produzca una distorsión de las mismas. Por lo que respecta a la representación política orgánica, como el poder político de los representantes no será ostentado como persona física sino como miembro de un órgano del Estado (pues sólo de esa manera será legítimo el sometimiento del órgano-representado pueblo a las decisiones tomadas por ellos), su contenido será aquel conjunto de potestades establecidas legalmente que permiten a los órganos políticos del Estado una acción de formalización del poder que construya la unidad y la generalidad política.

Y en cuanto al contenido de la representación política basada en la teoría democrática, debemos tener presente que su aplicación despliega dos consecuencias. La primera es que, si el motivo conductor es proteger la dignidad de los individuos en todos los ámbitos de la realidad, así debe ser también en el campo de la

política, de manera que, cumplida una determinada edad y ostentando todas las capacidades necesarias para el libre desarrollo de la personalidad, será ineludible otorgar unos derechos individuales de participación política que permitan al sujeto desarrollar todas sus potencialidades en libertad e igualdad como ciudadanos. Y la segunda consecuencia es que la elección como mecanismo que permite una cadena ininterrumpida de legitimidad popular, provocará una relación representativa entre elector y elegido que deberá tener como efecto jurídico el derecho individual del representante político a poseer una serie de facultades en el interior del órgano (acceso, permanencia y ejercicio) que le permitan hacer efectiva la función para la cual ha sido escogido. De esta manera, la democracia representativa como forma de Estado conlleva tanto el establecimiento de unos derechos individuales de participación política como un vínculo representativo que otorga al representante político el derecho a un status jurídico propio para desarrollar la actividad para la cual ha sido elegido.

En la Constitución española, ese contenido de la representación política intersubjetiva que genera una relación representativa se desarrollará principalmente alrededor del derecho fundamental de participación política del artículo 23 CE. Un precepto que en su apartado primero tutela los derechos políticos de los ciudadanos *qua* ciudadanos, a saber, aquellos que sus titulares ejercitan sin necesidad de que exista ningún tipo de acción externa previa o voluntad ajena a la del titular, siendo dicho primer apartado el lugar donde se enmarca tanto el derecho de sufragio activo como el sufragio pasivo. Y también un precepto que en su apartado segundo condensa los derechos fundamentales de los ciudadanos *qua* ciudadanos electos, pretendiéndose a su través asegurar aquella relación representativa que dimana de la elección y que no es otra cosa que la posibilidad de que un ciudadano acceda y desempeñe unas funciones políticas en el interior de un órgano del Estado gracias al voto de otros ciudadanos. Cuestión esta última que se garantiza construyendo un verdadero status constitucional del representante político al incluir en el contenido esencial del art. 23.2 las siguientes cuestiones. Primero, que los procesos de selección no pueden desdibujar el resultado de tal manera que la minoría se convierta en mayoría, debiendo acceder al cargo los candidatos que hayan sido más votados. Segundo, que la regulación, actuación o interpretación de los poderes públicos no puede impedir ejercer aquellas competencias políticas básicas inherentes a cada tipo de cargo de representación política. Tercero, que el ejercicio de las actividades creadoras de carácter normativo no debe estar jurídicamente supeditada a los deseos de otras personas o colectivos, incluyéndose aquí, por tanto, la prohibición del mandato imperativo. Y cuarto, que, combinado con el art. 67.2 y 137 CE, no es posible la revocación de los cargos públicos representativos ni por los ciudadanos que les han votado ni por los partidos políticos a través de los cuales han accedido al cargo.

En definitiva, es posible afirmar que el poder político en la Constitución española puede concebirse de dos modos diferentes pero complementarios. Por un lado, como una actividad que hace efectiva la acción unitaria del Estado a través de sus órganos, gestando una representación política entre órgano-representante

y órgano-pueblo representado. Y, por otro lado, se percibirá como una actividad a la que tienen derecho los ciudadanos, primero como ciudadanos a través del sufragio activo y pasivo, y luego como representantes políticos fruto de unos mecanismos de elección que generan una miríada de relaciones representativas cuyas consecuencias jurídicas son los derechos fundamentales de acceso, ejercicio y permanencia del cargo público representativo. Es decir, una teoría de los órganos del Estado mediante la cual se determina qué instituciones ostentan el poder político y quién está sometido a ellas, y una teoría democrática que garantiza la participación política de los ciudadanos en ese entramado orgánico, primero como ciudadanos y después como representantes políticos.

IV. CONCLUSIONES

Toda investigación constitucional que ostente un marcado carácter histórico y teórico-doctrinal debe ser capaz de extraer conclusiones que permitan clarificar conceptos anteriormente resbaladizos, proporcionar unos fundamentos sólidos a través de los cuales puedan estructurarse ulteriores análisis, posibilitar cambios dogmáticos que conecten mejor la estructura orgánico-institucional con la realidad social, favorecer modificaciones normativas y/o, por último, facilitar mejores prospecciones de futuro sobre el ámbito de estudio en cuestión. Y eso es lo que precisamente a continuación trataremos de realizar.

I

Hemos podido corroborar al analizar la Atenas y la Roma clásicas que, fruto de una estructura socio-productiva y de unos valores hegemónicos compartidos de carácter esclavista, se acabaron configurando unas características comunes de la representación política tales como un determinado concepto de ciudadanía, unas Asambleas que agrupaban a los considerados ciudadanos y que se erigían en institución de representación política y, por último, una opinión pública libre entre los mismos. Vínculo que también puede ser ratificado para la Inglaterra y la España feudales, pues la estructura social, económica y axiológica imperante en ambos países ayudó a la configuración de unas características comunes de la representación política tales como la creación de los conceptos de súbdito, vasallo y hombre libre; la no colegiabilidad de la representación política general del reino; la inexistencia de votación, rendición de cuentas o capacidad de revocación en la representación política del conjunto de la Monarquía o de sus territorios; y el sistema de elección municipal por cooptación. Y, por último, también puede ser corroborada dicha relación para la España y la Gran Bretaña modernas, pues la forma de producción capitalista y los valores hegemónicos que le van aparejados ayudaron a la consolidación de unas características comunes de la representación política tales como la soberanía de un ente colectivo, la preceptividad de los derechos civiles y la discrecionalidad de los políticos en el seno del Estado, la configuración de un Asambleas tanto con capacidad legislativa como de control al gobierno electo, el mecanismo de selección de los representantes mediante

sufragio periódico, la existencia de un mandato representativo y sin posibilidad de revocación, la configuración de una opinión pública libre y, finalmente, la representatividad como objetivo sistémico.

Pero, ¿por qué alguien interesado en el análisis de las cuestiones actuales relativas a la representación política se embarca en una investigación del proceso de formación histórica de la misma? Estoy convencido de que señalar las posibles regularidades históricas sobre la representación política y las razones de su existencia, permite obtener una base más científica a partir de la cual analizar con rigor tanto su regulación y sus problemáticas actuales como la formulación prospectiva de su dirección en el futuro. Pensar la representación política actual y su porvenir es también pensarla históricamente. Con ello no quiero decir que las sociedades humanas no sean libres para construir su mañana o que exista un vínculo inexorable a través del cual a una determinada realidad económica le vaya aparejada de manera determinante una específica característica de la representación política, pero sí que será muy difícil la implantación de mecanismos o instituciones político-jurídicas que vayan en contra de la forma en que las sociedades se organizan para producir, distribuir y consumir los bienes existentes.

Por tanto, si bien no debe establecerse un relación mecánica entre un sistema social y unas específicas características de la representación política, ello no significa que no pueda defenderse la existencia de una relación virtuosa entre ambos, de manera que tanto quien analice la representación política en el presente como quien haga propuestas de futuro deberá tener en cuenta la estructura de la propiedad, el crecimiento y desarrollo de las fuerzas productivas, el tipo de relaciones sociales que se establecen a su alrededor y la cosmovisión cultural dominante para que el análisis de la representación política existente sea riguroso y las posibles propuestas de cambios futuros sean viables en el marco de una determinada etapa histórica de cada sociedad.

II

El concepto de representación política utilizado para hacer aflorar sus regularidades permite englobar también al actual concepto constitucional de representación política. Así pues, históricamente, *representación política* se define como aquella actividad que realiza un grupo de individuos que, escogidos mediante un método socialmente aceptado, han actuado en nombre de la comunidad insertos en unas instituciones que poseían capacidad reguladora sobre las diversas cuestiones de la realidad social. En cambio, en el seno de la democracia representativa española actual, y desde el punto de vista constitucional, *representación política* se perfila ya como aquella actividad que realizan los que, ostentando una cadena ininterrumpida de legitimidad popular producto de una votación, ejercen el poder político del Estado por y en nombre de los ciudadanos en el interior de unas Asambleas con capacidad normativa cuyas decisiones vinculan a la colectividad, siendo *relación representativa* aquél vínculo jurídico-político que se genera entre los representantes políticos y aquellos que les han escogido.

III

El hecho de que en la Constitución española de 1978 se interprete la representación política y la relación representativa alrededor de dos teorías diferentes pero complementarias (la de los órganos del Estado y la democrática) tiene, como mínimo, dos consecuencias.

Primero, permite cerrar el círculo sin ninguna ficción jurídica y de tal manera que nadie se queda fuera, pues los órganos políticos del Estado representan al órgano-pueblo o fracción del mismo sobre el cual ostentan la capacidad normativa y al cual se le imputan las decisiones, y los representantes políticos individuales que se encuentran en su interior representan a quienes los han escogido manteniendo con ellos una relación representativa fruto de dicha elección. De esa forma, los ciudadanos que no hayan ejercido su derecho al voto o éste no haya surtido los efectos deseados, estarán siempre representados por el órgano político del Estado al formar parte del órgano-pueblo. Mientras que, quienes a través del ejercicio del sufragio hayan permitido a otro ciudadano acceder a un cargo público representativo, ostentarán con ellos una relación representativa, recayendo sobre éste último la representación de sus intereses políticos en el interior del órgano político del Estado. Cuestión por la cual se le otorgarán unos derechos fundamentales de acceso, ejercicio y permanencia ex art. 23.2 CE.

Segundo, permite aseverar que en la Constitución española de 1978 no tiene cabida aquella ficción jurídica proveniente del primer liberalismo a través de la cual se afirmaba que cada uno de los representantes políticos individualmente considerados representaba al conjunto de la ciudadanía. Es decir, y para poner un ejemplo práctico, no es factible aseverar que en el seno del Parlamento un diputado de VOX representa también a los votantes de la CUP (o viceversa). De la forma que está configurada la actual democracia representativa española, una cosa es el voto individual que tiene un canal representativo en el interior de los órganos políticos del Estado a través de los representantes políticos individuales y otra diferente la imputación colectiva de las decisiones tomadas por mayoría en él. Confundir ambos planos y defender la teoría explicativa del primer liberalismo no solo no parece tener sustento constitucional, sino que dificulta de manera extrema la posibilidad de crear una cultura política tendente a hacer efectiva la relación representativa o de buscar soluciones para aumentar la representatividad del sistema. Y eso es así porque, si todos los diputados representan a todo el pueblo, la vinculación con quienes les han votado es irrelevante y la representatividad del sistema también.

En definitiva, con mayor o menor tino, he intentado realizar una interpretación constitucional del contenido que la democracia representativa española otorga a la representación política y la relación representativa con el objetivo de que no solo permita afirmar que la teoría explicativa del primer liberalismo no es constitucionalmente válida, sino que también pueda servir como base para empezar a pensar en cómo llenar esa relación representativa teniendo en cuenta las limitaciones que impone sobre todo el contenido esencial del art.

23.2 CE. En suma, el objetivo no era otro que intentar ayudar a modernizar las bases intelectuales para que en la España del siglo XXI pueda configurarse tanto una mejor representación "del Estado" como una mejor representación de los ciudadanos en el Estado.

IV

A tenor del contenido esencial que el art. 23.2 CE parece tener, no sería descabellado revisar cuál es el tipo de complementariedad que existe entre éste y el 67.2 CE. En nuestra opinión, el contenido del derecho fundamental cumple con la función de proteger al representante político frente a mandatos imperativos de cualquier tipo, haciendo irrelevante para ello la concurrencia del 67.2 CE. Ahora bien, este segundo precepto continúa siendo de vital importancia para la protección de los representantes políticos frente a la posibilidad de revocación por parte del cuerpo electoral, pues el contenido esencial del artículo 23.2 CE sólo protege la revocabilidad por alguien que fuera externo a la relación representativa. Ello comporta, en consecuencia, que el art. 23.2 y el 67.2 se conviertan en complementarios porque el segundo es la protección frente a posibles leyes que permitan la revocabilidad de los diputados y senadores que el primero deja abierta.

V

La función que ocupan en todo el entramado los partidos políticos y los grupos parlamentarios será la de instrumentos para encauzar la relación representativa al hacer efectivo el pluralismo político tanto en la sociedad civil como en los órganos políticos del Estado. En este sentido, los primeros canalizan la formación y manifestación de la voluntad popular mientras que los segundos hacen lo propio con la de los miembros de las asambleas de los diversos órganos políticos del Estado. En consecuencia, al no fijarlos como instrumentos que realizan una función estatal para alguno de los poderes públicos, sino como asociaciones que permiten hacer efectiva aquella libertad de organización política de los individuos inherente a todo Estado democrático moderno, y al no poder formar parte de la relación representativa porque ésta sólo puede estar formada por personas físicas titulares del derecho de participación, únicamente tienen la capacidad de ser agentes canalizadores de una relación representativa de la que no forman parte y a la que deben vehicular respetando tanto los derechos de participación política de los ciudadanos (art. 23.1 CE) como el contenido esencial inherente a los derechos de acceso, ejercicio y permanencia de los representantes políticos (art. 23.2 CE). Cuestión esta última que conlleva, por una parte, la imposibilidad de los partidos políticos de ejercer mandato imperativo alguno sobre los representantes políticos que acceden al cargo a través de sus listas electorales, y por otra la inconstitucionalidad de cualquier norma que obligue a los representantes políticos individuales a formar parte de un grupo parlamentario determinado (a excepción del Grupo Mixto). Asimismo, no pueda dejarse de tener en cuenta que la adscripción política debe tener consecuencias jurídicas, de manera que la libertad de creación de un grupo parlamentario estará limitada por la no vulneración

del pluralismo político existente en la contienda electoral o la finalidad que la Carta Magna otorga a los partidos políticos.

VI

Asimismo, pienso que hay algunos preceptos vigentes sobre los que tal vez sería conveniente y perentorio reflexionar. Me refiero, en primer lugar, al artículo 197.1 LOREG donde se intenta otorgar estabilidad a los gobiernos municipales a través de dificultar las mociones de censura que se produzcan fruto del transfuguismo. Si bien dicha intención es legítima e incluso necesaria, la manera que se ha tenido de articularlo ha comportado que se genere un desigual derecho a ejercitar las funciones del cargo público dado que la norma establece que la mayoría exigida para presentar la moción de censura varía en función de quien la proponga. Es decir, creemos que es posible que el artículo 197.1 LOREG vulnere el artículo 23.2 CE al determinar que depende quien proponga la moción de censura será requerida una mayoría u otra para aprobarla, legalizando así unas consecuencias jurídicas diferentes dependiendo de quién coopere en la presentación de la moción de censura.

En segundo lugar, es necesario mencionar el artículo 182.2 de la LOREG donde se configura una disposición de cierre que, al permitir que cuando no haya más candidatos de la lista las vacantes sean cubiertas por ciudadanos designados por los partidos políticos, trata de evitar alteraciones en la proporcionalidad surgida tras las elecciones municipales. Ahora bien, dicha cláusula de cierre creemos que entra en contradicción con el hecho de que los órganos políticos del Estado sean ocupados siempre por ciudadanos que ostenten una cadena ininterrumpida de legitimidad popular (Art. 1.1, 23.2 y 140 CE) y que los partidos políticos sean únicamente vehículos de la relación representativa organizando aquellas listas electorales que posteriormente elegirán los ciudadanos (Art. 6 CE), pues dicho articulado acaba permitiendo que un representante político no elegido por los ciudadanos pueda formar parte del Pleno del Ayuntamiento y que los partidos políticos pasen de facilitadores a actores del poder político. Igualmente, considero que una alternativa posible que permite la coherencia formal con los demás artículos mencionados es que los propios concejales electos dentro de la lista electoral fueran quienes escogieran al próximo concejal. No obstante, es preciso advertir que dicha coherencia formal de la propuesta no se traslada también a una coherencia material, pues es muy probable que los nuevos concejales sean indirectamente elegidos por las cúpulas de los partidos políticos.

Y, en tercer lugar, es necesario mencionar igualmente las disposiciones de los estatutos de los partidos que prevean la imposición de sanciones por incumplimiento de la directriz de voto impuesta por éstos hacia los cargos públicos que además sean afiliados. A mi parecer, es contradictorio permitir la existencia de dichos preceptos reglamentarios y a la vez afirmar que el representante político electo ostenta un derecho fundamental de ejercicio cuyo contenido esencial impide que se le pueda imponer mandato alguno (Art. 23.2 CE) y se establezca la

inviolabilidad como una garantía que sirve para asegurar la libertad tanto de las opiniones como de los votos emitidos (Art. 71 CE). Es decir, pienso que los preceptos reglamentarios que permiten la imposición de sanciones al cargo público por no seguir las indicaciones realizadas por el partido político en el interior del órgano político del que es miembro, coartan el libre ejercicio de sus funciones vulnerando el artículo 23.2 CE e imponen unas sanciones sobre una acción que debería estar totalmente exenta de reprobación (Art. 71 CE). Y eso considero que es así porque por mucho que dichas penalizaciones se intenten encubrir como una decisión interna de los partidos que sólo afectan a la relación que ostentan éstos con sus militantes (y, por tanto, relativas al ámbito privado), la realidad es que dichas sanciones se aplican como consecuencia de una actuación realizada por el militante en cuanto miembro electo de un órgano político del Estado.

VII

Quisiera en estas últimas líneas condensar de manera sucinta las ideas fuerza que han ido estimulando el conjunto de mi investigación doctoral. Analizada históricamente la representación, estoy convencido de que la democracia representativa es la mejor forma de Estado que hasta el momento hemos conceptualizado y aplicado en las sociedades complejas. Ahora bien, como su arquitectura debe estar en cierta consonancia con el sistema social en el cual se inserta, es imprescindible que evolucione al albur de los cambios que en él se van produciendo. Lo cual implica, por un lado, tener un amplio conocimiento de las transformaciones sociales, el porqué de las mismas y el sentido que éstas toman. Y, por el otro, la necesidad de visitar y revisitar constantemente las bases teóricas de la democracia representativa, las instituciones que la configuran y la normativa a través de la cual se organiza con el objetivo de ir adaptándola a las nuevas necesidades que produzcan esos cambios.

Como quiera que actualmente están confluyendo una pluralidad de transformaciones que sin modificar los pilares básicos el sistema social imperante sí que están alterando la forma y manera en que nos relacionamos, pensamos y vivimos en sociedad, estoy convencido de que es muy importante revitalizar teóricamente la democracia representativa para luego proponer cambios institucionales o normativos que permitan su mejor adaptación a las nuevas realidades. Mientras en la presente investigación he dedica mis esfuerzos a lo primero, es necesario a partir de ahora empezar a extraer de esa revitalización teórica todas las consecuencias prácticas posibles para que la democracia representativa no languidezca y continúe estando al servicio del progreso social.

Thayerismo y democracia directa

Daniel López Rubio

Doctor por la Universidad Carlos III

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción
II. Jurisdicción constitucional y dificultad contramayoritaria
III. Jurisdicción constitucional y deferencia judicial
IV. Conclusiones

NOTA BIBLIOGRÁFICA:

Daniel López Rubio es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid, obtuvo un Máster de Investigación en Derecho Público y se doctoró (*Cum Laude*, *Mención Internacional*, *Premio Extraordinario de Doctorado y Premio Nicolás Pérez Serrano*) en 2018 en la misma Universidad. Actualmente es profesor Ayudante Doctor en Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del Instituto de Derecho Público Comparado "Manuel García Pelayo". Ha realizado estancias de investigación en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en la Universidad de Pisa. Sus líneas de investigación principales versan sobre la jurisdicción constitucional, la democracia y los derechos de grupos desfavorecidos.

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de septiembre del año 2005 el Parlament de Cataluña aprobaba el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Tal y como prevé el artículo 122.1 letra b) del propio Estatuto, el proyecto pasó a continuación a tramitarse en las Cortes Generales. El 30 de marzo de 2006 el pleno del Congreso de los Diputados aprobaba la ley orgánica de reforma, haciéndolo el Senado sin modificaciones el 10 de mayo. El artículo 152.2 de la Constitución española exige que los Estatutos aprobados por la vía del artículo 151 solo puedan ser modificados con referéndum entre los electores inscritos en el censo. Así pues, fue convocada consulta popular para el domingo 18 de junio de 2006, en la que el pueblo catalán ratificó la reforma con un 73,90% de sufragios afirmativos, con una abstención del 50,59%. La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña quedaría publicada en el Boletín Oficial del Estado el 20 de julio de ese mismo año, entrando en vigor el 9 de agosto.

El 31 de julio noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados presentaban ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica. Por providencia de 27 de septiembre de 2006, la sección cuarta del Tribunal admitía a trámite el recurso. Tras una larga y compleja deliberación, el Tribunal emitía su sentencia el 28 de junio de 2010, declarando en su fallo la inconstitucionalidad, y por tanto nulidad, de múltiples preceptos del Estatuto, así como la necesidad de interpretación conforme de otros muchos.

Políticamente la sentencia fue mal acogida por los principales líderes políticos de la Comunidad Autónoma. Fueron vertidas intensas críticas contra el Tribunal Constitucional, cuyo prestigio y legitimidad en aquel territorio sufrieron una merma no pequeña.

Lo anterior fue tan evidente que las principales fuerzas políticas a nivel nacional decidieron que lo ocurrido debería evitarse en el futuro. Es decir, debía evitarse que las reformas estatutarias fueran objeto de control por el Tribunal Constitucional después de la intervención del cuerpo electoral autonómico a través de referéndum. Conscientes de que la fuerte carga política que una operación de tal tipo supone, las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación.

En el preámbulo de la norma se comienza subrayando algo de vital importancia: los Estatutos de Autonomía están, por imperativo constitucional, sometidos a la disciplina y respeto de la norma suprema del Estado. Por ello, y dado su carácter de norma con rango de ley, el monopolio del Tribunal Constitucional sobre su control resulta incuestionable. Sin embargo, continúa la exposición de motivos:

> "se hace necesario garantizar el, no siempre fácil, equilibrio entre la especial legitimidad que tienen los Estatutos de Autonomía como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, en cuya aprobación intervienen tanto las Comunidades Autónomas como el Estado y, en ocasiones, el cuerpo electoral mediante referéndum, y el respeto de dicho texto al marco constitucional, construido alrededor de la Constitución como norma fundamental del Estado y de nuestro ordenamiento jurídico."

Es decir, siendo incuestionable que los Estatutos deben estar sometidos a la Constitución y, por ello, al control de la jurisdicción constitucional ejercido por el Tribunal, deben buscarse fórmulas que permitan aplicar tal control sorteando las evidentes dificultades prácticas que una norma de tal calado político lleva consigo.

La solución adoptada por el legislador español fue la de reintroducir un instituto que había estado en vigor en nuestro ordenamiento hasta el año 1985, es decir, el control previo de inconstitucionalidad. Ahora bien, en esta ocasión, a diferencia del periodo 1979-1985, el recurso previo quedaba limitado a los proyectos de reforma de los Estatutos de Autonomía, quedando fuera el resto de leyes orgánicas. Parece evidente que la compleja situación vivida tras la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán llevó al convencimiento de los principales partidos políticos nacionales de que semejante tensión debía ser evitada en el futuro.

Así, según el artículo 79 de la reformada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, "son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos". En su apartado quinto se subraya: "cuando la aprobación del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, el mismo no podrá convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales". Así pues, el cuerpo electoral no intervendrá hasta que la jurisdicción constitucional haya manifestado la conformidad o no del texto aprobado por los parlamentos -autonómico y estatal.

Cuando en 2014 empecé mi investigación doctoral bajo la dirección del profesor Luis Aguiar de Luque, las Cortes Generales no habían realizado todavía esta reforma. Sin embargo, ya resultaba evidente entonces que debían articularse soluciones para evitar al Tribunal Constitucional episodios de semejante tensión política como la vivida en el periodo 2006-2010.

¿Cómo debe comportarse la jurisdicción constitucional cuando el objeto de su control no es, como habitualmente ocurre, una norma aprobada por el Parlamento sino por el cuerpo electoral en referéndum? La respuesta no parecía en absoluto sencilla, pues los dos institutos, justicia constitucional y democracia directa, resultan a título de principio de compleja relación. En palabras de Pedro Cruz Villalón, "sabido es que si hay dos cosas que se encuentran particularmente reñidas, éstas son la democracia directa y la justicia constitucional"[1].

Fue, pues, este episodio de la vida de la democracia constitucional española la que despertó en mí el interés por trabajar la cuestión. Nótese que la reflexión doctoral no pretendía en absoluto buscar una solución particular para este tipo de situaciones en el ordenamiento español, sino que era un intento de dibujar un esquema de solución global para los diferentes supuestos en que la jurisdicción constitucional deba controlar una norma aprobada por los ciudadanos a través de referéndum. De lo particular a lo global o, si se quiere, de lo local a lo universal.

Pronto se hizo evidente la metodología que en todo caso debía seguir la investigación. La jurisdicción constitucional afronta desde hace tiempo un debate de interés: es el relativo a la llamada dificultad contramayoritaria. Es decir, el hecho de que estamos en presencia de un órgano, en principio sin legitimidad democrática directa, que controla el producto de la actividad del órgano directamente representante del pueblo, el Parlamento. Resultaba incuestionable, pues, comenzar la investigación reflexionando sobre la adaptación de esa dificultad al supuesto en que la jurisdicción constitucional controla, no ya

1. CRUZ VILLALÓN, P.: "El control previo de constitucionalidad", Revista de Derecho Público, nº 82, 1981, p. 20.

una norma aprobada por el Parlamento, sino por el propio cuerpo electoral. Se procedió, pues, como relataré con cierto detalle en el apartado II de este trabajo, a adaptar las reflexiones existentes sobre la dificultad contramayoritaria al concreto supuesto de la investigación.

En segundo lugar, parecía también imprescindible atender a cómo han procedido otros ordenamientos en una cuestión tan compleja. Se decidió, en efecto, analizar cinco ordenamientos al respecto: Estados Unidos, Francia, Suiza, Italia y España. La experiencia de todos ellos podría nutrir con mayor intensidad las reflexiones finales (de las que daré cuenta en el apartado III) sobre cómo debe ser afrontada la tarea del control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por los ciudadanos en referéndum. Central en tal reflexión fue el concepto de contención o deferencia judicial, ya existente para la relación entre justicia constitucional y leyes parlamentarias, pero muy útil también para encarar la particular relación objeto de estudio.

En definitiva, y siempre partiendo de una contundente defensa de la relevancia de la jurisdicción constitucional en un Estado democrático, la investigación doctoral buscaba generar propuestas sobre la mejor configuración del control de las normas legales aprobadas por la ciudadanía a través de referéndum con el menor coste posible para la institución y tratando de esquivar tensiones que pudieran afectar a su posición.

Cualquiera de los órganos constitucionales precisa de un cierto grado de respeto y apoyo ciudadano para garantizar la efectividad de su labor. La jurisdicción constitucional, encargada de velar por el cumplimiento de la ley fundamental, y con una notable hoja de servicios en defensa de la democracia en muchos países, difícilmente podría sobrevivir en la arquitectura institucional de un Estado si fuera percibida por el cuerpo electoral como un dique excesivo a la voluntad democrática. Así pues, y partiendo de su intrínseco carácter contramayoritario, el objetivo es el de velar porque su funcionamiento sea lo más respetuoso y armónico posible con los valores democráticos. Es aquí donde encaja la propuesta thayerista. Esta debe su nombre al profesor americano James Bradley Thayer, que defendió ya en 1893 la necesidad de que el control de constitucionalidad sobre las leyes fuera realizado partiendo de una posición de respeto hacia la postura del legislador.

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

La expresión "dificultad contramayoritaria" proviene del famoso texto de Alexander Bickel, "The Least Dangerous Branch"[2]. Con ella, como se ha dicho, se alude a la evidente dificultad de que un órgano carente de legitimidad democrática

2. BICKEL, A.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.

directa tenga la capacidad de censurar lo decidido por la institución parlamentaria, directamente representante de los intereses y deseos ciudadanos.

Múltiples han sido los autores que se han referido a esta problemática. Así, Schmitt subrayaba que:

> "Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significará algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga"[3].

Ely afirmaba que:

> "Cuando un tribunal invalida un acto de alguna de las ramas políticas de poder con base en la Constitución, está desautorizando su dictamen y, por lo general, en forma no sujeta a corrección por parte del proceso legislativo ordinario. De ahí la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema central del control judicial de constitucionalidad: un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable en ningún modo significativo, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como les gustaría"[4].

Entre nosotros, Rubio Llorente indicaba que:

> "El 'destronamiento' de la ley que esta solución comporta da lugar, sin embargo, a una nueva manifestación de la tensa relación entre constitucionalismo y democracia. En esta forma nueva, el problema a resolver es el que plantea la atribución a un órgano que carece de legitimidad democrática directa de un poder que, en alguna medida, lo coloca por encima de los que efectivamente gozan de ella"[5].

Tanto a nivel español como mundial, uno de los autores que con mayor detenimiento ha estudiado esta dificultad ha sido Ferreres Comella. En su magnífico "Justicia Constitucional y democracia" (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 3ª Edición) desgrana lo que él califica como "objeción

3. SCHMITT, C.: "El defensor de la Constitución", en La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional, Tecnos, Madrid, 2009, p. 280.

4. ELY, J. H: Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 4-5.

5. RUBIO LLORENTE, F.: La forma del poder, 3ª Edición, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 135.

democrática" de la jurisdicción constitucional. En concreto el autor considera que son tres las circunstancias sobre las que se apoya tal objeción: la menor legitimidad democrática del juez constitucional; la rigidez constitucional, que torna complejo responder a un fallo de declaración de inconstitucionalidad; y el elevado nivel de dificultad interpretativa que suele caracterizar a muchos preceptos constitucionales.

Analizados con cierto detalle estos elementos -y adaptados al concreto contexto de que la ley sea producto no del Parlamento sino directamente de los ciudadanos en referéndum-, la investigación se centraba en las posibles respuestas que podrían emitirse a tal objeción. Dos grandes grupos pueden trazarse al respecto: en primer lugar nos encontramos con aquellas posiciones que, pese a lo dicho, niegan de plano la existencia de una objeción democrática en el instituto de la jurisdicción constitucional; por otro lado, están aquellos que, aún reconociendo la existencia de tal objeción, consideran que es posible superarla aportando otras ventajas de la institución.

Como es lógico, no es este el lugar para volver a reflejar en detalle todas las teorías al respecto de cada uno de los dos bloques, sino para simplemente apuntar su existencia y elementos característicos básicos.

En relación con las teorías que pretenden negar la propia existencia de una dificultad contramayoritaria en la justicia constitucional, la investigación doctoral no las consideraba convincentes. Así, en primer lugar, se descartaban aquellas posturas que tratan de legitimar democráticamente el instituto por el simple hecho de su previsión por el poder constituyente en la ley fundamental. Nos resulta palmario que un procedimiento democrático como el seguido para aprobar un texto constitucional puede dar lugar a instituciones, órganos o procedimientos cuya estructura no esté en línea con los propios valores democráticos.

En segundo lugar, se mostraba la inconsistencia de aquellas teorías que defienden el carácter aproblemático de la justicia constitucional por el hecho de que cuando ésta declara una ley inconstitucional lo que está defendiendo en realidad es una más fundamental voluntad democrática: la reflejada por el poder constituyente. La respuesta a esta posición conecta con algo que ya se ha dicho: muchas de las disposiciones constitucionales distan de tener un significado unívoco que merezca una simple aplicación mecánica por los jueces. En tal contexto, la primacía de la interpretación de un órgano judicial sobre la ofrecida por el órgano parlamentario es intrínsecamente compleja en términos democráticos.

En tercer lugar, se analizaban con cierto detalle aquellas teorías que defienden la ausencia de objeción democrática alguna en la institución por su contribución a la defensa de los derechos fundamentales. Primeramente, se dejaron de lado todas aquellas contribuciones que partían de la ínsita superioridad de los jueces a la hora de defender los derechos, al no soportar el contraste con la

realidad ni ser respetuoso con la confianza en las capacidades de los ciudadanos que subyace al reconocimiento de sus propios derechos. Sobre esta base, se emplearon las herramientas del análisis epistemológico para desentrañar cuál de los dos procedimientos en liza -el judicial o el mayoritario a través de referéndum- genera más probabilidades de alcanzar un resultado correcto -siempre sin prejuzgar qué ha de entenderse por tal.

En este sentido se partió de los presupuestos básicos de la democracia deliberativa, esto es, la necesidad de considerar dos grandes elementos: la deliberación en el proceso de decisión y la participación de los afectados en el mismo. La superioridad del proceso referendario en el segundo elemento es palmaria: pueden participar en él todos los ciudadanos. Más dudas genera el análisis en el primer elemento. Parece claro que el órgano de jurisdicción constitucional, que se especializa en asuntos de justicia política, posee ventajas relevantes a la hora de escuchar posiciones que seguramente serán ignoradas en el proceso decisorio mayoritario. También es más sencillo aplicar la asunción de responsabilidades por la decisión adoptada en el procedimiento judicial que en el mayoritario a través de referéndum. Igualmente, la exposición de los motivos y razones de la decisión queda mejor consagrada en el procedimiento judicial que en el mayoritario. Sin embargo, hay otros factores que permiten cuestionar la capacidad de la jurisdicción constitucional para afrontar las controversias sobre derechos de un modo suficientemente abierto. Nos estaríamos refiriendo al conjunto de normas y reglas que, pese a su finalidad de garantizar la mayor imparcialidad en el órgano juzgador, pueden implicar limitaciones de calado a la hora de implementar una deliberación amplia en cuestiones de moralidad política. Los tribunales tienden a estar centrados en cuestiones técnicas de jurisdicción, precedentes y lenguaje de la declaración de derechos, restricciones éstas ausentes en el procedimiento referendario.

Así pues, tendríamos al procedimiento referendario como "vencedor" en el primer eje de análisis, el participativo, y al judicial como "vencedor", con algunos matices no menores, en el campo deliberativo. El problema esencial es que no existe una manera clara o tasada de equilibrar los resultados emergidos en cada una de las variables. ¿Debe pesar más el eje participativo o el deliberativo? No hay manera de saberlo. Pero sí podemos afirmar con contundencia que la victoria global del procedimiento judicial en la cuestión epistemológica, en caso de existir, no tendrá una fuerza tan grande como para poder negar la clara victoria del procedimiento referendario en una óptica de análisis centrada en la estricta legitimidad intrínseca del procedimiento.

En último lugar, tampoco nos resultaron convincentes aquellas posturas que dibujaban a la justicia constitucional como aliada de la coalición política dominante. Estas posturas no ofrecen más que una visión de tendencia, dejando fuera el relevante análisis de aquellos supuestos en que la institución, de hecho, no se comporta como tal sino contra los postulados de la mayoría social y política. Además, si se acepta la visión de que la jurisdicción constitucional no

es más que un ratificador de las posiciones de la coalición dominante en cada momento no se entiende dónde queda la finalidad protectora de las minorías tradicionalmente atribuida al instituto.

En consecuencia, la investigación rechazó de plano aquellas posiciones que niegan la propia existencia de una objeción democrática en la justicia constitucional. Así, a continuación, se analizaron aquellas otras posturas que, reconociendo su existencia, confían en otros argumentos de peso como suficientes para superar la misma y fundar el mantenimiento de la institución en los ordenamientos modernos.

En primer lugar, no han faltado las voces que han abogado por elevar el nivel de concreción de las disposiciones constitucionales. Como antes apuntábamos, uno de los elementos que definen la existencia de la objeción democrática a la justicia constitucional es el hecho de que muchos preceptos de la constitución carecen de un significado clara y unívoco, precisando de una interpretación que en ocasiones no ofrece terrenos sólidos de partida. Así, dicen estas teorías, sería oportuno dotar a la Constitución de una mayor concreción para que la labor judicial de aplicación fuera prácticamente mecánica y, así, libre de toda crítica sobre su legitimidad. No nos pareció que este planteamiento fuera especialmente aconsejable, pues ello implicaría suprimir la capacidad del texto supremo de acoger dentro de sí una vasta variedad de cosmovisiones sobre la vida en sociedad, vital para que los diferentes sectores sociales y políticos puedan verse reflejados en él. Igualmente, una Constitución excesivamente detallada y precisa perdería capacidad de adaptación antes las nuevas circunstancias que la evolución social y política hace emerger.

Tampoco fueron acogidas en la investigación aquí reseñada las tesis originalistas. Según éstas, debería estarse exclusivamente a la voluntad de los sujetos creadores de los textos constitucionales y al significado que éstos quisieron imprimir a sus disposiciones. Ocurre que resulta extremadamente difícil extraer tal información de los procesos constituyentes, pues parece complejo decidir qué concretas intenciones son las que deben contar y cuáles no. Por poner un ejemplo, en una asamblea constituyente conformada por decenas de individuos parece fácil que cada cual tuviera en mente una interpretación o un significado diferente para cada cláusula constitucional, resultando imposible determinar cuál de tales voluntades ha de ser la clave para la interpretación actual del texto. Por si fuera poco, a estos reparos debemos sumar el mismo que se ha formulado a las teorías sobre la concreción constitucional: si solo puede contar la intención que originariamente se buscó dar al texto constitucional, éste quedaría petrificado y resultaría imposible su adaptación a las cambiantes circunstancias.

Se dedicó también espacio a la famosa teoría de John Hart Ely. Según el autor americano, la intervención judicial solo sería posible desde la óptica de control estrictamente procedimental, sin poder sumergirse en cuestiones sustantivas.

En otras palabras, la justicia constitucional debería limitar su labor a la de mero árbitro vigilante de la regularidad del proceso democrático, garantizando que ningún participante disfrute de ventajas injustas o lesione las oportunidades de minorías discretas e insulares. La principal objeción que puede señalarse a esta posición es que no tiene en cuenta cómo se configuran realmente los textos constitucionales modernos. En ellos predominan las cláusulas de cierta apertura para cuya aplicación resulta imprescindible transitar por terrenos sustantivos. Además, no debe perderse de vista que tampoco las limitaciones procedimentales situadas en las constituciones resultan de interpretación unívoca y precisa, sino que también de ellas pueden extraerse diferentes significados en función de la óptica sustantiva que el operador emplee.

Críticas similares pueden formularse a la teoría deliberativa de Carlos Nino. En su opinión la jurisdicción constitucional debe encargarse de garantizar los llamados *derechos a priori*, que son los que garantizan la existencia de un proceso deliberativo saludable en la adopción de decisiones. Sin embargo, la difícil determinación de cuáles son tales derechos hace la teoría de compleja aplicación.

El rechazo de las posiciones anteriores nos situaba en unas coordenadas similares a las del profesor Jeremy Waldron. Partiendo de la diversidad de posturas razonables en cuestiones de justicia que es propia de los estados pluralistas, negando la clásica imagen que suele plantearse de las mayorías como "evidentemente" egoístas, y subrayando la clara superioridad del procedimiento legislativo mayoritario a la hora de respetar la igualdad política de todos los ciudadanos, se podría concluir que es a éstos y no a los jueces a quienes debería entregarse la última palabra en las sociedades democráticas. No fue esta, sin embargo, nuestra conclusión. Alineándonos con la teoría sostenida por el profesor Ferreres Comella, nos parece que persiste un buen argumento para seguir defendiendo, pese a todo lo anterior, la existencia de una justicia constitucional que controle lo decidido por el Parlamento (en nuestro caso, por los ciudadanos en referéndum), conservando así la última palabra. En opinión de Ferreres, la pervivencia de la institución puede contribuir a la existencia de una mayor y mejor cultura pública deliberativa. La presencia de este control de constitucionalidad incentivaría a los sujetos decisores a tener presentes siempre los valores y principios constitucionales, incluyéndolos en su proceso deliberativo previo a la adopción de decisiones. Así, los sujetos que promuevan una determinada votación popular deberán velar porque en la eventual normativa resultante de la misma se considere el marco constitucional, sabedores de que la motivación que aduzcan al respecto será tenida en cuenta por el órgano judicial de control.

El elemento más crucial de nuestra investigación tiene que ver con la convicción de que este incentivo positivo fruto de la existencia del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes aprobadas por los ciudadanos en referéndum existirá únicamente allá donde el control se ejerza con niveles de intensidad

moderados. En efecto, si la justicia constitucional operara con un nivel exceso de rigor, podría generarse el incentivo contrario: el órgano decisor podría sentir que su postura cuenta relativamente poco, y por tanto no asumir el debido cuidado en su cometido. Del mismo modo, si el escrutinio adquiriera niveles mínimos de intensidad, se estaría trasladando el mensaje de que salvo en supuestos de inconstitucionalidad muy evidentes la norma sobrevivirá al proceso de control, con la consiguiente rebaja del incentivo pretendido. En todo caso, en un supuesto de control, por así decir, de mínimos, el problema no sería de gran importancia, pues la propia objeción democrática que motiva toda la reflexión vería su intensidad fuertemente reducida, adquiriendo menos trascendencia la ubicación de un fin legitimador del control.

III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DEFERENCIA JUDICIAL

Las teorías sobre la deferencia judicial no son novedosas. Ya en 1893 James Bradley Thayer defendía en un famoso ensayo[6] la necesidad de que los jueces realizaran su labor de control sobre las leyes partiendo de un especial respeto hacia la toma de posición manifestada por el legislador. En efecto, Thayer remarcaba la habitual existencia en la Constitución de cláusulas de lenguaje muy amplio, lo que permite dotarlas de significados dispares. De este modo, el juez no debería censurar la interpretación del legislador más que en aquellos casos en que incurriera en una vulneración constitucional "tan obvia a la comprensión de cualquiera como una verdad axiomática, como el hecho de que las partes son iguales al todo"[7]. Dicho de otro modo, allí donde fuera dudoso si el Parlamento ha traspasado o no los límites constitucionales, "el conflicto debe ser evitado, porque existe la posibilidad en un caso así de que la Constitución esté del lado de la legislatura"[8].

La propuesta thayeriana ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En su doctrina es habitual la consideración de que las leyes merecen un tratamiento deferente con carácter general, pudiendo este invertirse hacia un escrutinio riguroso en supuestos como la lesión de minorías discretas e insulares; la lesión evidente de cláusulas constitucionales; o la restricción de los canales de participación política[9].

En todo caso, no podemos decir que las teorías sobre la contención judicial sean exclusivamente estadounidenses. En efecto, han encontrado amplia acogida,

6. THAYER, J. B.: "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", Harvard Law Review, vol. 7, nº 3, 1893.

7. Ibid., p. 141.

8. Id.

9. Véase al respecto la sentencia *United States v. Carolene Products Company.*

por dar solo algunos ejemplos, en el Tribunal Constitucional Federal alemán[10], en la Corte Constitucional italiana[11], en el Consejo Constitucional francés[12] o en el Tribunal Constitucional español[13].

También en nuestra doctrina ha sido expuesta esta idea. Así, Ignacio de Otto afirmaba:

"De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual sólo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional. (...). La misma idea puede expresarse diciendo que para considerar legítima la ley no es preciso que se demuestre que es conforme a la Constitución, sino que basta con que no se demuestre que es contraria"[14]

Por su parte, Aragón Reyes subraya:

"El Tribunal solo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe, hay que presumir la 'constitucionalidad' del legislador"[15].

10. "El principio del judicial self-restraint, que se impone el Tribunal Constitucional Federal, no significa una reducción o debilitamiento de sus competencias precisamente expuestas, sino la renuncia a 'hacer política', es decir, a intervenir en la esfera de libre realización política, establecida y delimitada por la Constitución. Tal principio aspira, además, a preservar a otros órganos constitucionales el ámbito de libre realización política constitucionalmente garantizado". La cita, tomada de VON MÜNCH, I.: "¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 6, 2002, p. 579, proviene de BverfGe, tomo 36 (1973), pp. 14-15.

11. La Corte italiana apela habitualmente a la necesidad de limitar las declaraciones de inconstitucionalidad a aquellos casos en que ninguna interpretación de la norma escrutada resulta compatible con la Constitución. En este sentido, por dar algún ejemplo, se expresan las sentencias 356/1999 ("En línea de principio, las leyes no se declaran constitucionalmente ilegítimas porque sea posible darles una interpretación inconstitucional, sino porque es imposible darles una interpretación constitucional"), 336/2002 o 379/2007.

12. En los casos en que la norma sometida a control entronca con materias en las que la Constitución prevé una disciplina poco pormenorizada, dejando un significativo margen de acción al legislador, el Consejo ha subrayado que su tarea debe limitarse a comprobar que la regulación no incurra en un error manifiesto. Ejemplos de ello se encuentran en las Decisiones nº 81-132 DC, de 16 de enero de 1982, nº 88-244 DC, de 20 de julio de 1988, o nº 98-402 DC, de 25 de junio de 1998.

13. En su Sentencia 107/1996 el Tribunal Constitucional distinguió los casos en que la interpretación constitucional resulta "patente y manifiesta" de aquellos otros en que prevalece la duda, y afirmó que, mientras en los primeros el Tribunal "está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en éstos, en cambio, ha de recordarse que el 'Tribunal Constitucional no puede erigirse en Juez absoluto de dicha dificultad, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación' (SSTC 113/1994 y 179/1994)".

14. DE OTTO, I.: Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, p. 148.

15. ARAGÓN REYES, M.: Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989, p. 124.

Pues bien, a la vista de lo explicado en el apartado anterior, consideramos positivo en nuestra investigación que las normas adoptadas por los ciudadanos a través de referéndum fueran sometidas, al igual que aquellas aprobadas en sede parlamentaria, al control de constitucionalidad operado por las instituciones de justicia constitucional. El trabajo doctoral pretendía, sin embargo, ir más allá. En nuestro criterio era posible concretar el modo en que debe ser ejercido el control de constitucionalidad sobre este tipo de normas en función de los rasgos concretos que en cada caso asuma el proceso de referéndum. En concreto, son tres los ejes que a nuestro juicio resultan relevantes al respecto: el tipo de referéndum empleado; el rango de la norma aprobada; y el contenido de la misma. Así, consideramos posible establecer el grado de rigor/contención con el que debe actuar el órgano de justicia constitucional en función de las circunstancias.

En relación con el primer eje, deben diferenciarse los referendos complementarios de aquellos sustitutivos. En los primeros, la acción de los ciudadanos no busca circunvalar la labor del Parlamento, sino que se añade a ella. Así, los ciudadanos son llamados a pronunciar su opinión sobre un texto normativo previamente adoptado por los representantes parlamentarios. Es importante destacar que en estos supuestos se añaden los beneficios propios del proceso referendario (máximo respeto por la igualdad política de cada ciudadano) a aquellos derivados del parlamentario (amplias posibilidades de deliberación y transacción), por lo que la norma adquiere una carga de legitimidad democrática relevante. Por ello, consideramos que en tales casos la justicia constitucional debería partir de un nivel de contención elevado en su labor, pues la objeción democrática alcanza cotas muy elevadas. Este alto nivel de contención exige el respeto de una fuerte presunción de constitucionalidad de la norma objeto de control.

Lo que en ningún caso nos parece asumible es que este tipo de normas aprobadas por el Parlamento primero y por el cuerpo electoral después deba disfrutar de una inmunidad total frente al control jurisdiccional de constitucionalidad, como ocurre en el nivel federal suizo. Nos parece más saludable la pervivencia del control con un nivel alto de contención, pues de lo contrario se estaría lanzando el mensaje de que las autoridades representativas, cuando logren el respaldo de la ciudadanía en referéndum para la aprobación de un texto legal, podrían aprobar cualquier contenido sin necesidad de considerar el respeto a los límites establecidos en la Constitución. La conservación en este punto del control por parte de la justicia constitucional permitirá mantener un mínimo incentivo en las autoridades decisorias para tener presentes en su deliberación el grueso de los principios y valores constitucionales, pues el riesgo de que de lo contrario su producto normativo resulte anulado no desaparece del todo. Ante una violación clara del marco constitucional, la justicia constitucional actuará.

Existen, sin embargo, tres supuestos en los que, a nuestro juicio, sería razonable abandonar el nivel elevado de contención en el enjuiciamiento de estas normas. La primera tiene que ver con la hipótesis en que la norma afecta a los intereses de grupos sociales desfavorecidos. Siguiendo las tesis de Stephanopoulos, hemos

considerado que la definición de estos grupos debería abarcar únicamente a aquellos que no logran ver sus demandas satisfechas a través del proceso político en la misma medida que otros colectivos del mismo tamaño y clasificación. Pues bien, en este supuesto creemos que la intervención judicial debería adquirir un nivel de exigencia o rigor elevado, partiendo de la sospecha de que la preterición que suele sufrir el grupo desfavorecido tiene que ver con la existencia a nivel social de fuertes prejuicios u hostilidades en su contra y de carácter no racional. Así, el hecho de que la norma haya sido respaldada por los ciudadanos a través de referéndum tras su aprobación parlamentaria no debería implicar la conservación de la presunción de constitucionalidad.

El segundo supuesto sería el de la restricción de los canales participativos que permiten la renovación de las coaliciones políticas gobernantes. En este punto se parte de la presunción de que la coalición gobernante, cuando implementa medidas positivas para su mantenimiento en el poder, lo hace desde una posición de clara parcialidad. Esto, sin embargo, tiene sentido cuando hablamos de estructuras políticas situadas en los centros estatales de poder, pero resulta más complejo trazar la misma conclusión cuando hablamos de los ciudadanos que votan en referéndum. Es discutible que los electores que ratifican una medida en referéndum sean siempre defensores del partido o coalición de partidos que ocupa el poder. Pues bien, ello nos lleva a la conclusión de que solo cuando sea posible certificar tal supuesto de hecho sería razonable pensar que el electorado ha sido parcial en su apoyo a la disposición controlada. Si ello no fuera posible -cosa probable- la norma escrutada debería conservar cierta presunción de constitucionalidad, aunque fuera de carácter leve.

El último de los tres supuestos en que consideramos oportuno rebajar el grado de la presunción de constitucionalidad sobre las normas aprobadas a través de referendos complementarios es el relativo al cuestionamiento del sistema de reparto de competencias entre las diversas entidades de un estado políticamente descentralizado. En efecto, no parece razonable que el órgano encargado del control de constitucionalidad deba actuar de manera deferente cuando está en discusión si una norma contradice o no el reparto constitucional de competencias. Téngase en cuenta que en un supuesto de este tipo la justicia constitucional actúa censurando a un legislador democrático para preservar la legítima esfera de actuación de otro legislador democrático, de modo que los inconvenientes de la objeción democrática se ven notablemente reducidos. Además, si aplicáramos en estos casos la contención elevada de la que venimos hablando estaríamos incitando a los legisladores -estatal o subestatal- a buscar la ratificación popular de sus normas con el único objetivo de blindarlas pese a la vulneración de sus límites competenciales. Podría tener sentido preservar un grado alto de deferencia por parte de la jurisdicción constitucional en el supuesto en que una norma estatal haya sido aprobada a través de un procedimiento en el que las entidades territoriales hayan podido participar plenamente -por ejemplo, a través de una cámara alta que las represente de manera efectiva. Lo mismo podría decirse de aquellas normas subestatales cuyos procesos de aprobación garanticen la participación

del estado central -como ocurre, por ejemplo, con la aprobación de los Estatutos de Autonomía en España o las constituciones cantonales en Suiza.

Pese a todo, nunca debe perderse de vista que la intervención popular a través de referéndum dota a las normas aprobadas de una carga política de primera magnitud. Ello podría provocar que el órgano de jurisdicción constitucional se sintiera receloso a la hora de decretar su inconstitucionalidad pese a haber respetado los niveles de contención en cada caso convenientes. Para estos supuestos, y siempre con el ánimo de preservar al máximo la integridad de la institución, consideramos conveniente acudir a mecanismos de deferencia judicial en el fallo. Entre ellos podemos destacar: la exposición en el razonamiento de la sentencia de los motivos que llevan a su inconstitucionalidad, eludiendo declararla en el fallo; la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad; la declaración de nulidad de la norma pero con postergación de sus efectos en el tiempo; o incluso la emisión de recomendaciones o advertencias, con posible amenaza de futura declaración de inconstitucionalidad. Del mismo modo, entendemos razonable que para aquellos supuestos en que el Tribunal, pese a vislumbrar la alta probabilidad de que su resolución provoque una fuerte reacción popular, considere ineludible su anulación utilice en sus razonamientos un lenguaje lo más prudente y respetuoso posible hacia la interpretación que del marco constitucional haya realizado el legislador parlamentario y popular.

En todo caso, a nuestro modo de ver existe un mecanismo que evitaría tensiones innecesarias a la justicia constitucional cuando se trata de controlar las normas emanadas de referendos complementarios. Hablamos de la anticipación del control a un momento previo a la intervención del cuerpo electoral. La instauración de un control preventivo, llamado a operar tras la aprobación parlamentaria de la norma, evita que las autoridades representativas busquen emplear la ratificación popular como mecanismo de blindaje en favor de normas de difícil encaje constitucional. En este sentido, el control preventivo instaurado en España en 2015 para los Estatutos de Autonomía, y el existente en Italia para los Estatutos de las regiones ordinarias, nos parecen mecanismos de gran interés.

Todo lo dicho hasta ahora sirve para normas aprobadas por el Parlamento y ratificadas por el cuerpo electoral pero que posean rango legal. La situación varía cuando hablamos de la aprobación de normas de rango constitucional. Lo primero que debe quedar claro en este supuesto es que la actuación del pueblo en la modificación del texto constitucional no nos sitúa en modo alguno en presencia del poder constituyente. El poder de reforma constitucional está sometido a límites -esencialmente procedimentales- y no actúa de modo libre. Se debe a las restricciones que el propio texto constitucional le ha asignado. En consecuencia, el control por parte de la justicia constitucional podría aplicarse. Ahora bien, a esta reflexión inicial pueden añadirse no pocos matices. En lo relativo a los límites formales, parece lógico pensar que solo en el supuesto en que su lesión haya sido de gran importancia la jurisdicción constitucional se sentirá legitimado para anular una norma de rango constitucional aprobada por el Parlamento y ratificada por

el cuerpo electoral. La potencia de legitimidad de la intervención popular hace probable que -por la vía de los hechos, no por la vía jurídico-constitucional- la existencia de vicios leves de procedimiento pueda quedar subsanada.

En cuanto a los límites sustantivos a la reforma, y dado que por lo general estos adoptan contornos de gran imprecisión -máxime cuando hablamos de límites implícitos-, lo aconsejable es que la jurisdicción constitucional intervenga con un nivel muy elevado de contención. En todo caso, nos parece, estas normas no deberían gozar de inmunidad frente a la intervención judicial, pues, aunque pueda resultar poco probable que el órgano de control decida anular una norma constitucional aprobada por el Parlamento y ratificada por los ciudadanos en base a cánones vagos e imprecisos, no es descartable su utilidad en determinados supuestos.

Sea como fuere, y asumiendo la alta complejidad política de una operación de control de esta naturaleza, el control preventivo vuelve a aparecer aquí como mejor baza. La anticipación del control a un momento previo a la intervención popular garantiza evitar actuaciones como la realizada por el Presidente de Gaulle en 1962, cuando sometió a referéndum la reforma del sistema de elección del Presidente de la República a través de un procedimiento palmariamente inconstitucional.

Para finalizar, debe analizarse el caso de los referendos sustitutivos. Como se ha anticipado, en estas votaciones el cuerpo electoral no viene a ratificar lo previamente adoptado por las autoridades representativas, sino que circunvala su labor y actúa de manera exclusiva como creador de normas. El profesor estadounidense Julian Eule considera que las leyes emitidas de esta forma deberían someterse a un escrutinio judicial riguroso. En nuestra opinión la reflexión sobre el grado de rigor que debe aplicar la justicia constitucional en esta hipótesis depende necesariamente de las conclusiones del debido análisis comparativo entre el procedimiento parlamentario y el referendario en los ejes intrínseco e instrumental. Parece evidente que el referéndum vence en el primer apartado, dado su absoluto respeto por la igualdad política de todos los ciudadanos, que podrán participar de manera directa en la asunción de la medida. Muchas más dudas ofrece la reflexión comparativa sobre el eje instrumental, aquel que tiene en cuenta la corrección de los resultados del proceso.

Son habituales las voces que apuntan a un déficit deliberativo del proceso referendario, al que se opondría un procedimiento parlamentario capaz de garantizar altas cotas de diálogo, transacción y pacto. Esta idea es susceptible de algún matiz, en la medida en que los representantes políticos también pueden utilizar de algún modo el referéndum como parte de un proceso de transacción: es imaginable, en efecto, que entre los partidos se maneje el apoyo/rechazo a un determinado referéndum como moneda de cambio a emplear en relación con medidas a considerar en el futuro.

En todo caso, nos parece claro que el procedimiento parlamentario ofrece en este punto dos ventajas de difícil discusión. Así, en primer lugar, cuando se tiene en cuenta la concreta medida, disposición o norma, es obvio que el Parlamento se presenta como foro de debate donde cabe mucho más que un simple apoyo o rechazo. Las posiciones intermedias dibujadas con paleta de grises encuentran su lugar para ser expresadas, enriqueciéndose el debate y evitándose la exclusividad de los polos opuestos. En segundo lugar, el hecho de que los representantes parlamentarios mantengan una relación de larga duración entre sí supone un estímulo de gran importancia a la generación de acuerdos interdisciplinares, y también tiende a forjar un mayor respeto y consideración por los oponentes.

A partir de aquí, es importe subrayar que la victoria que debe concederse al procedimiento parlamentario en la cuestión deliberativa debe ser equilibrada con la propia del referéndum en el aspecto participativo de la cuestión epistemológica y con la que también alcanza en el apartado relativo a la pura legitimidad procedimental. Sobre tal base, es evidente que no tenemos pautas tasadas sobre cómo combinar estos resultados. ¿Debe ser dada mayor importancia a la cuestión de legitimidad intrínseca? ¿A la cuestión deliberativa? A nuestro juicio la ausencia de reglas cerradas al respecto nos debe llevar a considerar qué opción es la predilecta por el concreto sistema constitucional analizado. Allí donde el instrumento referendario sea previsto con intensidad, como pasa en múltiples estados de los Estados Unidos y en todos los cantones de Suiza, resulta absurdo someter a las normas legales aprobadas a través de referéndum sustitutivo a un escrutinio judicial más severo que el planteado para las leyes parlamentarias. A la inversa, en aquellos sistemas constitucionales donde el escaso reconocimiento del instituto refleje una clara desconfianza hacia el mismo sería razonable aplicar una rebaja en los niveles de deferencia judicial. Esta rebaja, por supuesto, no debería ser máxima, pues ello implicaría ignorar las buenas credenciales del referéndum en las variables expuestas. Así pues, la intervención judicial debería seguir oscilando entre un nivel leve y un nivel moderado de contención.

En el ámbito del referéndum sustitutivo también ha de ser posible incrementar el nivel de rigor del escrutinio judicial en los supuestos de afectación a los derechos de grupos desfavorecidos, restricción de los canales de participación política y lesión del marco constitucional de reparto de competencias. En lo relativo a la restricción de las vías de participación debe insistirse en la dificultad de discernir si la mayoría del electorado que adopta la medida ha actuado desde una posición de parcialidad. En cuanto a la afectación del reparto de competencias entre las diversas entidades territoriales debe destacarse que determinadas precisiones del procedimiento referendario podrían aconsejar la aplicación de un nivel de contención algo más elevado. Nos referimos a aquellas configuraciones del referéndum que dotarían a las entidades descentralizadas de una cierta capacidad de defensa de sus propios intereses durante el procedimiento. Destacaríamos aquí dispositivos como la exigencia de que la recogida de firmas necesaria para la activación referendaria satisfaga determinados criterios de distribución geográfica

y, especialmente, la previsión de que la medida sea únicamente aprobada si se registra no solo una mayoría popular en la votación sino también una mayoría de entes territoriales.

En relación con los referendos sustitutivos la defensa de un control preventivo resulta más discutible. En efecto, debe tenerse en cuenta que este cauce de participación ciudadana supone un importante canal para la expresión política de los ciudadanos. Restringirlo de manera previa supondría impedir a los ciudadanos lanzar mensajes de gran calado político a sus representantes. En segundo lugar, un control preventivo sobre este tipo de consultas supondría una asimetría en relación con el órgano parlamentario, al que sí se permite deliberar y votar libremente cualquier disposición, incluso aquellas que pudieran parecer evidentemente inconstitucionales. En tercer y último lugar, la presencia de un mecanismo de control previo en sistemas donde el empleo del referéndum resulta muy habitual podría generar una relevante sobrecarga de trabajo para los tribunales y un incremento notable del gasto. Por consiguiente, parece razonable defender que sean las circunstancias concretas de cada sistema constitucional, en especial la mayor o menor dificultad práctica para el control por parte del órgano de justicia constitucional de este tipo de normas, las que permitan concluir sobre la oportunidad de instaurar este control previo.

En el supuesto de que finalmente sea previsto, el rigor judicial aplicado no debería ser excesivo, y ello pese a la obviedad de que ninguna autoridad democrática ha intervenido aún. Téngase en cuenta que la iniciativa suele estar regulada constitucionalmente como un derecho fundamental de los ciudadanos, lo que demanda que cualquier restricción del mismo sea operada en respeto del test de proporcionalidad. Así, solo en aquellos sistemas donde la aplicación de un control sucesivo fuera muy compleja en la práctica tendría sentido introducir la intervención judicial previa. Del mismo modo, el principio de proporcionalidad sería difícilmente respetado si el órgano de control prohibiera la celebración de la votación por la existencia de dudas menores sobre la constitucionalidad de la proposición de ley.

Para finalizar, el trabajo doctoral analiza los referendos sustitutivos a través de los cuales se aprueban normas de rango constitucional. En este punto hemos negado la posibilidad de equiparar la intervención del cuerpo electoral a través de estos mecanismos con el mismo poder constituyente. Por ello, entendemos que las normas emitidas a través de los mismos han de estar sometidas a control de constitucionalidad, con el ánimo de verificar si los límites a su actuación estipulados han sido o no satisfechos. Así se realiza en Suiza, si bien allí el control sigue siendo hoy de carácter político -ejercido por el Parlamento- y no judicial. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el canon de control aplicado estará constituido generalmente por límites materiales a la reforma de muy difícil precisión, lo que incrementa el grado de dificultad interpretativa en los términos ya apuntados en el ámbito de la objeción democrática. Igualmente, la respuesta a una eventual negativa judicial sería de gran dificultad. Todo ello

debe conducir a la conclusión de que el nivel leve/moderado de contención judicial aplicado, según los casos, a los referendos sustitutivos deberá ser elevado a su respectivo escalón superior.

IV. CONCLUSIONES

De lo particular a lo general. De lo local a lo universal. El controvertido control judicial de constitucional operado por el Tribunal Constitucional español sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por el Parlamento de la Comunidad Autónoma y las Cortes Generales primero, y por el cuerpo electoral autonómico en referéndum después, motivó una reflexión hasta ahora no realizada de manera sistemática en nuestra doctrina. La de cuál ha de ser la relación entre dos instituciones tradicionalmente en fuerte tensión: la justicia constitucional y la democracia directa.

Los habituales planteamientos sobre la objeción democrática a la jurisdicción constitucional experimentan una particular intensidad cuando el objeto de control de constitucional lo constituyen normas no aprobadas en sede parlamentaria sino directamente por los ciudadanos. Y, por descontado, mayor aún es la tensión surgida cuando la norma controlada ha sido aprobada por las dos entidades: el Parlamento primero y el cuerpo electoral después.

No nos parece, sin embargo, que esta particular legitimidad que adquiere una norma cuando ha recibido el directo beneplácito de los ciudadanos deba llevar, en modo alguno, a su inmunización frente al control de constitucionalidad. Como se ha dicho, consideramos positivo el incentivo que este control genera en las autoridades decisoras para tener en cuenta el marco constitucional en su proceso de reflexión, sabedoras de que la jurisdicción constitucional podrá tumbar el texto cuando las razones ofrecidas sobre su compatibilidad no resulten convincentes.

Parece claro, en todo caso, que las especiales circunstancias en las que opera la justicia constitucional deben modular, de algún modo, el nivel de intensidad de su acción. En efecto, la especial indeterminación de muchas de las cláusulas constitucionales, así como la dificultad para responder a un fallo judicial negativo obligan al instituto a aplicar ciertas dosis de contención, que se materializan en la necesaria presunción de constitucionalidad de los textos legales.

Lo relevante a nuestros fines es que esta presunción no debe operar de manera lineal. Resulta evidente que múltiples circunstancias pueden y deben implicar cambios en su aplicación. En nuestra investigación hemos detallado tres grandes ejes sobre los que hacer pivotar el incremento o rebaja de la intensidad de la contención judicial: el tipo de referéndum -complementario de la labor parlamentaria o sustitutivo de la misma- el contenido de la norma controlada, y el rango de la misma. En efecto, no parece lo mismo que la norma legal haya sido aprobada por el cuerpo electoral tras su debate y votación en el Parlamento que de manera

aislada. Igualmente, no parece que el control merezca altos niveles de deferencia cuando están siendo golpeados intereses de grupos sociales desfavorecidos, o cuando se restringen los canales de participación que permiten la alternancia en el poder. Del mismo modo, los criterios de control no pueden ser los mismos cuando la norma adquiere rango legal que cuando estamos ante un proceso de reforma constitucional -donde los límites tienden a ser más difusos.

En conclusión, la investigación trata de ofrecer soluciones para que el control de constitucionalidad sobre las leyes aprobadas directamente por los ciudadanos resulte lo más armónico posible con las altas credenciales democráticas de las mismas. A nuestro juicio ello no solo resulta obligado desde posiciones de teoría democrática, sino que resulta conveniente para proteger desde un punto de vista práctica la propia institución de la justicia constitucional. Parece razonable evitar a esta, en la medida de lo posible, situaciones de tensión que pudieran terminar por minar su legitimidad ante los ciudadanos. La tarea no es sencilla, pero merece la pena.

Descentralización política y estabilidad presupuestaria

Pablo Guerrero Vázquez

Doctor por la Universidad de Zaragoza

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción
II. Una síntesis de la tesis
III. Conclusiones y perspectivas

BIOGRAFÍA:

Zaragoza, 1990. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (premio extraordinario de Doctorado). Licenciado en Derecho (2014, premio extraordinario) y Administración y Dirección de Empresas (2014, premio extraordinario) por la misma Universidad. Una vez finalizados sus estudios de licenciatura, cursó el Máster Universitario en Derecho Constitucional (CEPC-UIMP), donde obtuvo el Premio al Mejor Trabajo Fin de Máster en Derecho Constitucional. Ganador del XVI Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre descentralización política y territorial (2019). Tras impartir docencia en el primer semestre de 2019 en la ESADE-Law School de Barcelona, hace lo propio desde el curso académico 2019/2020 en la Universidad de su ciudad, Zaragoza. Cofundador del Seminario Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

Toda mi trayectoria académica ha estado marcada, inevitablemente, por la crisis económica que se desencadenó hace ya más de una década. El mismo día que quebró *Lehman Brothers*, el 15 de septiembre de 2008, inicié mis estudios en Derecho y Administración de Empresas en la Universidad de mi ciudad, Zaragoza. En aquellas fechas, sentía ya predilección por las cuestiones que afectaban al proceso político y a la estructura jurídico-política del Estado. Y las primeras lecciones de Derecho Constitucional, impartidas por la profesora Sáenz Royo, consiguieron racionalizar ese interés por lo público, por el poder y por la necesidad de limitarlo.

Conforme los efectos de la crisis económica se agudizaban, la tensión entre realidad y norma se hacía más evidente. Y fueron las lecciones del profesor Garrido López, ya en segundo, las que me revelaron que, si bien dicha tensión es consustancial a todas las ramas del Derecho, es el Derecho Constitucional la que las sintetiza como ninguna otra, por ocuparse de la institucionalización de las relaciones de poder. El análisis de la reciprocidad entre la fuerza normativa de la normalidad y la fuerza normalizadora de lo normativo determina la metodología constitucional.

El camino comenzaba a estar marcado, mi inclinación por el análisis del Poder me iba conduciendo a actividades extraacadémicas especializadas que complementaban los contenidos del plan de estudios. Gracias a ello descubrí mi vocación docente e investigadora y valoré realizar una tesis doctoral en la materia y desarrollar mi futura trayectoria profesional en el ámbito académico.

En 2014, al finalizar mis estudios de licenciatura, la crisis económica había dejado su huella, profunda, en el ordenamiento jurídico español y europeo. Una de las principales consecuencias de la crisis para el Derecho Público, e indudablemente la principal para el Derecho Constitucional, fue la consagración en la cúspide del ordenamiento jurídico del principio de estabilidad presupuestaria. Y la instrucción jurídico-económica recibida durante mi formación universitaria de primer ciclo me estimulaba, y auxiliaba, a la hora de acercarme al estudio de esta materia.

En septiembre de 2014 comencé el Máster Universitario Oficial en Derecho Constitucional, ofertado en alianza académica por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Allí recibí el magisterio de grandes maestros de la disciplina y allí, también, elaboré un Trabajo Fin de Máster -dirigido por la profesora González Alonso- que terminaría siendo el embrión de la tesis doctoral que comencé durante el siguiente curso académico.

La profesora González Alonso -durante mis meses en Madrid- y los profesores Contreras Casado y Garrido López -mis directores de tesis ya de vuelta en Zaragoza- siempre me insistieron en la necesidad de, por un lado, delimitar adecuadamente el objeto de mi investigación y, por otro, y sin obviar la vertiente financiera de la materia que me predisponía a estudiar, acometer un análisis propiamente constitucional.

En definitiva, se trataba de determinar en primer lugar qué categorías jurídico-públicas se habían visto alteradas como consecuencia de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y, posteriormente, profundizar en aquella que tuviese un mayor interés.

Al aproximarme a este fenómeno por vez primera, concluí que la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria había tenido tres consecuencias fundamentales para el Derecho Constitucional. En primer lugar, la consagración de la *golden rule* habría tenido un impacto en el principio democrático, al constreñir la capacidad decisoria de los Estados. Por otro lado, habría impactado en el Estado social, al reducir potencialmente la dimensión que podían adquirir los derechos prestacionales ofertados por los poderes públicos. Por último, la introducción de reglas tendentes a dificultar el endeudamiento público, habría repercutido en el principio de autonomía en aquellos Estados que, como España, cuentan con una estructura descentralizada.

Sin embargo, cuando comencé a estudiar con mayor profundidad la cuestión, y tras las primeras lecturas, concluí que el impacto que la disciplina fiscal tenía en el principio democrático, y también en el Estado social, era, a lo sumo, mediato.

En efecto, no hay que olvidar que -en relación al principio democrático- toda deuda, a fin de cuentas, restringe la libertad del Estado para determinar su futuro. Rubio Llorente sintetizó esta posición brillantemente al recordar que los Estados endeudados pasan a servir a dos señores diferentes y con intereses contrapuestos: al pueblo del Estado y al pueblo del Mercado -cuya voluntad, además, es normalmente el que se termina imponiendo-.

Por otro lado, en relación al Estado social, la doctrina (Sala, Tajadura, Bastida, Esteve Pardo) ya había evidenciado que el reconocimiento constitucional del principio de estabilidad no entrañaba, *per se*, la negación de los derechos de carácter prestacional. No podemos olvidar que el equilibrio entre ingresos y gastos que prescribe el principio de estabilidad presupuestaria puede alcanzarse por la vía de los gastos, pero también por la de los ingresos. Y por ello la observancia de este principio no tiene necesariamente un impacto en la extensión y calidad de los derechos sociales. Estabilidad, cabría sintetizar, no es un sinónimo de austeridad.

En consecuencia, el efecto más nítido que parecía haber tenido para el Derecho Constitucional la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, era su impacto en la división vertical del poder. Una consideración que permitió acotar y definir mejor el objeto de estudio del trabajo que aquí presento.

Teniendo ello en consideración, la pregunta de investigación a la que quise dar respuesta en mi tesis doctoral fue: ¿en qué aspectos la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas se ha visto redefinida como consecuencia de la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria? Y, con la finalidad de despejar estos interrogantes, estructuré el trabajo en 6 Capítulos, de los cuales señalaré algunos de sus aspectos más relevantes.

II. UNA SÍNTESIS DE LA TESIS

El trabajo doctoral que presenté en diciembre de 2018, ante un tribunal conformado por los profesores García Roca, Tajadura Tejada y Sáenz Royo, arranca de la primera experiencia constitucional que reconoció el principio de estabilidad presupuestaria, que no es otra que la vivida en los estados federados de EE.UU. A finales de la primera mitad del S. XIX. Concretamente a partir del año 1840, cuando muchos estados que habían acometido inversiones muy arriesgadas, entraron técnicamente en quiebra.

Posteriormente, pero todavía dentro del primer capítulo de la tesis, se analiza el sistema suizo de disciplina fiscal y, por último, las líneas maestras del

modelo de disciplina fiscal que ha sido desarrollado en el contexto europeo, y que comprende el sistema de disciplina fiscal de la UE, de Alemania, de España y de Italia.

Una primera conclusión que se extrae de este capítulo 1 es que, en un contexto de crisis económica, en los Estados descentralizados se aprecian dos dinámicas jurídico-constitucionales distintas, que conviene distinguir con nitidez, aunque en ocasiones se solapan y confunden.

Por un lado, las situaciones económicas convulsas refuerzan los poderes de la Federación, especialmente como consecuencia de la articulación de sistemas extraordinarios de financiación por parte del centro que persiguen evitar la quiebra de la periferia. Por otro lado, en contextos económicos críticos, es habitual, para intentar capear el temporal, constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria y, en su desarrollo, diseñar férreos sistemas de disciplina fiscal.

En EEUU estos dos efectos tuvieron lugar en dos momentos históricos diferentes y, también, y es lo fundamental, en el marco de dos dinámicas antagónicas del fenómeno federal.

La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria tuvo lugar en un escenario de federalismo dual, con los federalistas languideciendo como movimiento político y con una Federación que, en aquel instante, carecía de un Banco Central para monetizar la deuda. En un contexto de estas características, la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria fue la respuesta que los propios estados federados dieron para evitar que una situación de quiebra se produjera en el futuro. Sin embargo, la articulación de sistemas extraordinarios de financiación por parte del centro no tuvo lugar hasta la década de los 30 del S. XX, cuando se articuló el *New Deal* de Roosvelt en un contexto de federalismo cooperativo.

En el ámbito europeo, y en concreto en el español, ambas dinámicas -la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y la articulación de mecanismos extraordinarios de financiación- se solapan en el tiempo, pero como se apuntaba, conviene analizar ambos fenómenos de manera separada.

Con la voluntad de evidenciar las diferencias entre estos dos planos, el Capítulo 1 analiza, en primer lugar, los rasgos más característicos de los sistemas de auxilio financiero diseñados por el centro en EEUU, UE, España y Alemania. Y la conclusión a la que llegué fue que resultaba difícil encontrar parámetros que permitiesen afirman la existencia de un modelo de rescate europeo y, frente al mismo, un modelo de rescate estadounidense.

Conviene advertir, en todo caso, que el término "rescate" lo utilicé en sentido amplio, porque formalmente todo ordenamiento suele negar su existencia, aunque articule figuras muy similares que, *de facto*, lo terminan por permitir.

En el trabajo se da cuenta de la dificultad que entraña encontrar paralelismos entre los diferentes sistemas de rescate articulados en los Estados a los que me he referido. Y de su análisis cabe apreciar que los sistemas previstos en EEUU, UE y España están sujetos a una estricta condicionalidad, mientras que en Alemania dicha condicionalidad es muy débil. En Alemania y en la UE, el resto de los entes subcentrales participan en el rescate, mientras que no lo hacen en EEUU y España, donde es el centro en solitario el que financia la ayuda. En España, al igual que en la UE, los entes rescatados deben reintegrar las ayudas, mientras que dicha restitución no está prevista en Alemania y EEUU. Por último, y aunque con diferente nivel de intensidad, la Reserva Federal y el BCE pueden articular una política monetaria expansiva. Pero no cabe duda de que ni el *Bundesbank* ni el Banco de España son competentes para ello.

En definitiva, lo que quise evidenciar en la tesis fue que ninguno de los sistemas analizados compartía con otro más de dos de los parámetros observados. Lo que me permitió descartar que existiese una correlación fuerte entre algunos de estos sistemas y, por ende, pude concluir que ninguno de ellos respondía a una misma lógica.

Sin embargo, la conclusión fue bien distinta al estudiar los sistemas de disciplina fiscal que se desarrollan para garantizar la observancia del principio de estabilidad presupuestaria. De hecho, tras analizar tres parámetros, llegué a la conclusión de que existían dos grandes modelos de disciplina fiscal: el europeo y el estadounidense.

El modelo estadounidense se caracteriza, en primer lugar, por no contemplar una regla de oro a nivel federal. El último intento -frustrado- de enmendar la Constitución de 1787 para consagrar el principio de estabilidad presupuestaria tuvo lugar en 2016, pero fracasó.

En segundo lugar, el modelo estadounidense se caracteriza por haber tenido lugar la constitucionalización de la regla de oro a nivel subcentral a iniciativa propia de los estados federados. En efecto, como ya se ha dicho, a mediados del XIX la Federación se negó a rescatar a los estados federados, y éstos constitucionalizaron a iniciativa propia el principio de estabilidad presupuestaria con la finalidad de evitar quiebras futuras.

El tercer y último elemento que caracteriza el modelo estadounidense es que, en el mismo, los entes subcentrales carecen de capacidad para desarrollar políticas contra-cíclicas, ya que éstos, si bien por voluntad propia, no pueden incurrir en déficits de carácter nominal. Las consecuencias más nocivas de esta última cuestión -también conviene señalarlo- se ven mitigadas, precisamente, por el primer rasgo característico de este modelo: a saber, por no haber sido constitucionalizada una regla de oro a nivel federal y, de este modo, en épocas económicamente adversas el centro tiene la capacidad de articular una política económica expansiva que compensa la reducción del gasto a nivel subcentral.

El antagonista de este modelo es el europeo, observado en los ordenamientos de la UE, Alemania, España y, con matices, en Italia. El mismo se caracteriza, para comenzar, porque en el mismo queda constitucionalizada una regla de oro a nivel federal; de manera que el propio poder central queda compelido a respetar el principio de estabilidad presupuestaria.

Para continuar, es propio del modelo europeo el hecho de que ha sido el centro el que ha impuesto a la periferia la constitucionalización de la regla de oro a nivel subcentral. Es decir, en el modelo europeo no han sido los entes subcentrales los que, voluntariamente, han decidido incorporar a su ordenamiento este principio.

Y en el modelo europeo, por último, los entes subcentrales tienen capacidad para desarrollar, al menos formalmente, políticas económicas de carácter contra-cíclico. Ya que, dejando al margen el caso italiano, que se desarrolla en un contexto íntegramente regional, el principio de estabilidad presupuestaria para la periferia queda definido en términos de déficit estructural.

Junto al modelo europeo y el estadounidense, destaca el modelo suizo de disciplina fiscal que 1) cuenta con una regla de oro a nivel federal (modelo europeo), 2) el sujeto impulsor de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria a nivel subcentral fue la propia periferia (modelo estadounidense) y 3) los entes subcentrales tienen en Suiza capacidad para desarrollar políticas económicas de carácter contra-cíclico (modelo europeo).

Dejando el sistema suizo al margen, que constituye un sistema híbrido, quiero destacar que, dentro del modelo europeo de disciplina fiscal, también existen algunas diferencias dignas de análisis entre los sistemas que lo integran. Y, si bien no tienen la entidad suficiente como para eclipsar el sustrato común que comparten, su análisis resulta de gran interés, ya que facilita comparar la intensidad de la dinámica centrípeta que se ha desencadenado en cada uno de los sistemas del modelo europeo.

Las diferencias entre los sistemas integrados en el modelo europeo de disciplina fiscal giran en torno a los siguientes puntos. Para comenzar, debe hacerse mención al espacio que se deja en cada uno de ellos a la normativa constitucional –o estatutaria- subcentral a la hora de regular el sistema de disciplina fiscal de la periferia. En segundo lugar, la capacidad de intervención del centro durante la fase de elaboración presupuestaria de la periferia no es siempre de la misma intensidad. Por último, no todos estos sistemas de disciplina fiscal regulan un momento represivo para los supuestos de incumplimiento subcentral.

***

En el Capítulo 2 de la tesis fueron analizados estos 3 elementos de discordia en los sistemas de disciplina fiscal de la UE, Alemania e Italia. Y en los Capítulos 3, 4 y 5 de la tesis, se analizan estos tres elementos respecto al sistema español.

Las principales conclusiones que extraje de este análisis son las siguientes. En lo que respecta al sistema de disciplina fiscal alemán, cabe afirmar que el mismo es el paradigma de la tutela de los intereses de los entes subcentrales. Para comenzar, deja un amplio espacio a la capacidad normativa de los *Länder* a la hora de regular su sistema de disciplina fiscal

En segundo lugar, y creo que es de suma importancia, el centro carece de capacidad para intervenir durante la fase de elaboración presupuestaria de los *Länder*. Es decir, aunque se supervisa el déficit estructural de los estados federados, no existe un control del déficit nominal que, año a año, presupuestan los entes subcentrales. Por ello, en Alemania, las entidades federadas tienen una capacidad real para desarrollar políticas económicas de carácter contra-cíclico. Y en esto el sistema alemán se separa, por supuesto, del sistema regional italiano, pero también de los sistemas de disciplina fiscal de la UE y de España, donde el poder que se otorga al centro para supervisar la fase de elaboración presupuestaria subcentral, convierte en ocasiones en retórica la capacidad que tiene la periferia para desarrollar políticas económicas contra-cíclicas.

El tercer y último elemento que caracteriza al sistema alemán, es la ausencia de un momento represivo para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones presupuestarias. Más allá, evidentemente, del recurso, llegado el momento, a la figura de la coerción estatal prevista en el art. 37 GG.

En definitiva, el sistema alemán se caracteriza por encontrar un prudente equilibrio entre los dos principios que caracterizan un Estado descentralizado: autonomía, sí, pero también unidad. Y en la búsqueda de este equilibrio, el refuerzo del principio de unidad no ha tenido lugar mediante una solución centralizada (federalismo centralizado), sino de manera cooperativa, a través del Consejo de Estabilidad, que, como es sabido, es un órgano del Estado en su conjunto, de composición mixta centro-periferia, al que se encomienda la supervisión de todas las entidades alemanas. Y todas en pie de igualdad: también el propio *Bund*, que se somete en los mismos términos que los *Länder* a la supervisión de este órgano.

En cuanto al sistema de disciplina fiscal de la UE, al menos del vigente en la actualidad, porque no es descartable que sea modificado en fechas próximas, cabe señalar para comenzar, y es interesante detenerse en ello, que impone la incorporación a nivel estatal del principio de estabilidad presupuestaria en una norma "preferentemente" constitucional. Al TJUE corresponde controlar la constitucionalización de este principio, cabiendo, en última instancia, la imposición de sanciones en caso de incumplimiento. Una posibilidad que, en la práctica, puede terminar por socavar la noción de soberanía como poder incondicionado frente al exterior.

Volviendo a nuestro marco de análisis, el sistema europeo otorga un amplio margen a las Constituciones nacionales para configurar elementos esenciales del sistema de disciplina fiscal. Es decir, el sistema impone la constitucionalización

del principio de estabilidad presupuestaria pero, simultáneamente, deja a la libre decisión de los Estados su desarrollo. Existiendo en este punto un paralelismo claro con el sistema alemán.

En segundo lugar, respecto a la capacidad que tiene el centro para incidir durante la fase de elaboración presupuestaria de la periferia, la UE ha diseñado un sistema que, en potencia, puede ser muy agresivo con la soberanía estatal. Especialmente durante el conocido como "otoño europeo".

El sistema de la UE es especialmente ambiguo a la hora de regular las facultades que tienen las instituciones europeas durante la fase de elaboración presupuestaria estatal. Y, por ello, la magnitud de la intromisión del centro, solo dependerá de la interpretación que las instituciones realicen de las facultades conferidas por la norma. En principio, nada impediría al centro ir más allá de la supervisión del déficit nominal en el que incurren, año a año, los Estados miembros de la eurozona, y recomendar la modificación de partidas presupuestarias concretas.

Por ahora, el único límite aparentemente indiscutible es la imposibilidad de aplicar un momento represivo en el caso de que un Estado miembro desatienda las recomendaciones formuladas en el marco del otoño europeo. No obstante, como bien se recordará, en la primera prueba de fuerza a la que fue sometido este sistema (que tuvo lugar en noviembre de 2018, con el caso del plan presupuestario italiano), la Comisión no tuvo reparo en amenazar con recurrir a otros instrumentos del sistema de disciplina fiscal europeo para lograr el cumplimiento del país transalpino.

En todo caso, sí que quiero señalar que el simple control del déficit nominal por parte del centro, comporta una limitación efectiva al ámbito de decisión estatal, al condicionar, indudablemente, la magnitud de las políticas contra-cíclicas que pueden desarrollar los Estados. Y en el ámbito europeo, esta opción es especialmente desaconsejable porque, a diferencia de lo que ocurre en EEUU, el artículo 310 TFUE impide a la UE desarrollar autónomamente una política económica expansiva durante las fases recesivas del ciclo, y rellenar el espacio que dejan los Estados al reducir su nivel de gasto.

Por último, y dejando al margen el caso del "otoño europeo", el sistema europeo ha previsto un complejo sistema represivo que permite, en la práctica, la sustitución de la voluntad estatal en aquellos supuestos en los que un Estado miembro no dé adecuado cumplimiento a las decisiones que las instituciones europeas le formulen. Todo ello sin recurrir a una figura semejante a la coerción federal, inexistente en el ordenamiento de la Unión.

El sistema de disciplina fiscal de la UE, en definitiva, peca en ocasiones por exceso –al ser altamente intrusivo, al menos en potencia, con la soberanía de los Estados- y en otras por defecto –por no dotar al centro de la capacidad suficiente para hacer frente, por sí mismo, a los desafíos económicos y presupuestarios que

acontezcan-. Y por ello, como señalábamos antes, no es descartable la modificación próxima del sistema.

Por último, y brevemente, en Italia el sistema de disciplina fiscal se caracteriza por 1) ser regulado por completo a nivel central y no dejar espacio normativo a las regiones, 2) proscribir directamente el déficit nominal a nivel subcentral, e impedir, consecuentemente, la aplicación de políticas económicas de carácter contra-cíclico por parte de la periferia y 3) prever un momento represivo que faculta al centro para sustituir la voluntad subcentral, sin necesidad de recurrir al instituto equivalente a la coerción estatal.

El estudio de todos estos sistemas -el de la UE, el alemán y el italiano- parece situarnos en una posición más ventajosa para evaluar, en los Capítulos 3, 4 y 5, la intensidad con la que la constitucionalización del principio de estabilidad ha repercutido en nuestro Estado autonómico.

***

El Capítulo 3 comienza recorriendo las vicisitudes que, en clave diacrónica, ha sufrido el principio de estabilidad presupuestaria en España: su regulación constitucional muy endeble, casi anecdótica, a lo largo del XIX, su regulación legal a partir del año 2001 y su constitucionalización en 2011; deteniéndose la narración, especialmente, en la coyuntura económica que antecede a la reforma, y en la gestación política de ésta.

De tal análisis se evidencia que la premura con la que fue tramitada la reforma, además de ser un ejemplo inmejorable de cómo no debe ser tramitada una reforma constitucional, impidió diseñar con sosiego las líneas maestras de nuestro sistema de disciplina fiscal. Especialmente de aquellos aspectos con una clara repercusión territorial.

A continuación, la tesis señala los principales problemas que presenta el artículo 135 CE desde un punto de vista técnico-jurídico. Así como su norma de desarrollo, la LOEPSF (Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). Y, para ello, se adopta como marco de referencia los tres parámetros a los que nos venimos refiriendo. A saber, 1) el espacio que se deja a los EEAA para diseñar los sistemas autonómicos de disciplina fiscal, 2) la capacidad de intervención del Estado durante la fase de elaboración presupuestaria y 3) las características del sistema represivo.

De este análisis extraje, en primer lugar, que el sistema español de disciplina fiscal no deja prácticamente espacio a la normativa autonómica para desarrollar el principio de estabilidad presupuestaria. Por ello, las disposiciones estatutarias que lo contemplan son, sin lugar a dudas, meramente retóricas y carentes de contenido jurídico.

En concreto, el sistema español de disciplina fiscal, a diferencia del alemán, cierra el paso a la regulación subcentral de diversos aspectos. Para comenzar por lo más básico, a nivel autonómico, el principio de legalidad en materia de deuda pública, aunque es reconocido por multitud de Estatutos, carece de virtualidad práctica; pues desde 2011, el artículo 135.3 CE contempla esta cuestión para todas las AAPP, incluidas las CCAA.

En segundo lugar, tampoco cabe a nivel estatutario la regulación de un procedimiento que permita superar en situaciones extraordinarias el límite de déficit. Y ello a pesar de que, cuando estas situaciones se manifiestan a través de catástrofes naturales, tienen un notorio componente territorial (incendios en Galicia, sequía en Levante o las inundaciones, esporádicas pero devastadoras, en el valle medio del Ebro). Consecuentemente, y en tercer lugar, se cierra el paso a la regulación autonómica del conocido como deber de retorno.

Y en cuarto y último lugar, queda vedada la regulación a nivel autonómico de elementos instrumentales que faciliten el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: por ejemplo, la regulación de una regla de gasto o la imposición de destinar los ingresos extraordinarios a la amortización de deuda. Dos cuestiones reguladas en los arts. 12 y 32 de la norma estatal de estabilidad. Prácticamente el único aspecto en el que las CCAA tienen capacidad para determinar algún elemento del sistema de disciplina fiscal es en la concreción de su fondo de contingencia, debido a que la normativa estatal se limita a prever su existencia, pero sin determinar su cuantía (art. 31 LOEPSF).

En lo que respecta al margen de actuación que deja el sistema de disciplina fiscal al centro durante la fase de elaboración presupuestaria de la periferia, en el caso español, cabe concluir que dicho margen es muy generoso. Ciertamente, a diferencia del sistema italiano, el sistema español permite formalmente a las CCAA incurrir en déficit nominal. Pero nuestro sistema, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, no se limita a contrastar que dicho déficit nominal es compatible con un déficit estructural nulo, sino que prevé que el centro reparta anualmente el déficit nominal en el que pueden incurrir las CCAA.

Es decir, nuestro sistema no impide, como ocurre en Italia, que los entes subcentrales desarrollen políticas económicas de carácter contra-cíclico, pero sí que limita sustancialmente esta posibilidad al corresponder al centro, en definitiva, determinar la magnitud de dichas políticas. En este punto, el sistema español es similar al que se está fraguando en el ámbito de la UE. Si bien el sistema español está mucho mejor definido que el europeo, lo cual tiene, para los intereses de los entes subcentrales, ventajas e inconvenientes. Como inconveniente cabe destacar la certeza de que el montante de déficit nominal en el que pueda incurrir la periferia será determinado año a año por el centro. Como contrapartida, en España existe igualmente la seguridad de que la intromisión en su autonomía financiera está limitada a la determinación de dicho montante, pues no cabe a nivel interno la “recomendación” de retocar concretas partidas

presupuestarias. Siempre y cuando, claro, esa CA no sea beneficiaria de un sistema extraordinario de financiación.

En definitiva, LOEPSF atribuye al Estado la facultad de distribuir anualmente el montante de déficit nominal en el que puede incurrir cada Comunidad Autónoma. Cuestión que es abordada por los artículos 15 y 16 LOEPSF. Este es uno de los puntos más controvertidos de nuestro sistema de disciplina fiscal, y por ello la tesis se detiene especialmente en su estudio. Y propone dos modificaciones en nuestro actual sistema, una de máximos y otra más posibilista.

En primer lugar, parece que el sistema previsto en los artículos 15 y 16 LOEPSF solo debería activarse en aquellos supuestos en los que España se encuentre incursa por mandato europeo en un Procedimiento de Déficit Excesivo. En este contexto, el control de déficit nominal está plenamente justificado. Por el contrario, en una situación económica ordinaria, como ocurre en Alemania, el centro debería limitarse a supervisar el déficit estructural subcentral. En este mismo sentido se pronunció –en relación al sistema de disciplina fiscal de la UE- el primer presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el señor Escrivá, en sede parlamentaria.

Conscientes de que esta propuesta es arriesgada, porque constituye un verdadero cambio de paradigma en nuestro sistema, la tesis también contempla la posibilidad de acometer simplemente una mejor regulación de los artículos 15 y 16 LOEPSF, sin alterar los pilares del modelo.

En relación al artículo 15 LOEPSF se propone como modificación deslindar la aprobación del límite de gasto no financiero de la de los objetivos de estabilidad y deuda.

La aprobación del límite de gasto no financiero, que debería seguir correspondiendo a las Cortes Generales, tendría que incluirse, expresamente, en la función de control parlamentaria, tal y como ha defendido, desde fechas tempranas, el profesor García Roca. La aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria, creo, debería corresponder al Consejo de Política Fiscal y Financiera, que se pronunciaría sobre los mismos de manera vinculante; con las siguientes precauciones: Para comenzar, debería articularse un sistema de votación diferente en el seno de este órgano multilateral, que exigiese una mayoría reforzada para la adopción de acuerdos. Pero, además, debería articularse una solución residual más nociva para todas las partes, a los efectos de fomentar el acuerdo (en la tesis se propone, por ejemplo, que de no alcanzarse el acuerdo todas las partes tengan la obligación de elaborar sus presupuestos con un déficit nominal nulo).

En relación al artículo 16 LOEPSF, los hacendistas han propuesto reformarlo en dos sentidos diferente. Por un lado, el profesor López Laborda se posicionó a favor de que el reparto entre CCAA de los objetivos de estabilidad se produjese, también, en el CPFF. Fernández Llera, por el contrario, se ha pronunciado a favor

de que fuese en la LOEPSF donde quedasen establecidos los criterios para acometer dicho reparto (que será, por definición, asimétrico).

En mi opinión, la propuesta de Fernández Llera resulta más atractiva, no solo por razones de fondo, en las que no me puedo detener ahora, sino también de forma. Y es que acometer el reparto directamente en la LOEPSF, facilitaría enormemente, desde un punto de vista técnico-jurídico, acometer el control de constitucionalidad de las leyes autonómicas de presupuestos que incumplan los objetivos contemplados en una norma conformadora del bloque de constitucionalidad.

En cualquier caso, conviene valorar muy positivamente del modelo en vigor, el hecho de que se encomienda a una autoridad independiente, la AIReF, la supervisión anual de los proyectos de leyes de presupuestos. En efecto, el sistema español es de nuevo aquí más tuitivo con la autonomía financiera de sus CC.AA. de lo que lo es, al menos en potencia, el sistema de la UE, donde el plan presupuestario de los EEMM de la eurozona es supervisado por la Comisión, un órgano indiscutiblemente político.

En última instancia, en cuanto a las características del momento represivo del sistema español, podemos destacar dos cuestiones. En lo que a esto respecta, la primera característica reseñable del sistema español de disciplina fiscal es que el momento represivo lo desencadena, o bien el incumplimiento de los objetivos de déficit nominal y deuda pública -de manera similar a lo que ocurre a nivel UE, y a diferencia de Alemania- o bien, y esto es algo propio de nuestro sistema que no cuenta con equivalente a nivel comparado, el quebrantamiento de dos supuestos de hecho adicionales. Me refiero al incumplimiento de una regla de gasto y a la superación de un determinado "periodo medio de pago a proveedores", que el legislador ha considerado el mejor indicador del nivel de deuda comercial de una Administración.

Sintetizando las conclusiones alcanzadas, podemos decir que, en cuanto a la regla de gasto, aunque considero más pertinente que estuviese expresamente prevista en la CE, no creo que su introducción en el sistema de disciplina fiscal comporte especiales problemas de constitucionalidad. Máxime, cuando el TC ya ha admitido, con base en el artículo 149.1 13º CE, que es constitucional la imposición de límites a partidas de gasto autonómico concretas y, también, a la diferencia entre ingresos y gastos de una CA. Si a ello sumamos la flexibilidad con la que el TC ha tendido a interpretar este título competencial, no se atisba ninguna cortapisa sólida para negar al Estado la capacidad de limitar el gasto agregado de una CA.

Respecto a la deuda comercial, es cierto que, *de iure*, no implica un aumento de los recursos públicos, pero también lo es que, *de facto*, se convirtió en los años más duros de la crisis en un cauce alternativo para soslayar los objetivos de déficit. En consecuencia, considero que el control de la deuda comercial es conforme a la Constitución, pero que su regulación no debería quedar sujeta a LO –con la salvedad, ciertamente, del sistema triangular de compensación contemplado en

el art. 20.6 LOEPSF, que podría regularse en una DA de la LOFCA, como ya sucede respecto a mecanismos de estas características previstos para otros ámbitos-. En todo caso, este mecanismo de compensación triangular no creo que comporte una sustitución de la voluntad autonómica, que sería inconstitucional, porque la autonomía financiera de las CCAA debe ser entendida como una autonomía para el gasto, no una autonomía para decidir voluntariamente el pago de un gasto ya contraído autónomamente.

Por lo tanto, las dudas de constitucionalidad que suscita el sistema represivo diseñado si se incumplen estos dos instrumentos adicionales de disciplina fiscal -regla de gasto y deuda comercial-, no son mayores que las que levantan el incumplimiento de los objetivos de déficit nominal y deuda pública.

Sin embargo, el verdadero problema de nuestro sistema de disciplina fiscal es que, y esta es la segunda cuestión sobre la que me voy a centrar, el momento represivo diseñado por la LOEPSF para los supuestos de incumplimiento, para todos supuestos de incumplimiento, plantea notables problemas de constitucionalidad. Especialmente, porque ha diseñado un sistema que vacía de contenido el artículo 155 CE.

En efecto, el componente represivo diseñado por la LOEPSF permite la adopción de un elenco de medidas que la doctrina tradicionalmente entendía que solo tenían cabida al amparo de la coerción estatal. Por ejemplo, el establecimiento de medidas de compulsión económica -a saber, la imposición de una multa-, la suspensión de la cesión de tributos o la adjunción de un delegado estatal con poderes de vigilancia y veto -es decir, el envío de los conocidos como hombres de negro del ministerio-. Por ello, considero, que el artículo 25 LOEPSF ha normalizado medidas o modalidades de control propias de la coerción estatal *ex* artículo 155 CE.

Y aunque la LOEPSF, formalmente, sigue remitiendo al instituto de la coerción estatal, en el artículo 26, como medida de *ultima ratio*, socava en la práctica esta institución, al permitir la implementación de medidas que constituyen un trasunto de la coerción estatal, pero sin la intervención del órgano constitucionalmente previsto, y sin el procedimiento y las garantías características de la auténtica coerción estatal.

Para finalizar el Capítulo 5 consideré pertinente analizar el modo en el que había sido aplicado el momento represivo de la LOEPSF. Y, en este sentido, identifiqué 3 fases diferentes. En un primer instante, aunque el momento represivo estaba formalmente en la norma, las medidas contempladas en ella no eran efectivamente aplicadas. Y la LOEPSF era en este punto un mero brindis al sol. Una segunda fase se aprecia tras las elecciones de mayo de 2015, en el que las medidas de la LOEPSF fueron instrumentalizadas políticamente para sancionar a los gobiernos autonómicos de diferente signo político al del gobierno central. Fue el caso de las Comunidades Autónomas de Aragón, Extremadura o la Comunidad Valenciana,

en las que se conformó un gobierno socialista tras dichos comicios. Por último, ha tenido lugar un tercer momento a partir de marzo de 2016 gracias a la insistencia de las autoridades europeas. Y el mismo se caracteriza porque la LOEPSF ha adquirido, definitivamente, verdadera fuerza normativa y es aplicada para sancionar a todos los incumplidores.

En esta fase es en la que nos encontramos, y creo que para el constitucionalismo es una excelente noticia que una norma integrada en el bloque de constitucionalidad tenga verdadera eficacia normativa. Pues, si bien la norma en cuestión admite críticas -como he tratado de evidenciar-, solo cuando ha sido aplicada de manera incondicionada, se ha evitado que sus disposiciones solo perjudiquen a los actores políticos más débiles.

***

La tesis doctoral concluye con una propuesta de *lege ferenda* sobre el artículo 135 CE, que pretende superar los principales problemas jurídico-constitucionales identificados en los capítulos precedentes. Asimismo, la reforma de esta disposición puede constituir una buena oportunidad para tener el debate eludido en 2011 sobre los instrumentos de disciplina fiscal, hacer más comprensible el sistema y reconciliar a la opinión pública con el mismo.

En este sentido, en primer lugar, parece pertinente acometer una clara diferenciación a nivel constitucional entre los conceptos de "estabilidad presupuestaria" y "sostenibilidad financiera". La sostenibilidad financiera es el fin último de todo sistema de disciplina fiscal y está vinculada al nivel de endeudamiento del Estado. La estabilidad presupuestaria, cuando queda definida en términos de déficit estructural, es el medio para conseguirlo.

En segundo lugar, sería interesante diseñar con rango constitucional un modelo que, en una situación económica ordinaria, gire exclusivamente en torno al control del déficit estructural –semejante al sistema alemán actual-, y que permita una intervención por parte del centro en situaciones presupuestarias críticas.

En cualquier caso, sí que sería necesario reconocer con anclaje constitucional de, al menos, tres cuestiones. Para comenzar, de una regla de gasto, cuya entrada en vigor, además, no debería tener lugar durante la fase recesiva del ciclo económico, en la que los poderes públicos se ven en la obligación de reducir significativamente su nivel de gasto. En segundo lugar, en un escenario de constitucionalismo multinivel, debería remitirse directamente a la metodología empleada por la Comisión Europea para calcular el componente cíclico del déficit estructural. En tercer lugar, considero imprescindible la regulación constitucional de un sistema represivo por diversos motivos en los que merece la pena detenerse con mayor detalle.

Para comenzar, la constitucionalización del momento represivo resulta necesaria porque desde Kelsen sabemos que el Derecho quiebra cuando se basa en el axioma "debes si quieres", y el establecimiento de obligaciones jurídicas para las Administraciones Públicas debe ir acompañado de la previsión de instrumentos para garantizar su cumplimiento.

Además, la constitucionalización de este momento represivo creo que debe acometerse porque el cumplimiento de las obligaciones presupuestarias no se puede fiar, en exclusiva, a la institución de la coerción estatal. Por un lado, porque seguiríamos considerando -erróneamente- que el incumplimiento de las obligaciones presupuestarias solo podría tener lugar por parte de la periferia, y nunca por parte del centro. Por otro lado, y creo que es lo principal, parece que el instituto de la coerción estatal debería seguir constituyendo un instrumento de última ratio, que sirviese para dar respuesta a agresiones al Estado constitucional de Derecho de una entidad infinitamente superior a la presupuestaria.

III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVA

Si tuviéramos que recapitular, en unas pocas líneas, lo hasta aquí dicho, cabría afirmar, como punto de partida, que el sistema de disciplina fiscal español, incluido en el marco europeo de modelos de disciplina fiscal, se asemeja mucho más al regional italiano que al federal alemán. Es decir, el sistema autonómico, si bien situado a medio camino entre el regionalismo italiano y el federalismo alemán, ha sufrido una regionalización como consecuencia de la implementación del sistema de disciplina fiscal.

En todo caso, buena parte de esta dinámica viene provocada por disposiciones de rango legal, no constitucional. La reforma del artículo 135 CE es, posiblemente, más criticable desde un punto de vista formal que sustantivo. Es decir, por cómo se tramitó la reforma más que por lo que se introdujo. Si bien, pese a ello, creo que sería recomendable una reforma de esta disposición, sin prisa, pero sin pausa, para reconciliar a la sociedad pública con las reglas fiscales: porque la viabilidad en el medio y largo plazo del Estado del bienestar pasa muy posiblemente porque seamos capaces de controlar los desequilibrios en el presupuesto.

En este momento puse, en su día, punto y final a mi investigación doctoral, en la que traté de estudiar la dimensión más gris de la autonomía financiera de las CCAA. A saber, la del gasto. No obstante, como es sabido, junto a la del gasto, la autonomía financiera subcentral tiene una segunda vertiente, quizás mucho más sugestiva desde el punto de vista político: la del ingreso.

Es por ello que, en los años posteriores a la defensa de mi trabajo doctoral, he orientado mis esfuerzos en profundizar en el diseño constitucional del sistema de financiación subcentral, es decir, en la vertiente de los ingresos del principio de autonomía financiera. Durante estos meses, que ya empiezan a poder contarse

en años, he comprobado que ambas vertientes están íntimamente relacionadas, y que las reformas acometidas en una de ellas se ven condicionadas, indudablemente, por la regulación vigente en la otra. La profundización de la corresponsabilidad fiscal subcentral, demandada tradicionalmente por la doctrina como forma de evitar las alegrías presupuestarias periféricas, puede no ser tan apremiante en un contexto en el que se encuentra en vigor un férreo sistema de disciplina fiscal. Y por ello, quizás, una de las principales ventajas del sistema de estabilidad presupuestaria español, no apuntada en la tesis doctoral, es que su mantenimiento puede dejar margen para diseñar un nuevo sistema de financiación autonómico que pivote en torno al principio de solidaridad.

Integración territorial y sistema federal: el modelo federal canadiense y la secesión de Quebec*

Francisco Javier Romero Caro

Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco

* The present chapter is financed in the framework of the funding scheme "Seal of Excellence" of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen – South Tyrol, project DATE.

SUMARIO:

I. Introducción
II. Síntesis de la tesis
III. Conclusiones
IV. Nuevos horizontes.

NOTA BIOGRÁFICA:

Francisco Javier Romero es licenciado en Derecho y ADE por la UC3M. Doctor *Cum Laude* en Derecho por la Universidad del País Vasco tras cursar el Máster Universitario en Derecho Constitucional del CEPC, actualmente es Investigador Senior en el Instituto de Federalismo Comparado de EURAC Research. Sus principales líneas de investigación versan sobre la distribución territorial del poder en sistemas multinivel (con especial atención a los estados federales) y el fenómeno de la secesión. Ganador del XVII Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial, ha sido profesor de Derecho en la Universidad de Nebrija e investigador FPI y postdoctoral en la Universidad del País Vasco, realizando estancias de investigación en la Universidad de Ottawa, el CEPC, el Max Planck y la UNED.

I. INTRODUCCIÓN

En los albores del verano de 2014, una vez completado el Máster Universitario en Derecho Constitucional que cursé en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, me encontraba ante la encrucijada a la que se enfrenta todo estudiante al fin de su etapa universitaria. ¿Qué camino tomar? Una decisión difícil que, sin duda, condicionaría mi futuro tanto en el corto como en el medio (y quién sabe si en el largo) plazo. Tras no pocas dudas, me decidí por la carrera académica, embarcándome en el largo y arduo viaje que supone elaborar una tesis doctoral.

La primera tarea pasaba por elegir un tema y un director, decisiones que suelen ir unidas. En lo referente al tema, desde mis inicios en la Universidad tuve gran interés por el Derecho Constitucional y, en particular, por la distribución territorial del poder en aquellos estados compuestos en los que hay pulsiones secesionistas. Si a ello le sumamos que Escocia iba a celebrar un referéndum acerca de su posible independencia en pocos meses, la cuestión no podía estar más candente. Con estos mimbres y tras el gentil ofrecimiento del Profesor Alberto López Basaguren para dirigir mi proyecto de tesis comencé mi andadura predoctoral en la Universidad del País Vasco. Cualquier comienzo es difícil y quizá, más aún, el de una tesis doctoral. Es una empresa que uno se plantea a largo plazo, por lo

que corre tanto el riesgo de dejarse llevar en los primeros compases, pensando que llegado el momento cogerá velocidad, como de caer en la frustración de ver que la nave no avanza y que la zanja en la que ha quedado encallada es cada vez más profunda. En mi caso, los primeros meses los dediqué a leer cualquier cosa que cayera en mis manos relacionada, incluso tangencialmente, con el que tema que pretendía estudiar. Gracias a ello, no solo descubrí realidades desconocidas y desterré algunas ideas erróneamente preconcebidas, sino que fui progresivamente dándome cuenta de que mi "tema" -inicialmente una comparación entre los procesos secesionistas en Quebec y Escocia- realmente era un "macrotema" que debía ser recortado, matizado, perfilado y centrado con el fin de poder realizar la investigación. Finalmente, y con los habituales reparos que todo estudiante de doctorado tiene a la hora de variar su idea inicial, llegué a la conclusión de que la experiencia canadiense era suficientemente rica como para justificar un estudio pormenorizado de un solo caso, postergando, como resultado, el análisis de la experiencia escocesa o de cualquier otro estudio de derecho comparado a trabajos posteriores a la tesis.

Una vez centrado el tema, llegó el momento de ponerse en marcha y comenzar a escribir, todavía sin mucho orden, pues tal como nos recordaba aquella frase de Antonio Machado grabada en azulejos en la fachada de mi colegio "se hace camino al andar". Con el objetivo de sentar las primeras bases, me incliné por comenzar el estudio por aquello que consideré me podía resultar más familiar o sencillo: el sistema institucional. A la hora de abordar el sistema institucional dirigí la mirada rápidamente al Senado al ser esta la cámara encomendada con la labor de la representación territorial en un estado federal como Canadá. Sin embargo, como rápidamente aprendí, las apariencias a veces engañan, pues me encontré con un Senado disfuncional que en nada sigue los cánones de lo que debería ser una cámara llamada a vehicular la participación territorial en un estado de naturaleza federal. Paradójicamente, lo que esperaba que fueran las primeras líneas de la tesis acabaron desembocando en un trabajo sobre la posición del Senado en Canadá y la imposibilidad crónica de su reforma, al hilo de un Dictamen del Tribunal Supremo que analizaba una serie de propuestas en dicho sentido, el cual fue finalmente publicado bajo el título "*Senado y sistema federal en Canadá ¿imposibilidad de una reforma deseable?*" en la Revista de Estudios Políticos.

La alegría por la primera publicación no debía ocultar la necesidad de centrarse en desarrollar y, especialmente, estructurar la tesis pues en caso contrario corría el riesgo de eternizarse sin que el barco llegara a puerto alguno. Junto a una breve visita al Max Planck de Heidelberg que, si bien me permitió solventar ciertas dudas, también acrecentó otros temores, hubo dos momentos decisivos en esta etapa inicial de elaboración de la tesis. El primero de ellos fue la posibilidad de realizar una estancia de investigación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que me permitió no solo acceder a su gran biblioteca, sino también poder departir con otros investigadores y enriquecer mi trabajo. Precisamente durante dicha estancia conocí a Pablo Guerrero y Daniel Fernández

Cañueto, quienes me dieron a conocer el proyecto -aun embrionario- que tenían entre manos. Aquello cristalizó en la primera edición del seminario "*Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*", celebrada en el Palacio de la Aljafería de Zaragoza el 22 de noviembre de 2016 con la inestimable colaboración de la Fundación Manuel Giménez Abad. En dicha jornada, tras recibir la amable invitación de los organizadores, tuve la oportunidad de presentar el proyecto de tesis en el que me encontraba trabajando. Mi intervención aquel día tomó el título de "*El federalismo canadiense como modelo de solución de crisis y conflictos constitucionales*" y supuso la primera presentación en sociedad de lo que luego acabaría germinando en una tesis. Tesis que, con alguna adaptación, alumbró un libro titulado "*El sistema federal de Canadá: ¿un modelo de integración? Crisis secesionista en Quebec y evolución del sistema federal*" publicado precisamente por dicha Fundación tras ser ganador del XVII Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial. El proyecto que había presentado por primera vez en Zaragoza tendría su culminación final en dicha ciudad.

En aquel seminario, el cual me da la oportunidad de contribuir a esta obra junto a otros queridos colegas y amigos, esbocé el esqueleto ya sí definitivo de la tesis, el cual desgranaré con mayores detalles a continuación. Antes de ello, me gustaría retomar las razones que me llevaron a elegir Canadá como caso de estudio pues en ello centré la parte inicial de mi intervención durante aquel seminario. En primer lugar, estamos ante un estado federal desde su creación en 1867 con la aprobación de la *British North America Act*, constituyendo además la forma federal una novedad absoluta en el sistema británico, posteriormente seguida por la *Commonwealth* de Australia. Por otra parte, Canadá representa un modelo exitoso de reacción ante una crisis secesionista, continuando la federación unida a pesar de la crisis constitucional perenne que ha sufrido desde su misma fundación, la cual tomó fuerza a mediados de los años 70 del siglo pasado, teniendo como culmen los referéndums de soberanía en Quebec en 1980 y, especialmente, en 1995. Esta reacción exitosa no solo se basa en la derrota de la opción soberanista en ambas consultas sino también en la puesta en práctica de una serie de medidas que han permitido que el modelo federal se adapte progresivamente a las demandas de Quebec sin necesidad de reformar formalmente la Constitución, dada la camisa de fuerza que supuso la aprobación de un mecanismo de reforma que no dependería del Parlamento de Londres con la *patriación* de la Constitución en 1982 como quedó demostrado tras los fracasos de los intentos de reforma constitucional del Lago Meech (1987) y Charlottetown (1992).

Una vez abordadas estas cuestiones previas, pasé a explicitar los objetivos que pretendía alcanzar con mi investigación. Si bien estos han sido refinados y matizados, su núcleo fundamental no sufrió grandes variaciones desde el seminario hasta la defensa de la tesis. En particular, con dicho trabajo pretendía determinar aquellas características del modelo federal canadiense que lo dotan de flexibilidad, posibilitando un correcto acomodo de Quebec en su seno sin que ello implique la necesidad de una reforma constitucional dada su imposibilidad en

la práctica. En consecuencia, eran estas medidas infraconstitucionales las que serían objeto de estudio, evaluando con especial interés las políticas puestas en práctica tras el referéndum de 1995 con el objetivo de ir reconduciendo la situación y rebajar la tensión soberanista en Quebec que tensionó enormemente las costuras del sistema federal de Canadá.

Desde aquel seminario, y siguiendo los valiosos consejos que ofrecieron los distintos participantes, el proyecto de tesis fue cogiendo velocidad de crucero, avanzando ahora sí con mayor presteza. Además, el mismo se vio significativamente enriquecido gracias a las estancias de investigación que realicé en la UNED, el CEPC y, finalmente, la Universidad de Ottawa. Esta última experiencia en Canadá me permitió ir cerrando algunas cuestiones que aún continuaban abiertas y, en particular, culminar la parte relativa al federalismo fiscal gracias a los fructíferos intercambios con diferentes expertos.

Al regreso a España, únicamente faltaban algunos detalles por pulir y unas últimas correcciones por realizar antes de poder presentar, al fin, la versión definitiva. Enfrascado en esta labor, me fueron de gran ayuda las sugerencias y comentarios recabados en el marco de la tercera edición del seminario "*Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*" que se celebró en Lérida en febrero de 2019. Lo que llegó a Zaragoza como un proyecto en sus inicios, salió de Lérida ya maduro y a punto de ser terminado. Finalmente, tras algunas vicisitudes burocráticas de última hora, la tesis vio la luz a comienzos de septiembre de 2019, obteniendo la máxima calificación y la mención internacional.

Por último, me gustaría finalizar esta introducción agradeciendo a todas las personas -con especial mención a mis padres y a Blanca del Mar- e instituciones que me han apoyado durante este largo viaje, desde que el barco zarpó en el verano del año 2014 hasta que finalmente arribó a puerto en Bilbao en septiembre de 2019.

II. SÍNTESIS DE LA TESIS

La integración y acomodo del pluralismo territorial constituye un desafío de gran complejidad para todo estado compuesto, siendo un fenómeno recurrente en aquellos de naturaleza federal como España tal como se ha podido comprobar en los últimos tiempos. A la hora de abordar dicha situación, la experiencia comparada puede servir como referente para diseñar medidas con las que intentar dar solución al reto que plantea el fenómeno de la integración territorial.

El sistema federal de Canadá, a raíz del contencioso acerca de la secesión de Quebec y, notablemente, de las dos consultas soberanistas celebradas en dicha provincia, ha dejado de ser aquel federalismo olvidado del que nos hablaba Ruíz Robledo a comienzos de los 90 para convertirse, por pleno derecho, en uno de los modelos de referencia a la hora de abordar las reclamaciones

independentistas en España. Sin embargo, el interés por el modelo canadiense no ha llevado a la literatura académica española a estudiar el mismo de forma global, sino que esta ha optado mayoritariamente por estudios parciales, de caso, de la realidad canadiense, focalizados en cuestiones concretas pero carentes de una visión de conjunto. De forma paralela, han proliferado las visiones interesadas o sesgadas de la experiencia canadiense tendentes a respaldar unas determinadas pretensiones políticas, ya sea entre los partidarios o los detractores de la secesión, magnificando determinados elementos -con la Ley de Claridad como ejemplo paradigmático- y/o minusvalorando otros hasta llegar incluso a construir su propio "relato canadiense", distorsionando el impacto que los mismos han tenido en Canadá y Quebec.

En consecuencia, la tesis doctoral que aquí se resume ambiciona desterrar dichas interpretaciones tergiversadas de la experiencia canadiense, ofreciendo, al hilo de la crisis constitucional acaecida como resultado de la reclamación secesionista en Quebec, una visión de conjunto del sistema federal de Canadá en la que se exploran con detalle los elementos troncales de este: el sistema de distribución de competencias, el sistema institucional y el sistema de financiación, los cuales han jugado un importante papel a la hora de acomodar en el seno de la federación a la provincia de Quebec y sus demandas.

1. El punto de partida: causas y consecuencias de la crisis constitucional canadiense y el proceso soberanista en Quebec

La tesis tiene como punto de partida un análisis de la crisis constitucional acaecida en Quebec a finales del siglo pasado producto de las reclamaciones de soberanía suscitadas en la *belle province*, cuestión de la que se ocupan los dos primeros capítulos. El estudio comienza contraponiendo las dos visiones dominantes -nótese la ausencia de una visión indígena- acerca de los orígenes de la Confederación. Estas dos narrativas, una de carácter centralista dominante en el Canadá anglófono y otra de corte autonomista con epicentro en Quebec, constituyen el sustrato de dos formas divergentes de entender el modelo federal canadiense. El proceso de transformación social que experimentará Quebec durante la Revolución Tranquila sacudirá los cimientos de la sociedad quebequesa, alterando decisivamente los equilibrios de poder. La redefinición de la comunidad nacional de Quebec, basada en la lengua francesa y con el gobierno provincial como institución vertebradora de la nueva nación, conlleva el fin de la subordinación francófona al dominio político y económico anglófono en Quebec. Este cambio de paradigma servirá de germen al nacionalismo quebequés, vehiculado políticamente a través del *Parti québécois* (PQ), el cual llegará al poder por primera vez en 1976. La victoria electoral del PQ supuso el pistoletazo de salida de una nueva crisis constitucional -una situación recurrente desde la creación de la Confederación- que afectará a Canadá en lo que resta de siglo, con un primer punto álgido en el referéndum sobre la soberanía-asociación de 1980.

La negativa por parte del electorado de Quebec a otorgar un mandato para negociar un tratado de soberanía-asociación con Canadá y, por ende, para abandonar la federación y convertirse en un estado autónomo, no solo supondrá un revés para las aspiraciones del PQ sino que esta será interpretada por P.E. Trudeau como un aval para materializar su proyecto fetiche: la *patriación* de la Constitución y que esta dejara de ser una norma al amparo del Parlamento británico, órgano competente para su reforma. El proceso de *patriación* constitucional tensionará enormemente las costuras del modelo federal, generando un agrio enfrentamiento entre las provincias y el gobierno federal que, a la postre, desembocará en el aislamiento constitucional de Quebec. Este proceso de construcción nacional, que rivalizaba con la identidad *québécoise* surgida en Quebec tras la Revolución Tranquila, tenía el objetivo de evitar un rebrote de la tensión soberanista, creando un sentimiento de pertenencia a Canadá.

La falta de acuerdo entre el ejecutivo de P.E. Trudeau y las provincias en torno al proceso de *patriación*, junto a la amenaza federal de llevar a cabo una *patriación* unilateral, acabó derivando en un conflicto constitucional resuelto por el Tribunal Supremo en el *Patriation Reference*. Si bien el Tribunal no apreció la existencia de una obligación jurídica que forzara al gobierno federal a recabar el consentimiento provincial para llevar a cabo la *patriación*, sí que apreció la existencia de una convención constitucional que requería un grado sustancial de consenso provincial. Dicha decisión estimuló las negociaciones, llegándose a un acuerdo del que Quebec quedó excluida. Este acuerdo alumbrará la Constitución de 1982, texto que incorporaba un elemento novedoso y singular como es la cláusula *notwithstanding* con la finalidad de vencer las reticencias provinciales hacia posibles interpretaciones centralizadoras de la Carta de Derechos y Libertades. La provincia de Quebec reaccionó a su exclusión del proceso de *patriación* con un contencioso judicial a través del cual reclama un derecho de veto con base en su condición de pueblo fundador y su carácter de sociedad distinta. Sin embargo, dicha pretensión sería rechazada por el Tribunal Supremo en el *Veto Reference*, negando la concepción dual de la Confederación, lo cual suponía el triunfo de la narrativa anglófona del origen del pacto federal y de la relación entre Quebec y Canadá, agravando la crisis constitucional y ahondando en el aislamiento de Quebec en el seno de la federación.

Tras examinar sucintamente el contenido del texto constitucional de 1982, el estudio pasa a abordar los diferentes intentos puestos en marcha por el gobierno federal para dejar atrás la crisis y reintegrar a Quebec en el consenso constitucional: los Acuerdos del Lago Meech (1987) y Charlottetown (1992). El Acuerdo del Lago Meech venía a dar respuesta a todas las demandas efectuadas por Quebec en relación al proceso de *patriación*, a excepción del reconocimiento de un derecho de veto en caso de futuras reformas constitucionales, si bien se producían ciertos avances en dicha dirección al exigirse la unanimidad para reformar las materias del artículo 42 de la Constitución de 1982. Pese a la decidida voluntad por parte del gobierno federal de concluir el acuerdo, el largo periodo de ratificación y la tensión lingüística causada por la sentencia del caso

Ford, en la que el TS declaraba contrarias a la Carta varias disposiciones de la Loi 101 que prohibían la rotulación comercial en idioma distinto al francés, enturbiaron el ambiente y finalmente este acabaría descarrillando. Misma suerte correría el Acuerdo de Charlottetown, cuyo rechazo en referéndum tanto en Quebec como en el resto de Canadá supuso el fin la vía constitucional para integrar a Quebec y conseguir la ratificación de la Constitución de 1982 por parte de la Asamblea Nacional.

El fracaso de ambos acuerdos no hizo sino reforzar las tesis soberanistas del PQ, abonando el retorno de dicha formación al gobierno provincial con la promesa de celebrar un nuevo referéndum sobre la soberanía de Quebec, el cual se llevaría a cabo el 30 de octubre de 1995 deparando una angustiosa victoria del "no" por un margen de apenas 50.000 votos.

Junto a las causas de la crisis constitucional -primer capítulo-, esta primera parte también explora sus consecuencias -segundo capítulo-, tanto en el plano jurídico como en el político. En el jurídico, se analizan las medidas puestas en marcha por el gobierno federal para afrontar el reto planteado por el soberanismo: el Plan A, mediante el que se rescataba la idea de otorgar un derecho de veto a Quebec ante futuras reformas de la Constitución, y el B, que optaba por una línea dura con el soberanismo, solicitando una opinión consultiva al Tribunal Supremo sobre la legalidad de una hipotética secesión unilateral de Quebec.

En particular, el análisis se centra en la construcción jurídica realizada por el Tribunal Supremo en el Dictamen sobre la secesión de Quebec, cuyas lecciones han trascendido fronteras. Una vez constatada por parte del Tribunal la inaplicabilidad a Quebec de los supuestos bajo los que el Derecho Internacional reconoce el derecho a la autodeterminación (pueblos oprimidos o sujetos a dominio colonial), este pasa a centrar la cuestión en el derecho interno. En su análisis, el Tribunal identifica una serie de principios estructurales (el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el imperio de la ley y la protección de las minorías) que subyacen al texto constitucional y de cuya interacción deriva un deber de negociar, de buena fe, la cuestión de la secesión. De esta forma, el Tribunal fija una serie de criterios -resumidos en el axioma mayoría clara en relación a pregunta clara- que deben guiar la conducta de los actores políticos ante el deseo claro de la población de una provincia de dejar la federación canadiense, voluntad que, necesariamente, deberá ser articulada a través de un proceso de reforma constitucional. Este enfoque supone un cambio de paradigma en la forma de concebir la Constitución de Canadá con respecto al clásico del federalismo estadounidense, que negaba tajantemente la secesión, al abrir la puerta a contemplar la misma desde el derecho interno. Dentro del análisis del Dictamen, se presta especial atención a aquellas cuestiones -caso del sentido cualitativo de la mayoría clara- que parecen haber caído en el olvido en España, pero sin las cuales no puede entenderse la realidad canadiense. De igual modo, también son objeto de estudio los claroscuros provocados por la decisión del Tribunal, el cual dejó varias cuestiones sin resolver, trasladando

a los actores políticos la responsabilidad de integrar dichos vacíos, como es el caso del procedimiento de reforma aplicable para materializar la secesión. En conexión con este último aspecto, se analizan los diferentes procedimientos de reforma aplicables, teorizando sobre sus consecuencias con la voluntad de determinar cuál debería ser el más idóneo para una cuestión de elevada complejidad como es la secesión de una provincia del resto de la federación.

A pesar del gran valor teórico del Dictamen del Tribunal, este no satisfizo a ninguna de las partes, aprobando tanto el gobierno federal como el de Quebec normas -Ley de Claridad federal y la Ley 99 de Quebec- en las que fijaban su propia interpretación del mismo, revindicando sus planteamientos previos. Dichas normas son fiel reflejo de dos concepciones políticas enfrentadas que responden a dos visiones radicalmente diferentes del modelo federal, cuyas implicaciones -más políticas que jurídicas- aún colean en los Tribunales veinticinco años después.

Esta primera parte de la tesis termina realizando un recorrido por los diferentes intentos llevados a cabo en el plano político tendentes a alcanzar una progresiva integración de la diferencia quebequesa, cuestión que es abordada desde dos vectores principales: la lengua y la educación. Dentro de este análisis se reexamina la doctrina del Tribunal Supremo en el caso Ford, constatando su vigencia, apreciándose un cambio en la forma de actuar del legislador provincial, quien ha optado por un enfoque más pragmático, huyendo de la confrontación constitucional con el fin de asegurar el mantenimiento del *visage linguistique* de Quebec. En materia educativa, se presta atención a la controversia generada en torno a las escuelas pasarelas detallándose cómo el legislador quebequés ha sabido conjugar la defensa de sus postulados tradicionales con el cumplimiento de la doctrina del Tribunal Supremo sin necesidad de recurrir a mecanismos constitucionales extraordinarios como la cláusula *notwithstanding*, en un claro ejemplo de integración progresiva de la diferencia.

Finalmente, a modo de cierre, se trata, por un lado, el efecto que han tenido las medidas puestas en práctica por el gobierno federal en el movimiento soberanista, condicionando su discurso y agenda política, discutiéndose sus perspectivas de futuro. Por otro, se examinan tanto el estado actual de las reivindicaciones históricas de Quebec tras el proceso de integración gradual que se ha ido produciendo a lo largo de los últimos años como las nuevas demandas de la provincia para retornar al consenso constitucional, cuestiones que servirán de hilo conductor de los siguientes bloques de la tesis, los cuales se centran en describir y analizar los diferentes elementos del sistema federal a través de los cuales se podría dar acomodo a estas reivindicaciones.

2. El modelo de distribución de competencias como eje vertebrador del sistema federal

Una vez sentadas las bases con la reconstrucción de la crisis constitucional canadiense, la tesis pasa a centrarse en aspectos concretos del modelo federal de Canadá con el objetivo de identificar aquellos elementos que lo dotan de flexibilidad, permitiéndole canalizar las tensiones existentes entre centro y periferia. En particular, esta comprende los tres elementos troncales que conforman el sistema constitucional de Canadá: el sistema de distribución de competencias, el sistema institucional y el sistema de financiación; analizando cómo estos han influido en la gestión de dicha crisis. En cada uno de ellos, se realiza un análisis de conjunto, prestándose especial atención a las particularidades propias del sistema federal de Canadá que lo alejan de los modelos federales clásicos y, en particular, a los elementos de flexibilidad del mismo, pues estos han desempeñado un rol clave a la hora de acomodar las demandas de Quebec en el seno de la federación.

El sistema de distribución de competencias es objeto de análisis en el tercer capítulo de la tesis bajo un enfoque sistemático, con la finalidad de ilustrar cómo dicho sistema ha ido evolucionando desde la rigidez del diseño constitucional original hacia una flexibilidad práctica gracias a la interpretación judicial, habiendo esta posibilitado que una Constitución de carácter antiguo haya ido evolucionando para dar respuesta a los desafíos de una realidad cada vez más compleja e interconectada.

El estudio comienza por la lista de competencias federal, describiendo cada una de las materias que la integran, así como profundizando en una serie de fenómenos que han ido transformando el sistema, alterando el diseño original. Siguiendo esta línea, se ilustra cómo valores como la unidad y eficiencia económica, el interés nacional o la protección penal han sido determinantes a la hora de interpretar el sistema de competencias, actuando como fuerza centralizadora a costa de la esfera competencial provincial.

El análisis de las competencias atribuidas a la federación se completa con el examen de la naturaleza y alcance de la cláusula residual de competencias a favor de la federación; una de las singularidades propias del modelo canadiense que lo distingue de otros sistemas federales. La misma no solo actúa como cláusula residual, sino que también adopta otras manifestaciones, no expresamente contempladas en la Constitución, como es su faceta como poder de emergencia, la cual, a diferencia de en otros estados, no ha sido utilizada durante la crisis del coronavirus.

Los títulos competenciales en manos de las provincias son tratados siguiendo el mismo esquema, con especial énfasis en las competencias complementarias. Estas completan los títulos federales, generando un sistema de distribución de competencias en forma de queso gruyer. Este sistema implica que, en la

práctica, existan agujeros en la regulación de una materia al encontrarse partes de la misma bajo competencia del otro nivel de gobierno, la cual solo queda regulada de manera completa por la actuación de los dos órdenes competenciales. Las provincias, de forma análoga al nivel federal, también cuentan con una cláusula residual de competencias para aquellas materias de naturaleza local o privada, la cual ha permitido consagrar algunas especificidades propias del modelo canadiense como es el caso de la competencia provincial en materia de valores mobiliarios pese a los distintos intentos centralizadores por parte del gobierno federal. La coexistencia de dos clausulas residuales, cada una de ellas en favor de un nivel de gobierno, aunque con diferente alcance y naturaleza, ha aumentado la complejidad del sistema siendo la interacción entre ambas la que permite cerrar el sistema.

Seguidamente, son objeto de análisis las competencias concurrentes entre los dos niveles que, si bien son reducidas en el texto constitucional (agricultura, inmigración y pensiones), estas han ido incrementándose a través de la interpretación judicial. Dicha interpretación judicial del sistema competencial ha alumbrado una pluralidad de doctrinas cuyo alcance ha sido decisivo en la evolución y desarrollo del modelo federal, modulando progresivamente el mismo desde la rigidez del sistema original hasta admitir una tímida, pero creciente, cooperación entre los dos niveles de gobierno.

Junto a la descripción de la distribución de competencias entre los dos niveles, constatando cómo, en líneas generales, esta es homologable a la presente en otros modelos comparados, este capítulo también hace hincapié en la condición integradora del federalismo asimétrico. En este sentido, se ilustra cómo este ha permitido dotar a Quebec de competencias con las que dicha provincia pueda desarrollar su carácter distintivo -en áreas tan diversas como lengua, cultura, pensiones o relaciones internacionales- sin que ello resulte en un menoscabo del principio de igualdad entre territorios.

3. El modelo institucional canadiense y las relaciones intergubernamentales

El capítulo cuarto se adentra en otro pilar fundamental del modelo federal canadiense: el sistema institucional. En particular, son objeto de estudio tres instituciones -la Cámara de los Comunes, el Senado y el Tribunal Supremo- así como el sistema de relaciones intergubernamentales. Todo ello partiendo de la hipótesis de que un sistema institucional eficiente contribuye al buen funcionamiento del modelo federal permitiendo articular las opiniones y demandas de todas las unidades federadas que lo componen, ayudando a reducir los conflictos constitucionales y, por ende, la tensión secesionista. Por lo tanto, en este capítulo se pretende describir y analizar los aspectos más relevantes del sistema institucional desde una perspectiva territorial con el fin de encontrar mecanismos de diálogo entre los dos niveles de gobierno que permitan articular la participación provincial en el nivel federal, dotando de flexibilidad al

sistema y permitiendo su desarrollo y evolución sin necesidad de una reforma constitucional, cuya consecución exitosa parece lejana.

Tras una breve panorámica de los Comunes, la Cámara Baja del Parlamento federal, el estudio se ocupa del Senado, constatando como este no responde al canon federal clásico. La disfuncionalidad de la Cámara Alta, incapaz de desempeñar la función constitucionalmente atribuida de representación territorial, conlleva la necesidad de cuestionarse su posible abolición al hilo de los intentos de reforma propuestos en los últimos tiempos. Las dificultades del Senado para, en su estado actual, actuar como cámara de representación territorial han provocado que se desarrollen otras vías de diálogo y cooperación a través de las que canalizar las relaciones entre centro y periferia. El análisis del sistema institucional no se limita a los órganos legislativos, sino que también se extiende al Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional de Canadá desde 1949.

La rigidez de la Constitución de Canadá tras la introducción de un mecanismo propio de reforma en 1982 ha dejado al Tribunal Supremo como el único medio a través del cual actualizar y desarrollar una Constitución de carácter antiguo como la canadiense. Esto ha provocado que el Tribunal Supremo haya desempeñado un rol clave como árbitro territorial convirtiéndolo en una fuerza de equilibrio del sistema, reconociendo al interpretar su norma reguladora que la tradición civilista propia de Quebec constituye uno de los elementos nucleares de su carácter distintivo. Esta posición central en el desarrollo del sistema federal ha conllevado que su naturaleza y composición hayan sido objeto de controversia a lo largo de los años, siendo la participación provincial en el proceso de nombramiento una de las tradicionales reivindicaciones de Quebec a la hora de seleccionar a los tres magistrados que corresponden a dicha provincia en virtud de su sistema propio de derecho civil. Esta cuestión se aborda desde una perspectiva territorial, discutiéndose sobre la posibilidad de concebir al Tribunal Supremo como una institución representativa de la diversidad territorial de Canadá, así como sobre si la misma debe tener un carácter inclusivo y simbólico.

Por último, el capítulo cuarto también aborda la creciente necesidad de cooperación apreciada en los últimos años, aspecto que podría suponer la primera piedra de una evolución del modelo federal clásico de compartimentos estancos hacia uno cooperativo. Tradicionalmente, las relaciones intergubernamentales han sido consideradas como una posible herramienta a través de la que canalizar el diálogo entre centro y periferia, configurándose como alternativa a un Senado disfuncional como el de Canadá. En consecuencia, la incapacidad del Senado para desempeñar su función de cámara de representación territorial ha contribuido a que Canadá desarrolle un robusto sistema de relaciones intergubernamentales, tanto a nivel vertical como horizontal. Sin embargo, a pesar de que Canadá cuenta con uno de los sistemas más desarrollados de relaciones intergubernamentales, este presenta defectos como su falta de institucionalización o la excesiva dependencia del nivel federal en su funcionamiento. Por ello, en esta parte se exploran las fortalezas y debilidades del sistema, formulando

diversas propuestas de reforma que puedan contribuir a que este se consolide como alternativa a las ineficacias de la Cámara Alta en el plano territorial.

En particular, el análisis comprende tanto la que podemos denominar la vertiente clásica de las relaciones intergubernamentales, la vertical entre federación y provincias, como la horizontal, aquella que se sustancia entre las unidades federadas. Esta última, fomentada a iniciativa de Quebec, ha ganado peso en los últimos tiempos, con las provincias llevando la iniciativa en algunos campos con el objetivo de forzar al gobierno federal a implementar determinadas políticas. Las vicisitudes de ambos modelos son tratadas desde una doble óptica tanto bilateral como multilateral, prestando atención a las principales instituciones existentes en cada campo, así como al desempeño de las mismas en campos como la reforma constitucional, la unión económica y, especialmente en los últimos años, en el de las políticas públicas.

4. Una materia frecuentemente olvidada: el federalismo fiscal como elemento de integración

El quinto, y último, capítulo se centra en el tercer elemento troncal del sistema constitucional de Canadá; el sistema de financiación. Esta, temática frecuentemente relegada a un segundo plano desde el Derecho Constitucional, es de especial relevancia puesto que la distribución de recursos financieros es un componente vital de cualquier sistema de gobierno compartido. Dicho de otro modo, de nada sirve tener competencias formales si no se dispone de recursos con los que financiarlas o si los mismos están sometidos a una condicionalidad que reduce el margen de maniobra del gobierno autónomo. Por esta razón, el objetivo principal de este capítulo es abordar el papel del federalismo fiscal como elemento de integración, identificando los pilares básicos del sistema de financiación de Canadá para seguidamente evaluar su eficiencia con el fin de averiguar si, como frecuentemente suele defenderse desde Quebec, este contribuye a centralizar la federación a expensas de la autonomía provincial. A lo largo de dicho análisis, está siempre presente el papel adoptado por la provincia de Quebec, pues sus reclamaciones de una mayor autonomía han sido decisivas en la configuración y evolución del sistema, así como en la naturaleza asimétrica del mismo.

Partiendo de la importancia de los desequilibrios fiscales y las tensiones que estos generan en los sistemas federales, el análisis se centra en la asimetría constitucional existente en Canadá desde el lado del ingreso, desgranando el marco formal contenido en la Constitución de 1867. Una vez resaltada la peculiar concepción que se tiene en Canadá de la imposición directa, sustancialmente alejada de la que podemos encontrar en otros modelos, se aborda la evolución del sistema tras la Segunda Guerra Mundial, distinguiendo tres periodos principales según las características dominantes en los mismos: la centralización, la homogenización y la cooperación. En todos ellos se pone de relevancia la actitud de Quebec, provincia que siempre ha revindicado la voluntad de ejercer

su autonomía tributaria como parte integral de su autogobierno, optando por una senda propia diferente a la del resto de provincias. A continuación, se intentan evaluar las consecuencias de la asimetría constitucional relativa al ingreso con la finalidad de determinar la posible existencia de un desequilibrio fiscal vertical en los términos definidos por la Comisión Séguin. Para ello, se analizan los cuadros fiscales, con la vocación de dilucidar si existe un desfase entre los ingresos y los gastos de las provincias, necesitando estas de transferencias federales al no poder autofinanciarse con recursos propios.

Tras constatar la existencia de un desequilibrio fiscal entre federación y provincias, se pretende dilucidar cómo este ha intentado ser paliado a través del sistema de transferencias federales, prestando especial atención a las implicaciones que estas conllevan en términos de autogobierno para las provincias. De igual modo, también se expone cómo las mismas han sido utilizadas como un instrumento para construir una identidad común pancanadiense, limitando en cierto modo la autonomía provincial. Finalmente, se discuten algunas posibles vías de reforma del sistema con la intención de reducir la condicionalidad en la recepción de los fondos federales, presentado alternativas al modelo actual que casen mejor con el principio federal y permitan el máximo desarrollo posible del autogobierno provincial.

En un segundo estadio, se aborda el segundo pilar del sistema de financiación canadiense: la corrección federal de los desequilibrios horizontales; el programa de nivelación horizontal. Tras una breve descripción de las características generales de los sistemas de nivelación, se rastrean los orígenes del programa en Canadá, mostrando cómo desde su génesis está presente la voluntad de romper el aislamiento de Quebec en materia tributaria. Seguidamente, se detallan los rasgos básicos del programa actualmente en vigor, realizando un recorrido por las diferentes modificaciones que se han ido realizando y los efectos de las mismas, las cuales han girado fundamentalmente en torno a dos elementos: la fórmula de cálculo y el estándar de comparación. Un proceso evolutivo que ha consagrado un sistema de naturaleza reactiva, el cual se ha ido adaptado gradualmente a las necesidades del gobierno federal dejando las de las provincias en un segundo plano.

Por último, se resaltan algunas cuestiones pendientes cuya resolución podría servir para favorecer la cohesión y la integración territorial. En concreto, se discuten aspectos como la conveniencia de eliminar la supeditación del programa de nivelación al equilibrio presupuestario del gobierno federal, la necesidad de adoptar un enfoque global en lo referente al cómputo de los recursos naturales o la posibilidad de concebir el sistema de nivelación como una herramienta para reducir las tensiones territoriales ahondado en su función integradora.

III. CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado a lo largo de sus cinco capítulos, la tesis pretende mostrar cómo el sistema federal de Canadá, a raíz de la crisis constitucional acaecida en Quebec a finales del S. XX, ha optado en los tres ámbitos ya citados -sistema de distribución de competencias, sistema institucional y sistema de financiación- por soluciones alejadas del modelo federal clásico, las cuales no lo han desnaturalizado, sino que, por el contrario, han posibilitado, de forma más o menos exitosa, reducir la tensión secesionista en Quebec y dar cabida a las diferentes sensibilidades territoriales que coexisten en la federación -no solo a la de Quebec, aunque sí singularmente-. En esta línea, se muestra cómo en un sistema de distribución de competencias que ya de por sí presenta importantes singularidades, se han desarrollado vías de flexibilización a través de las que dar expresión a los diferentes intereses provinciales. En el sistema institucional, cómo la existencia de un Senado que difiere radicalmente del canon federal clásico ha abierto otras vías de expresión de la pluralidad territorial no solo con el desarrollo del sistema de relaciones intergubernamentales con Quebec jugando un rol clave en el fomento de la cooperación horizontal, sino que también se resalta el papel jugado por otras instituciones, singularmente por el Tribunal Supremo. O cómo el desarrollo del sistema de financiación ha consolidado un modelo asimétrico, conservando Quebec su autonomía en la materia sin que ello haya redundado en un tratamiento privilegiado a costa del resto de provincias. Todo ello con la voluntad de resaltar cómo la flexibilidad y capacidad del modelo federal canadiense para adaptarse, en la medida de lo posible, a las demandas de Quebec y facilitar la integración de esta provincia dentro de la federación han sido las mejores herramientas para desactivar el pulso soberanista y dejar atrás la crisis constitucional.

En consecuencia, el estudio realizado permite constatar las hipótesis de las que la tesis doctoral partía. La primera de ellas presuponía que, dado el alto grado de rigidez de la Constitución, el sistema federal de Canadá ha sido capaz de desarrollar otras vías de acomodo e integración de la diversidad territorial, evitando que se reedite la crisis constitucional de finales del s. XX y reduciendo el apoyo a la secesión. Dicha hipótesis se ha confirmado, pues el sistema federal canadiense ha sido capaz de ir integrando progresivamente a Quebec a través de diferentes mecanismos, habiéndose reducido el apoyo a la secesión hasta una de sus cotas más bajas, sin que se haya producido una nueva crisis constitucional. A través de la descripción global del sistema federal que se ha lleva a cabo a lo largo de la tesis, se han identificado y explorado diferentes instrumentos -caso del cambio de paradigma a la hora de concebir la Constitución con respecto a la secesión, la cláusula *notwithstanding*, la interpretación judicial del sistema de competencias o la cooperación intergubernamental- que han posibilitado encontrar vías de acomodo alternativas a la reforma constitucional, confirmándose que el modelo federal puede configurarse como una alternativa a la secesión, pues la flexibilidad que este permite posibilita integrar diferentes sensibilidades, notablemente la de Quebec, dentro de un estado fuerte. De igual modo, esta integración ha sido

posible gracias a que la mayoría de los actores políticos ha modificado su patrón de conducta, siendo más sensibles a la integración de la diferencia y tomando consciencia de la necesidad de dejar atrás las soluciones unilaterales en pos de soluciones negociadas y cooperativas. Igualmente, no se han observado, con la notable excepción del Senado, disfuncionalidades graves en el desempeño del modelo federal que impidan que este sea un instrumento a través del que acomodar a comunidades nacionales descontentas, por lo que debe afirmarse que su funcionamiento ha sido correcto.

IV. NUEVOS HORIZONTES

1. Estado actual de la cuestión

En el capítulo primero, la tesis resalta cómo el sistema federal de Canadá se comporta como un organismo vivo, el cual ha ido evolucionando y mutando con la finalidad de solventar los problemas y amenazas que se han ido suscitando con el devenir de los años. Dicho proceso de mutación y transformación viene a dar respuesta a los nuevos desafíos que la integración de Quebec ha venido suscitando. Al momento de escribir estas líneas, han transcurrido algo más de dos años desde la finalización de la tesis, tiempo en el que se han producido en el sistema federal de Canadá algunas novedades dignas de mención.

En lo concerniente al panorama político federal, las elecciones de octubre de 2021 han dejado un escenario prácticamente idéntico al de dos años atrás, por lo que todo apunta a una línea continuista en el tercer mandato de J. Trudeau. A nivel de Quebec, parece continuar consolidándose el nacionalismo pragmático de François Legault y su CAQ, quien ha optado por la cooperación como vía para conseguir mayores cuotas de autogobierno para Quebec. La gran popularidad de la que goza el líder del ejecutivo quebequés, unida a la debilidad consustancial a los gobiernos minoritarios de Trudeau, han aumentado la fuerza negociadora de Quebec frente al gobierno federal, consiguiendo materializar algunas de las demandas tradicionales de la provincia. En particular, Quebec ha conseguido concluir un acuerdo a través del cual participar en el procedimiento de nombramiento de los tres magistrados del Tribunal Supremo pertenecientes a la cuota de derecho civil, así como recibir una compensación financiera completa tras la decisión del gobierno federal de poner en marcha un programa de guarderías públicas, con el que Quebec contaba desde hace tiempo. Estos éxitos negociadores han llevado a la CAQ a perseguir metas más ambiciosas, intentando dar respuesta a una de las cuestiones que aún colea desde el fracaso de la ronda constitucional del Lago Meech: el reconocimiento del carácter distintivo de Quebec en la Constitución. Siendo consciente de que conseguir la unanimidad provincial para sacar adelante una reforma constitucional es inviable en la práctica, la provincia de Quebec ha recurrido a una solución que puede denominarse como imaginativa. Ello consiste en reformar su propia constitución provincial, la cual, a su vez, forma parte de la Constitución de Canadá, para declarar que Quebec

constituye una nación -un paso más allá de lo reconocido por los Comunes en 2006- y que el francés es la única lengua oficial de la provincia -algo que de facto es así pero que entra en conflicto con la obligatoriedad de que los trabajos del Parlamento de Quebec sean bilingües tal como establece el artículo 43 de la Constitución de 1867-. A pesar de la controversia que dicha medida genera en el Canadá anglófono y del rol como parámetro de constitucionalidad que los nuevos preceptos podrían jugar, los líderes federales han reconocido que se trata de una prerrogativa unilateral de Quebec al amparo del artículo 45 de la Constitución de 1982, anunciado su apoyo al proyecto. Resta por ver si el proyecto sale finalmente adelante y las implicaciones políticas y judiciales que este puede tener, si bien el mismo contiene elementos que pueden volver a tensionar las relaciones entre Quebec y el resto de Canadá.

Mayor ha sido la controversia que ha generado la aprobación por parte de la Asamblea Nacional de Quebec de la Ley 21, una norma que prohíbe portar símbolos religiosos a aquellos funcionarios públicos en posición de autoridad. Ante la seguridad de que la misma sería recurrida ante los tribunales, el gobierno de Legault protegió dicha norma del alcance de la Carta de Derechos y Libertades haciendo uso de la cláusula *notwithstanding*, evidenciando que la misma sigue totalmente vigente. Con respecto a dicha decisión, es ilustrativa la decisión del gobierno federal de no participar en el contencioso judicial, dejando que sean asociaciones de defensa de los derechos civiles las que desempeñen dicha labor, rehuyendo un enfrentamiento directo con Quebec en torno a una medida impopular entre la mayoría anglófona de Canadá y, especialmente, en el caso de las minorías tanto dentro como fuera de Quebec, pero que goza de un apoyo mayoritario entre el electorado francófono de Quebec. En cierto modo, la Ley 21 no viene más que a consolidar el proceso de evolución de la identidad *québécoise* con la laicidad como valor principal junto a la lengua francesa. La postura adoptada por el gobierno federal, esperando a que los tribunales resuelvan, es un signo adicional de que la política de acomodo progresivo sigue en marcha, rehuyendo los enfrentamientos directos y buscando soluciones de compromiso en el largo plazo que combinen la defensa de los rasgos distintivos de Quebec y el respeto de los derechos recogidos en la Carta, en particular los de las minorías religiosas.

En conclusión, aunque no se han producido novedades de gran calado en estos dos años, continuando vigentes -incluso reforzadas- las conclusiones expuestas en la tesis, sí que se pueden detectar indicios que, de darse la coyuntura apropiada, pueden condicionar la relación futura entre Quebec y la federación, requiriendo medidas por parte del gobierno federal para evitar que la crisis constitucional vuelva a rebrotar.

2. Otros resultados de la investigación doctoral y futuras líneas de investigación

Toda investigación doctoral, por su propia naturaleza, debe estar acotada a un objetivo final. Ello suele conllevar no incluir en la versión final algunas

cuestiones que, si bien el investigador ha estudiado, es aconsejable desgajar por cuestiones de espacio al ser accesorias al trabajo principal. La tesis aquí descrita no constituye una excepción. Esta circunstancia ha provocado que el análisis de algunas cuestiones se haya producido extramuros de la tesis en otras publicaciones, si bien estas tienen su génesis en la misma. En consecuencia, la investigación doctoral también ha profundizado en la reforma institucional como instrumento a través del que mejorar la calidad democrática y la representación territorial. En dicha línea, la tesis ha sido el punto de partida de estudios sobre las tres instituciones principales de Canadá: los Comunes, el Senado y el Tribunal Supremo. En relación a la Cámara baja, un aspecto tratado únicamente de manera tangencial en la tesis, parte de la investigación doctoral sirvió de sustento para explorar posteriormente el sistema de partidos de Canadá y su influencia en la formación y estabilidad del gobierno. Con respecto al Senado, se han abordado las reformas llevadas a cabo en relación al proceso de nombramiento de los senadores con la finalidad de romper el tradicional vínculo existente entre estos y el partido que los nombró pues, no debe olvidarse, estamos ante una cámara designada siguiendo el modelo de los Lores británicos. Finalmente, la investigación doctoral también sentó las bases para estudiar algunas de las novedades que han ido surgiendo en el panorama canadiense. En particular, la misma fue soporte de un estudio sobre "La reforma del proceso de selección y nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo de Canadá" publicado en *Teoría y Realidad Constitucional* el cual aborda el alcance de un acuerdo intergubernamental concluido entre el gobierno federal y Quebec que venía a introducir un cierto grado de participación provincial en el proceso, materializando una de las demandas tradicionales de Quebec.

La propia tesis, en la introducción, ya aventuraba futuras líneas de investigación una vez completada la misma, advirtiendo de antemano al lector que la finalidad de la misma no era realizar un estudio comparado, sino analizar en su conjunto un modelo extranjero, dejándose la perspectiva comparada para futuros trabajos en una línea de estudio similar. Una vez concluida la tesis, y con las lecciones extraídas de la misma presentes, es posible aprovecharlas para llevar a cabo estudios comparados en los que confrontar la realidad canadiense con otros modelos. Hasta la fecha, ha sido punto de partida en relación con dos cuestiones diferentes. En primer lugar, y quizá la más obvia, en lo referente al rol jugado por la figura del referéndum en Quebec y cómo esta ha influido en las experiencias catalana y escocesa. En este caso, la intención es mostrar no solo cómo la experiencia canadiense ha servido de espejo para Cataluña y Escocia, aprendiendo de lo acaecido en Quebec, sino también la forma en que estos dos modelos han retroalimentado el caso quebequés, influyendo en la evolución del movimiento soberanista en la *belle province*. Por otro lado, el capítulo quinto relativo al federalismo fiscal constituye el germen del proyecto reconocido por la Comisión Europea y financiado por la Provincia de Bolzano en el Instituto de Federalismo Comparado de Eurac Research. El mismo pretende realizar un estudio comparado del papel como elemento de integración que pueden desempeñar los programas de nivelación en tres estados compuestos

con pulsiones secesionistas; Canadá, España y el Reino Unido. En particular, este presta atención a la fuerza integradora o disgregadora que ejercen los diferentes componentes internos de los programas de nivelación de estos tres modelos con la intención de encontrar pautas comunes y poder aportar soluciones que corrijan las disfuncionalidades observadas.

3. Su especial trascendencia para España

La integración de la diversidad territorial es un desafío que atañe a todo estado compuesto, no siendo España una excepción. Las reclamaciones soberanistas tampoco son un fenómeno ajeno, pues desde la aprobación de la Constitución de 1978 el sistema constitucional español ha tenido que lidiar con varios de estos episodios, siendo especialmente notorios los casos del País Vasco en 2005 con el Plan Ibarretxe y el de Cataluña tras la consulta independentista, declarada ilegal por el Tribunal Constitucional, de octubre de 2017. En ambas experiencias, el ejemplo canadiense ha sido esgrimido como modelo de referencia bajo una creencia, a mi juicio errónea, de que el mismo contiene lecciones que favorecen a la causa soberanista. Sin embargo, la experiencia canadiense entraña numerosas verdades silenciadas, como las denomina López Basaguren, que, por el contrario, juegan en favor de la causa unionista o federalista.

Pese a lo anterior, cualquier traslación de elementos de la experiencia canadiense a España se debe hacer con cautela. Como ha señalado Stéphane Dion en numerosas ocasiones, Canadá se configura en lo relativo a la secesión como una anomalía -democrática, pero anomalía- producto de su diseño constitucional y no como una regla general extrapolable sin más a otras realidades constitucionales. Por esta razón, se debe evitar caer deslumbrado por "soluciones estrella" como la Ley de Claridad o la posibilidad de celebrar un referéndum de secesión, acotando su valor al rol que desempeñan dentro del conjunto -el sistema federal- en el que se insertan. Más que en búsqueda de soluciones mágicas, sería más conveniente mirar a Canadá para comprender cómo medidas progresivas, de largo alcance, han conseguido con el paso del tiempo ir desactivando la crisis soberanista. De igual modo, otra lección importante que no debería caer en saco roto es la lealtad institucional existente en Canadá pues tanto la federación como Quebec, incluso en los momentos álgidos de la crisis, han respetado las reglas del juego, evitando en todo momento romper con el Estado de Derecho.

En consecuencia, la experiencia canadiense al afrontar de manera satisfactoria un reto de tal magnitud como el planteado por la pretensión secesionista quebequesa, que tensionó enormemente las costuras del sistema constitucional hasta volver a alcanzar la estabilidad, puede ser de gran interés para España, cuyo sistema se encuentra actualmente sumido en una importante crisis constitucional, más grave aún que la experimentada por Canadá, dada la apuesta decidida y consciente de las autoridades catalanas por la desobediencia y la rotura del marco constitucional que llevó, a finales de 2017, a la aplicación del artículo 155

de la Constitución española y la subsiguiente intervención de la autonomía. No en vano, las lecciones extraídas del sistema federal de Canadá, leídas con las necesarias cautelas que toda migración de ideas requiere, pueden ser de utilidad para elaborar un marco jurídico con el que dotar de flexibilidad al sistema constitucional español en busca de un correcto acomodo de las diferentes sensibilidades territoriales, reduciendo el apoyo a la secesión y evitando la quiebra del mismo. Con ello, la tesis no solo ambiciona ser un instrumento de conocimiento académico -su fin principal-, sino también tener un trasfondo práctico, pudiendo modestamente contribuir a afrontar los enormes retos en relación con la integración territorial que España como sociedad debe afrontar.

La problemática constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en el marco de la Unión Europea: su afectación democrática

Gabriel Moreno González

Doctor en Derecho por la Universitat de València

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

1. Introducción. Motivación del objeto de investigación
2. El origen de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: ordoliberalismo y Economía constitucional
3. La *balanced budget rule* en la Unión Europea
3.1. El Mecanismo Europeo de Estabilidad.
3.2. El PEC revisado.
3.3. El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza
4. La convergencia del modelo político fragmentado y el modelo económico competitivo: el fin del Estado social en la Unión Europea

NOTA BIOGRÁFICA:

Gabriel Moreno González. 1991, Valencia de Alcántara (Cáceres). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura. Doctor "cum laude" en Derecho por la Universitat de València con Mención Internacional, Premio Extraordinario de Bachillerato, Graduado en Derecho por la Universidad de Extremadura con Premio al Mejor Expediente Académico, Premio Nacional a la Excelencia Académica, Máster Universitario en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, con estancias de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2015), la Universidad de Sussex, Inglaterra (2016), el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg, Alemania (2017), la Universidade Federal de Recife, Brasil (2018) y la Universidade de Coimbra (2021). Tiene diversos estudios publicados en revistas científicas y obras colectivas sobre la estabilidad presupuestaria y la dimensión constitucional de las instituciones de gobernanza económica de la Unión Europea, materias sobre la que ha impartido diferentes conferencias en universidades europeas y americanas. Asimismo, es miembro de la Asociación de Constitucionalistas de España y actualmente es el Investigador Principal del proyecto regional "La necesaria reforma del modelo territorial y de las administraciones públicas ante el reto demográfico en Extremadura."

1. INTRODUCCIÓN. MOTIVACIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que, tras más de cuatro años de productivo trabajo y estudio, ha tenido como resultado la tesis doctoral aquí analizada, estuvo siempre presidida por una motivación personal, de naturaleza académica, muy concreta y explícita. Durante mi formación predoctoral en los últimos años del grado en Derecho y

durante la realización del máster en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, me acerqué por interés propio al análisis de las categorías básicas que vertebran y caracterizan la democracia. La obra de Norberto Bobbio, desde su "Liberalismo y democracia" hasta la conocida obra magna "Teoría general de la política", me abrió un mundo nuevo de conceptos y de tensiones dogmáticas y teóricas que me impelieron a continuar profundizando en la definición misma de lo democrático y de lo político. En este sentido, siempre estaré particularmente agradecido al profesor mexicano Pedro Salazar, quien fue la causa de mi inusitado interés por Bobbio y, consecuentemente, por el resto de autores que, siguiendo su égida, han abordado las complicadas relaciones entre los diferentes y hasta antitéticos orígenes de nuestros sistemas de gobierno. Gracias a estas lecturas, en fin, pude comprender que la fórmula de la democracia constitucional tiene dos fuentes principales y que, en numerosas ocasiones, sus derivaciones han estado en continua lucha o conflicto entre sí. Desde entonces supe que mi futura tesis doctoral tendría que encuadrarse en este dualismo y reflejar la tensión que a continuación, muy sucintamente, describo.

En primer lugar, la democracia constitucional se asienta en la larga tradición del liberalismo occidental que, surgido en los estertores del Antiguo Régimen, se hizo hegemónico a lo largo del siglo XIX. A los efectos que aquí nos interesan, los elementos propiamente liberales de nuestra fórmula actual de gobierno y de formalización de lo político son, sobre todo, el principio de la separación de poderes y la garantía, a los ciudadanos, de los derechos subjetivos fundamentales. Ambos objetivos están guiados por la necesidad de limitar el poder político derivado de la soberanía y de constreñir, por tanto, la acción tanto de los poderes constituidos como de los ímpetus populares que intenten trasladarse a la norma positiva. El liberalismo contiene así, *ab initio*, un apriorismo axiológico contra la utilización excesiva del poder y sus posibles, y probables, desviaciones. Este "liberalismo del miedo", por seguir la expresión de Judith Shklar, focaliza su preocupación en la articulación de una serie de instrumentos y mecanismos que tienen en la Constitución su mejor baluarte. Al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, la ley de leyes se convierte para los liberales en el dique de contención de los usos inadecuados del poder, en la "sala de máquinas" (Gargarella) de la institucionalización de la comunidad política.

En segundo lugar, encontramos la otra gran fuente en la tradición democrático-republicana (Domènech), que es la que hoy sustantiviza la fórmula y la que le dota de savia legitimadora. Arraigada en las ideas más radicales de las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa e inspirada por los ideales de Rousseau o Jefferson, considera la soberanía popular como la base de lo político y como la única justificación de existencia y actuación de los poderes. Frente a los límites liberales, lo democrático pugna por desprenderse de todo corsé para operar no sólo en los contornos predefinidos de las relaciones políticas y del Estado (como defendiera Arendt), sino también en lo económico y privado. Se parte, no sin razón, de que la frontera entre lo político-institucional y lo pretendidamente privado o económico es artificial, y que el ciudadano realmente libre lo debe ser

en los dos planos, como tempranamente advirtiera Aristóteles. La democracia se entiende así no sólo como un "reino de la libertad" y del autogobierno humano, sino también como un proceso constante de liberación y emancipación de todas las cadenas de dependencia, alienación y servidumbre, sean económicas, culturales, sociales o jurídicas. En esta línea es donde, en sus formulaciones más economicistas/materialistas, debemos precisamente encuadrar los aportes de Marx y de la izquierda democrática europea. Pues bien, lo democrático entra en conflicto con lo liberal en la medida en que no desea estar previa ni apriorísticamente limitado y en tanto el segundo bloque teórico no deja de ser, muchas veces, la mera transustanciación formal o teórica de los intereses de clase subyacentes. Si el liberalismo hace hincapié en la separación de poderes, se dirá desde los autores demócratas, no es para evitar solo su concentración y abuso, sino también para dificultar en extremo la adopción de contundentes políticas de redistribución o cambio social. Si el liberalismo, *a fortiori*, se preocupa tanto por la garantía efectiva de los derechos subjetivos, no solo es por su raigambre individualista y su defensa de la libertad; en ello pesará más aún si cabe la protección de categorías, como la autonomía contractual o la propiedad privada, bajo cuyo formalismo se esconderá la más cruda injusticia material.

Un liberalismo que quiere limitar el poder y una tradición democrática que quiere expandirlo para conseguir alcanzar metas de justicia social y equidad, he aquí la gran tensión que atraviesa la democracia constitucional, en la que el primer polo se condensa en esta segunda adjetivación (*constitucional*), aunque no se agote en él. En efecto, tras la Segunda Guerra Mundial y la consolidación del constitucionalismo normativo y democrático, la fórmula logra integrar los bloques antitéticos mediante la legitimación de la propia contradicción a través del proceso constituyente y de la normatividad misma de una Constitución ahora legitimada directamente y dotada del más alto valor y eficacia jurídicas. Llegado a esta altura es donde, gracias a la lectura de las obras de mi maestro (y maestro de maestros) Carlos de Cabo, y de las indicaciones de mi director de tesis, Roberto Viciano Pastor, pude constatar que la integración aludida no dejaba de contener en su seno un conflicto entre los dos bloques, en buena medida antitéticos, y que la tensión se resolvía parcialmente y de manera constante mediante la expresión del pluralismo político y su efectiva realización. Me explico: si la Constitución acoge en su seno a los elementos de legitimación directa y de expansión de la acción público/estatal como consecuencia de su raíz democrática, que la dota de sentido, pero también a los principios, valores y mecanismos liberales que tienden a limitar aquellos, la única manera de salvar la contradicción es mediante la expresión periódica del principio democrático. Como si de la lucha de contrarios de Heráclito se tratara, los dos polos más opuestos, que podríamos identificar por un lado con el socialismo democrático y, por otro, con el capitalismo neoliberal anómico, quedan excluidos del juego dialéctico pero permiten que, en el enorme espacio entre ellos, pueda declinarse el pluralismo mediante la adopción de políticas más liberales o más socializantes, aunque siempre dentro de los límites del terreno de juego constitucional. Es en la determinación concreta de las políticas sociales y económicas, de los ímpetus de redistribución equitativa

o de mantenimiento del desigual statu quo, donde se manifiesta el pluralismo y donde puede operar nuestra democracia.

No hay mejor manera de comprobar lo antedicho que acercándose a la regulación constitucional de la economía que contienen las normas fundamentales del Estado social. Por un lado, se garantiza un mínimo de capitalismo, la economía de libre mercado y el derecho de propiedad privada, pero por otro, se habilita al Estado y a los poderes públicos a la intervención mediante la institución de las reservas, de la iniciativa económica pública, la planificación indicativa o las políticas de fiscalidad progresiva sobre la riqueza. En el amplio abanico que es el intersticio entre ambas líneas referenciales, entre ambos bloques, es donde las diferentes opciones, de acuerdo con los resultados electorales, pueden concretar sus programas, idearios y deseos. He aquí la democracia constitucional, trasunto en lo político del Estado social como doble fórmula integradora arrancada tras la segunda posguerra mediante el llamado "pacto Capital-Trabajo".

Asentadas teóricamente en mi formación doctrinal estas premisas, y en el momento de elegir el tema de mi tesis doctoral, me percaté de que la escuela del constitucionalismo crítico en la que quería insertarme, liderada por profesores como el mentado Carlos de Cabo, impelía siempre a la disconformidad, a la retirada de todos los velos del formalismo jurídico para ver detrás de ellos la dura realidad del conflicto y de la injusticia. Por ello me centré en la crisis de aquellas declinaciones, de aquellas formulaciones, pues si bien son explicadas descriptivamente y sin aspavientos por todos los profesores de derecho constitucional, hoy son, sin embargo y en buena medida, completamente falsas e irreales. La crisis del Estado social es la crisis de la democracia constitucional, y viceversa, y la causa de ambas fue y sigue siendo la hegemonía del ideario neoliberal tanto en el ámbito de lo político, de lo económico como (lo que más debiera preocuparnos desde nuestra disciplina) en lo jurídico. En el momento en que comencé a abordar esta línea neoliberal y sus ataques directos contra las fórmulas constitucionales antedichas, la crisis económica y financiera iniciada en 2008 parecía llegar a su más alta expresión con la crisis subsiguiente de deuda soberana de los Estados del sur de Europa. Eran los meses de la prima de riesgo, de los estertores del gobierno de Zapatero y de las amenazas de la Troika y de los "hombres de negro". Fue en este escenario cuando, para sorpresa de casi todos, el Presidente anunció la repentina y fulgurante reforma constitucional del artículo 135, que vendría, según sus deseos, a tranquilizar a los mercados con la consagración al más alto nivel del principio de estabilidad presupuestaria. Yo, que me encontraba ya estudiando la teoría neoliberal para enfocar ahí la preocupación de mi aún iniciática carrera académica, viví aquellos exactos momentos en un curso de verano al que estaba asistiendo en Santander y que dirigía el entonces director del Instituto Europeo de Florencia, Josep Borrell. Nunca se me olvidará la cara del ex ministro y del ex presidente del Parlamento Europeo cuando todos nos enteramos, en mitad de un curso que trataba precisamente la constitución fiscal y financiera de la Unión Europea, que el 135 se iba a modificar rápidamente y en apenas unas semanas. Era verano de 2011, y en el Palacio de la Magdalena no se

habló de otra cosa durante días. Compartiendo una comida con Borrell y los demás compañeros que asistíamos, le entregué al director un pequeño artículo de opinión que acababa de publicar en la plataforma ATTAC de Justicia Financiera, a la que pertenecía desde mis primeros años en la Universidad, y que trataba sobre el problema de la legitimidad democrática del Banco Central Europeo. No sé si Borrell llegó algún día a leer el artículo, menos probable aún dado el notorio enfado que manifestaba sobre la repentina reforma, pero en aquella comida me comentó que, ya que yo quería seguir estudiando "esto del neoliberalismo", podría centrarme en la estabilidad presupuestaria como principio.

Pasaron los años, terminé la carrera y el máster, y recordando las palabras Borrell y lo estudiado hasta entonces, vi con cierta claridad, pero con mucha timidez aún, que un elemento esencial de la concepción neoliberal de la Constitución y del poder político y económico venía constituido por aquel principio de estabilidad presupuestaria, y que si lograba entender sus repercusiones podía también, al fin y al cabo, encuadrarlo correctamente en la crisis del Estado social y de la democracia constitucional que, hasta ese momento, tanto me había interesado. Porque lo que podíamos entonces constatar era lo que una parte de la academia, la crítica, había venido denunciando durante lustros: que la fórmula se había agotado debido a la hipertrofia y a la aparente victoria definitiva del conjunto (neo)liberal sobre el democrático. Que las tensiones y conflictos entre ambos, tan sanas y oportunas para el correcto desarrollo y concreción del pluralismo político y democrático, ya no eran tales, pues habían quedado subsumidas por el llamado "consenso de Washington" y la acción normativa de la Unión Europea, volcada en la construcción de un mercado único guiado, únicamente, por el frío mercantilismo. "En vil mercado convertido el mundo, mísera Europa"[1], que decía premonitoriamente desde su romanticismo trasnochado el extremeño Espronceda.

Por todo ello decidí, finalmente, dirigir mi actividad investigadora y su primera culminación, cual es la tesis doctoral, al análisis crítico de la estabilidad presupuestaria y su impacto en el principio democrático, en tanto aquella es una de las principales dimanaciones jurídicas o normativas del neoliberalismo y este, entonces y ahora, se ha venido convirtiendo también en una de las más preocupantes amenazas para la democracia constitucional. Le expuse el planteamiento y la incipiente idea al profesor Roberto Viciano, quien, con su conocida clarividencia, supo enseguida guiarme en los primeros pasos y asumió, creo que sin arrepentirse hoy, la dirección de mi investigación; algo por lo que le estaré siempre especialmente agradecido.

1. Miseria y avidez, dinero y prosa,en vil mercado convertido el mundo,los arranques del alma generosa poniendo a precio inmundo, cuando tu suerte y tu esplendor presideun mercader que con su vara mide el genio y la virtud, mísera Europa...Espronceda. A *la degradación de Europa*.

2. EL ORIGEN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA: ORDOLIBERALISMO Y ECONOMÍA CONSTITUCIONAL

Antes de analizar en la tesis la juridificación de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y su incidencia en los ordenamientos nacionales y en el principio democrático, objeto principal del estudio desarrollado, los esfuerzos se centraron en aclarar cuál era el verdadero bagaje teórico de la también llamada "regla de oro" (*golden rule*) y de la justificación de su constitucionalización.

La primera vez que en el constitucionalismo encontramos la estabilidad presupuestaria juridificada al más alto nivel normativo es en los Estados Unidos de mediados del siglo XIX, cuando una serie de bancarrotas y quiebras estatales impelieron a los entes federados a reformar sus antiguas normas fundamentales para acoger el principio. El objetivo era claro y práctico: tranquilizar a los mercados internacionales de deuda lanzando el mensaje de que los Estados, a partir de ese momento, no volverían a incurrir en déficits abultados que los llevaran al impago. Es más, aprovechando estas reformas, en ocasiones se introdujeron cláusulas muy novedosas y desconocidas para el panorama comparado, en las que se imponía la prioridad absoluta del pago de la deuda pública o la vinculación de sus títulos, en manos de los acreedores internacionales, a la satisfacción efectiva de determinados impuestos. Sin embargo, y como he tenido oportunidad de estudiar en otra sede ("La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Estados Unidos: lecciones de un debate inacabado"), estas previsiones constitucionales no pueden vincularse con el neoliberalismo por ser anteriores a la aparición misma de dicho movimiento teórico y por tener una pretensión eminentemente práctica, condicionada por los efectos concretos que querían conseguirse y, por ende, no enmarcada en ninguna concepción integral de la Constitución diferente a la hasta entonces seguida. Los intentos sucesivos, en el siglo XX, por elevar alguna cláusula parecida a la Constitución federal de los EEUU, que carece de una previsión de estabilidad presupuestaria (*balanced budget rule*, en inglés), fueron malogrados. A nivel federal no se contempla la necesidad de que los ingresos y los gastos se equiparen, evitando incurrir en déficit, pero a nivel subfederal son casi unanimidad los Estados que recogen algún tipo de mecanismo de *balanced budget* en ese sentido. En la Unión Europea, como veremos, el fenómeno es justo el contrario, en parte debido a la disímil configuración histórica de su origen y estructura. Con todo, lo cierto y verdad es que, como he estudiado en otra contribución ("Más allá de la regla de oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario"), el grado de cumplimiento efectivo de las previsiones estatales de estabilidad presupuestaria en EEUU deja mucho que desear, dado el excesivo número de subterfugios legales existentes que permiten sortear sus previsiones más condicionantes.

Si la experiencia estadounidense en cuanto a la constitucionalización de la *balanced budget* pudo servir de antecedente fáctico, la clave en la determinación histórica del devenir de su teorización hemos de encontrarla en la vieja Europa y, en concreto, en la Alemania de entreguerras. Es aquí donde surge una escuela

teórica, el ordoliberalismo, que será una de las principales y primeras del gran cambio neoliberal. El liberalismo decimonónico partía de la diferenciación entre las estructuras políticas y económicas, cada una de las cuales era regidas por sus propias leyes naturales. En las políticas la preocupación liberal se centraba, como hemos adelantado, en controlar el poder y limitarlo mediante su separación y la garantía de derechos individuales. Y aunque ambos mecanismos eran y son consustanciales al capitalismo contemporáneo, no existía una visión global, premeditada y consciente de la necesidad de vincular el constitucionalismo a la protección del sistema económico deseado. Éste, por su parte, se entendía como naturalmente dado, por lo que la labor de los economistas y teóricos liberales consistía en descubrir y descifrar sus leyes y reglas ínsitas, inherentes o inmanentes. El problema es que, como tempranamente advirtieron algunos liberales (Spencer, destacadamente), la defensa teórica del *laissez faire* dio enseguida paso al intervencionismo estatal en la economía provocado por las necesidades derivadas del propio capitalismo. Al dejar al albur su desarrollo, las desigualdades e injusticias sociales llegaron a un punto que, para evitar su traducción revolucionaria, debieron encontrar acomodo en una respuesta planificada y organizada desde el poder estatal. De la gran transformación que supuso el capitalismo industrial (Polanyi) terminó dimanándose una intervención económica desde los poderes públicos destinada a evitar la ruptura social y comunitaria y a laminar, con contundencia a veces, las externalidades negativas de la lógica de mercado. Éxodo rural, hiperconcentración urbana, suburbios, pobreza extrema, trabajo infantil y conflicto social eran la otra cara de la moneda liberal del *laissez faire*, por lo que el Estado se vio en la necesidad perentoria de romper la artificial separación Estado/Sociedad/Economía del liberalismo clásico. De una sucinta mirada a los grandes liberales del XIX podemos inferir el tránsito de muchos de ellos desde un liberalismo irredento y clásico, contractualista e individualista, a un liberalismo democrático con pretensiones reformistas y abiertamente, en ocasiones, interventor.

Es en este contexto cuando surge la inquietud en muchos liberales por el cambio de paradigma que estaba "sufriendo" su tradición teórica. Tras la Primera Guerra Mundial, en buena parte de Europa, aparece la adjetivación social del Estado y las llamadas "constituciones económicas" (Weimar), que habilitan a los poderes públicos una amplia panoplia de intervenciones para hacer efectiva y material la antigua igualdad formal. De entre aquellos liberales que no veían con buenos ojos esta deriva intervencionista de los otrora despreocupados Estados occidentales comenzó a destacar un grupo de teóricos y economistas, en torno a la obra de Walter Lippmann (*The Good Society*) y a Louis Rougier, que buscaron las causas de este cambio en la propia dejación de la teoría liberal. En efecto, denunciaron que era precisamente la falta de atención del liberalismo clásico decimonónico por las relaciones entre el Estado y la Economía lo que había permitido la deriva intervencionista del primero. El *laissez faire* y los postulados manchesterianos del liberalismo más radical eran, simplemente, presupuestos falsos e inoperantes para la defensa del libre mercado. Había, pues, que reformular el liberalismo con el objeto de que abordara esas relaciones entre los dos

ámbitos a fin de garantizar los intereses auténticamente liberales. Es aquí, en este parteaguas (neo)liberal, justo antes de la Segunda Guerra Mundial, cuando el ordoliberalismo alemán comienza a fraguarse en torno a las contribuciones teóricas de Eucken, Röpke o Rüstow.

La principal novedad que esta escuela incorpora, y que va a integrarse en el conjunto del ideario neoliberal, es que el capitalismo no puede desenvolverse libremente y con plenitud sin la previa intervención del Estado. Para que el libre mercado pueda desarrollarse y desplegar todos sus mecanismos, el Estado debe previamente asegurar la certeza jurídica y garantizar mínimamente sus condiciones de materialización. Es lo que los liberales, dicen ahora estos autores alemanes, nunca llegaron a entender. ¿Pero acaso no se trataba en el neoliberalismo de encontrar la vía para regresar al viejo ideal liberal y evitar el intervencionismo estatal de corte social? Sí, y es aquí precisamente donde los ordoliberales presentan su propuesta. Si el Estado es una condición necesaria para el capitalismo, lo que debe hacerse desde los postulados (neo)liberales es preconfigurar el propio Estado y sus políticas para que sean funcionales al mantenimiento del libre mercado y no para que se destinen o se encaminen a la intervención socialista, socializante o redistributiva. Lo que se ha de hacer es prediseñar el Estado para garantizar su funcionalidad respecto al capitalismo. Y no hay mejor manera de hacerlo que articulando una serie de instrumentos (*políticas de ordenamiento*) que tengan como finalidad principal asegurar el orden (*ordo*) de competencia. La competencia, pues, como criterio fundamental de regulación de las relaciones humanas, económicas y sociales, pero también de la estrecha vinculación entre Estado, Sociedad y Economía. He aquí el gran aporte ordoliberal al por entonces incipiente neoliberalismo.

A efectos de lo que nos interesa en el estudio de la teorización sobre la necesidad de incorporar la estabilidad presupuestaria a la Constitución, lo relevante del parteaguas neo y ordoliberal es que, en el prediseño de ese Estado funcional al capitalismo, van a cobrar importancia propia una serie de metaprincipios sin los cuales, se entiende, no puede alcanzarse la óptima protección del capitalismo que se pretende. La defensa de la competencia, la estabilidad de precios, la lucha contra la inflación y contra la cartelización, son algunos de los elementos esenciales que los ordoliberales identifican como piedras angulares de las políticas estatales que deben precondicionar el libre mercado para hacerlo realmente efectivo. Y aquí ya habrá algunos autores que incorporarán en el listado el principio de estabilidad presupuestaria, en el entendimiento de que unas cuentas públicas "saneadas" o equilibradas constituyen una garantía de *self-restraint* financiero de lo estatal. Sin embargo, los ordoliberales nunca conseguirán concentrar en la norma constitucional esa precondicionalidad jurídica funcional al mercado y al orden de competencia. La mayoría eran economistas, habían crecido con la Constitución de Weimar y sus reiterados y sistemáticos incumplimientos, por lo que no tenían mucha esperanza en la efectividad real del derecho constitucional. Por ello, habrá que esperar a una nueva escuela teórica, nacida en Estados Unidos al calor del ímpetu neoliberal, para encontrar por

primera vez una defensa acérrima de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y de los metaprincipios ordoliberales.

La llamada Economía constitucional, de la escuela de la *Public Choice* de Virginia, con el economista y premio Nobel James M. Buchanan a la cabeza, será la que realice esos aportes doctrinales sobre la materia y la que focalice la preocupación ordoliberal en la constitución. En el marco del debate neocontractualista de principios de los setenta en EEUU (Rawls, Nozick...), Buchanan recogerá el testigo ordoliberal y defenderá que aquel prediseño funcional al capitalismo del Estado debía hacerse, antes que nada, en la propia Constitución en tanto norma suprema con legitimidad directa y mecanismos efectivos de resolución y cumplimiento. La Constitución, para Buchanan, es el contrato social fundado en la unanimidad del momento constituyente, unanimidad o consenso derivado de la necesidad de garantizar las desiguales posiciones de partida que se dan antes del establecimiento mismo del orden político. Para asegurar a los más privilegiados o a quienes ostentan el capital que sus intereses no van a verse mermados, pues de lo contrario no entrarían en el contrato y este sería (para la *public choice*) antidemocrático, la norma fundamental tendrá que acoger instrumentos destinados a la salvaguarda del statu quo económico. Los mecanismos de redistribución de la riqueza, como los impuestos progresivos o sobre la concentración de capital, así como la prestación y gestión directa de recursos por parte de Estado, serían en esta interpretación unanimista o consensual de la democracia elementos que formalizarían un cambio de posiciones económicas y, por ende, manifestarían una tendencia contra las minorías (privilegiadas o ricas) que no podría sostenerse. Al ser el momento fundante una transacción entre las mayorías y las minorías, por el que éstas se protegen frente a la acción redistributiva de las primeras, la Constitución debe recoger garantías exactas de dicha protección. Así, quedarían excluidos de su contenido todos los elementos caracterizadores del Estado social stricto sensu, por cuanto su potencialidad sería contraria a los intereses de una parte de la sociedad y, en tanto tal, al propio criterio de la unanimidad fundante. Buchanan llega a decir que los impuestos progresivos pueden entenderse como un auténtico robo de un carterista, por lo que su obsesión teórica será verter los metaprincipios del capitalismo en la Constitución para protegerlos del pluralismo político y de las mayorías sociales alternantes en el poder. Así, no sólo quedarían excluidos la progresividad fiscal, la iniciativa económica pública, las reservas o la planificación indicativa de la economía, sino que se articularían una serie de mecanismos para hacer normativamente vinculantes aquellos elementos procedentes del parteaguas ordoliberal. Y entre ellos, claro está, va a disfrutar de una posición doctrinal privilegiada la estabilidad presupuestaria, verdadera bandera de la Economía constitucional buchaniana.

En el razonamiento de la Escuela de Virginia, si se consigue asegurar el equilibrio entre ingresos y gastos se estaría subsiguientemente consiguiendo también, dicen, la reducción o el constreñimiento de la acción estatal en la economía. ¿Por qué? Porque al mismo tiempo se defiende que la Constitución debe petrificar al máximo nivel las bases imponibles de los tributos para dificultar su elevación,

llegando incluso a su aprobación referendaria caso de que sea preciso. De este modo, si por un lado el Estado tiene prohibido, constitucionalmente, acudir a los mercados para financiar su deuda y sus políticas económicas expansionistas y, por otro, tampoco puede recurrir a la elevación de la presión impositiva por los impedimentos constitucionales de tipo procedimental, no quedará más remedio que recortar su presencia en la economía. Quedaría, en consecuencia, garantizado una especie de Estado mínimo, (neo)liberal y némesis del Estado social, que se limitaría al mantenimiento de la seguridad ciudadana, el orden público y la seguridad jurídica y a la prestación de (mínimos) bienes públicos o colectivos. Y es que Buchanan y los teóricos que lo rodean (Tullock, Brennan) no llegan a los parámetros de recelo hacia el Estado casi patológicos de Nozick o Rothbard, puesto que, para que en el momento constituyente originario y fundante pueda conseguirse aquella transacción consensual entre mayorías y minorías, se hace necesario constatar la existencia de bienes públicos, pocos y reducidos, para conseguir también el apoyo de quienes no se benefician del statu quo del momento.

El neocontractualismo de Buchanan centra, pues, el parteaguas o cambio de paradigma ordoliberal en la Constitución como norma jurídica, en la Constitución normativa como máxima expresión de la legitimidad política de la comunidad constituida y como mejor y más eficaz instrumento de aseguramiento del orden de mercado. Y en su cúspide, como mecanismo esencial para la garantía de éste, se eleva la estabilidad presupuestaria en tanto metaprincipio que consigue evitar la "extralimitación" del temido intervencionismo estatal, consiguiendo desde el prediseño jurídico-constitucional el objetivo neoliberal, cual es la salvaguarda y potenciación de un modelo económico determinado y de los intereses que lo caracterizan. En las contribuciones teóricas de la Economía constitucional pudieron pesar, sin duda, las experiencias constitucionales de los Estados de EEUU en el siglo XIX, cuando abordaron las mentadas reformas sobre el particular, pero es indudable que las consecuciones doctrinales de esta escuela se deben más a las elaboraciones y a las categorías que venían realizándose y completándose desde el periodo de entreguerras en Europa. El propio Buchanan tendría oportunidad de defender prácticamente sus postulados en la llamada *revolt tax* de los setenta en EEUU, cuando surgió un movimiento ciudadano y asociativo contra la elevación impositiva y a favor de la reducción de la presencia estatal en la economía. Fue entonces cuando se reimpulsó la idea de introducir una enmienda en la Constitución federal para que se estableciera al más alto nivel la *balanced budget rule* también para los gastos e ingresos de la Federación, aunque la iniciativa nuevamente no prosperó debido, como casi siempre, al peculiar sistema de *checks and balances* que afecta también al procedimiento mismo de la reforma constitucional.

Ahora bien, aprovechando el marco de las discusiones y debates políticos que hubo en Estados Unidos al respecto de la *golden rule* y su posibilidad de constitucionalización federal, en la tesis doctoral pude abordar las problemáticas específicas de ejecutoriedad que dicha cláusula contiene. Comenzando por algo tan simple a primera vista como es la propia determinación de los ingresos y gastos, algo más complejo de lo que parece por cuanto deben tomarse en

consideración elementos de teoría económica que se derivan, necesariamente, de previas posiciones de partida, militantes y parciales. También se analiza la incorporación de cláusulas de escape o descuelgue que permitan flexibilizar o suspender la aplicación de la estabilidad presupuestaria cuando concurran determinadas circunstancias que activen los presupuestos habilitantes, como catástrofes naturales o recesiones económicas graves que impliquen la necesidad de una mayor intervención expansionista del Estado. Por último, se estudiaron con detenimiento las dificultades existentes en torno a la ejecutoriedad judicial de la *golden rule*, dada la complejidad de su determinación y la naturaleza eminentemente económica de sus previsiones. ¿Los jueces haciendo cuentas? ¿Enmendando o suspendiendo los presupuestos cuando no cumplan con el mandato constitucional de equilibrio? Las consecuencias que un posible y no deseado intervencionismo judicial en la materia podrían derivarse tendrían, denunciamos, un impacto destacado en la preservación del principio democrático y en la separación de poderes y funciones a él anejo.

3. LA *BALANCED BUDGET RULE* EN LA UNIÓN EUROPEA

En el análisis concreto de la recepción de la estabilidad presupuestaria en Europa y en los sistemas constitucionales del viejo continente la tesis parte de una constatación: que el proceso de integración europea ha girado fundamentalmente en torno a la construcción de un mercado único como criterio-guía unidireccional. Para ello, la Unión se ha servido de instrumentos típicamente ordoliberales, como la defensa de un orden de competencia férreo con sus propios instrumentos de defensa y garantía, elevando las cuatro libertades económicas fundamentales a la categoría de nuevos derechos subjetivos comunitarios de los que se benefician, sobre todo, las grandes empresas. La consolidación de ese mercado único a partir del Acta Única Europea, sin embargo, conllevaba la necesidad de seguir avanzando en el proceso (*spill over* neofuncionalista) y dar pasos más avanzados y decididos para perfeccionar y terminar de completar aquel proceso neomercantilista. El Tratado de Maastricht incorporó en consecuencia la creación gradual de una Unión Económica y Monetaria (UEM) que viniera a complementar y adecuar aquel mercado único, reduciendo los costes de transacción económica y eliminando los últimos obstáculos para el intercambio interestatal. Claro que, en el entendimiento, correcto, de que un mercado único necesita también de sus instituciones y marcos jurídico-políticos propios para evitar las disparidades que pueda conllevar, sobre todo entre realidades socioeconómicas tan disímiles como las que se dan entre el Norte y el Sur de Europa, y entre el Oeste y el Este. En este sentido se acordaron unos criterios mínimos para que ninguna economía nacional divergiera tanto que pusiese en peligro al conjunto de un mercado que ahora iba a dotarse de moneda común y de políticas macroeconómicas teóricamente convergentes. El control de la inflación y la estabilidad presupuestaria y financiera se blandieron entonces como banderas principales, estableciendo los famosos límites del 3% de déficit y del 60 % de deuda, ambos porcentajes referenciados al PIB. Su adopción formal vino establecida en el Pacto de Estabilidad

y Crecimiento (PEC) de 1997, antes de la entrada en circulación de la moneda común y de la puesta en funcionamiento pleno de la propia UEM.

Sin embargo, el PEC adoleció desde el inicio de una débil cobertura jurídica y, sobre todo, de una no menos débil vinculatoriedad efectiva, por cuanto se dejaba al albur del Consejo la imposición de las sanciones por incumplimiento. Algo que se vio sin rubor cuando en 2004 Francia y Alemania se saltaron los corsés del Pacto, y a pesar de los requerimientos de la Comisión, el Consejo no acordó adoptar sanción alguna en el marco del Procedimiento por Déficit Excesivo (PDE) que acompañaba al PEC. La fragilidad de la estabilidad presupuestaria juridificada en la Unión se mostró insostenible cuando, a partir de 2009, la crisis económica y financiera internacional comenzó a golpear con dureza a los Estados europeos, sobre todo a los del sur, disparando sus déficits y deudas públicas. La Unión, en vez de asistir financieramente a dichos Estados, combatir los ataques especulativos y servir de prestamista de última instancia (algo que su BCE tiene prohibido expresamente), decidió tranquilizar a los llamados "mercados" mediante el refuerzo jurídico del PEC y la instauración de nuevos instrumentos que coadyuvaran en el objetivo del Pacto, es decir, en alcanzar un equilibrio entre ingresos y gastos. Si las consecuencias de la estabilidad presupuestaria se quedaran solo aquí no habría, aparentemente, consecuencias para el Estado social y, por ende, para la democracia constitucional, pero enseguida veremos que, sin necesidad de acudir a los expedientes de la Economía constitucional de Buchanan, el propio marco de desarrollo de la Unión Europea produce efectos parecidos a los deseados por la teoría neoliberal. Analicemos primero, sucintamente, cuáles fueron los tres principales mecanismos que se crearon o reforzaron como consecuencia de la crisis internacional y que conllevaron la institucionalización definitiva de la estabilidad presupuestaria como nuevo metaprincipio de una Unión con base ordoliberal y profundamente mercantilista.

3.1. El Mecanismo Europeo de Estabilidad

Al margen del derecho originario de la Unión Europea, y como quiera que éste impedía (y sigue haciéndolo) la asunción comunitaria de las deudas u obligaciones financieras de los Estados (art. 125 TFUE), los gobernantes de la zona euro decidieron crear un organismo paralelo a la propia Unión para que asistiera financieramente a los Estados miembros con necesidades económicas perentorias. Un "mecanismo de rescate" que pudiera así canalizar la "ayuda" financiera de los Estados, fuera de la Unión y sin las trabas de ésta, para que otros en peor situación pudieran hacer frente a sus acreedores. Como se trataban todos de Estados europeos, y de Estados de la zona euro que deben respetar el derecho de la Unión, se reformó rápidamente el artículo 136 del TFUE para dar cobertura jurídica al mecanismo y al nuevo Tratado que le daría vida. Así, en febrero de 2012 se firmaba el Tratado por el que se establecía el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que, paradojas de las a veces excesivamente rocambolescas operaciones jurídicas de la Unión, entró en vigor… ¡antes de la reforma del propio TFUE que le iba a dar cobertura!

Además, la polémica lo acompañó desde el inicio, pues sin ser parte de la Unión el MEDE incorporaba a la Comisión Europea como institución clave en el desempeño de sus funciones y en la elaboración, aprobación y supervisión de los llamados "Memoranda de Entendimiento" (MOUs), en los que se plasmaban los acuerdos entre los Estados solicitantes de asistencia financiera y el Mecanismo. ¿Cómo un tratado ajeno a la UE podía encomendarle funciones a una institución de la propia Unión? La famosa sentencia Pringle, que analizamos con detalle particular en la tesis, vino a dar una respuesta afirmativa permitiendo tal encomienda sobre la base de que el MEDE no contravenía el derecho originario por cuanto, y he aquí la clave interpretativa, respetaba la cláusula de no rescate del artículo 125 mentado al imponer siempre, a los Estados solicitantes, una "estricta condicionalidad". Es decir, en todos los MOUs, y por mandato del Tratado MEDE, la Comisión debía determinar como contrapartida a la asistencia financiera unas condiciones estrictas que se centrarían en la consecución de la estabilidad presupuestaria y financiera por parte del Estado. ¿Por qué? Aparte de por ser este último principio un metaprincipio ya de la propia Unión, porque así se entendía que se estaba garantizando a medio o largo plazo la devolución de los préstamos concedidos por el MEDE y, por tanto, el reintegro de las cantidades abonadas al Mecanismo por los Estados acreedores. Si el Estado asistido aseguraba su estabilidad financiera y presupuestaria, cumpliendo con el metaprincipio comunitario asociado al PEC y a la UEM, aseguraba al mismo tiempo su integridad fiscal frente a posibles bancarrotas.

De este modo, la estabilidad presupuestaria se convirtió en una correa de transmisión de la adecuación o corrección jurídica de un mecanismo que, recordemos, era y es ajeno a la Unión, algo que pudo constatar hasta el mismísimo Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando examinó la constitucionalidad de su existencia. Y el Tribunal de Karlsruhe llegó a una conclusión parecida: era constitucional siempre que se garantizase la solvencia futura del Estado deudor y la devolución del préstamo recibido a los Estados acreedores (Alemania, claro), lo que solo podría asegurarse mediante una estricta condicionalidad que tuviera por objeto la consolidación fiscal y presupuestaria, es decir, el cumplimiento de la *golden rule* lato sensu.

Claro que, para la concreción de este mandato de estabilidad, los MOU aprobados por la Comisión debían reflejar una serie de medidas, reformas y recortes presupuestarios que podrían incidir o afectar en los derechos fundamentales de la ciudadanía de los Estados afectados, sobre todo los derechos sociales. Y aquí, sin embargo, el TJUE en Pringle dictamina que, como los MOUs no son derecho de la Unión sino instrumentos jurídicos de una institución ajena a la misma y de base jurídico-internacional, no pueden ser examinados a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales. A pesar de que sean elaborados, negociados y aprobados por una institución de la Unión, a pesar de que todos los Estados firmantes del MEDE sean miembros de la propia Unión… la Comisión podría llegar a vulnerar, indirectamente, derechos fundamentales mediante la aplicación estatal de la estricta condicionalidad impuesta. Algo que la sentencia

Ledra Advertising, de 20 de septiembre de 2016, ha venido a matizar, corrigiendo tímidamente la jurisprudencia de Pringle para dar cabida a cierta proyección de la Carta sobre los MOUs y las medidas a ellos asociadas.

El MEDE se convertía, por tanto, en un instrumento más al servicio del nuevo principio neoliberal, con una contundencia y eficacia exorbitantes en aquellos Estados que, como consecuencia de la crisis financiera internacional, habían recibido un impacto mayor en sus cuentas públicas y necesitaban con urgencia un "rescate" por parte de sus socios, ahora convertidos en acreedores con derecho a intereses.

3.2. El PEC revisado

Como vimos, el PEC de 1997 era poco eficaz frente a los incumplimientos de los Estados y no incorporaba automaticidad alguna en la imposición de sanciones. En tanto la respuesta a la crisis económica y financiera desde la Unión Europea se quería centrar en el refuerzo de la estabilidad presupuestaria para "tranquilizar a los mercados", se hacía perentoriamente necesaria la reforma del PEC y el fortalecimiento de sus reglas. En 2011, y en medio de la crisis griega y de los debates sobre el MEDE, se aprobaba un paquete de cinco reglamentos y una directiva, conocido como *six pack*, y que vino a ser la mayor reforma hasta el momento en la gobernanza de la UEM.

La complejidad de las reformas introducidas nos lleva a que, por la naturaleza misma de esta contribución, tengamos que resumirlas muy sucintamente y circunscribirnos a las novedades principales. Entre estas destaca el refuerzo de la vertiente preventiva del Pacto, la creación del llamado "Semestre Europeo", para coordinar la presentación de las previsiones presupuestarias y su supervisión (de los Planes de Estabilidad y Convergencia), o la creación del Procedimiento por Desequilibrios Macroeconómicos (PDM). Éste último consiste en la supervisión, por parte de la Comisión y el Consejo, de los parámetros macroeconómicos de los Estados, como el desempleo, la deuda privada o las balanzas de pagos, y la posibilidad de aprobar "recomendaciones" para que el Estado tutelado actúe en una dirección u otra. El anclaje jurídico de este nuevo PDM es incierto, por cuanto, a primera vista, los Tratados no dan cobertura a una supervisión de tal calibre, aun cuando se extendiera ostensiblemente la interpretación de las categorías de política presupuestaria o monetaria.

Pero donde se da el mayor cambio respecto al antiguo PEC es en la vertiente correctiva con la reformulación de un procedimiento de sanción que incorpora ciertas dosis de automaticidad. Para los Estados de la zona euro, la constatación de incumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera se realiza mediante mayoría cualificada del Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, sí, pero la posibilidad de culminar el procedimiento sancionador se concreta por un novedoso sistema de "mayoría

cualificada inversa". Esto es: si la Comisión presenta una recomendación sobre la necesidad de sancionar a un Estado, ésta prospera siempre que el Consejo no decida lo contrario por mayoría cualificada, lo que facilita la imposición de sanciones, las cuales pueden llegar al 0,2% del PIB estatal correspondiente. Curiosamente, se establece que el monto de estas sanciones se ingrese en el MEDE, mecanismo que, como hemos aclarado, no pertenece a la estructura institucional de la Unión (a pesar de Pringle).

La Comisión, con estas reformas, ha ganado peso frente al Consejo, al tiempo que cierta automaticidad jurídica ha logrado también imponerse a los meros criterios de oportunidad política que habían impedido, con anterioridad, el cumplimiento coactivo del antiguo PEC (casos de Francia y Alemania). Aunque, con todo, la última palabra la sigue teniendo el Consejo, a pesar de la "mayoría cualificada inversa" que se precisa, y, por tanto, los propios Estados en él representados. Más poder a la Comisión, decimos, que además no se agota en la estabilidad presupuestaria *stricto sensu*, por cuanto también desempeña un rol esencial en la supervisión macroeconómica del nuevo y polémico PDM.

Por otro lado, algo en lo que la tesis se detiene con cierto interés es en la mutación que parece haber sufrido el instrumento de la "recomendación", puesto que hasta 2011 se entendía que, como su propio nombre indica, no tenía efectos vinculantes para los Estados. Sin embargo, con el refuerzo del papel de la Comisión y con la posibilidad que ésta tiene de impulsar el PDE utilizando "recomendaciones", nos preguntamos, con De Witte, si podemos seguir catalogándola como mero *soft law*.

En medio de una crisis financiera que no terminaba de agravarse, la Unión decidió dos años después de aprobar el *six pack* lanzar otro paquete de medidas para seguir dotando de instrumentos al PEC revisado. En 2013 se aprobaba así el llamado *six pack*, compuesto por dos Reglamentos y cuyo ámbito subjetivo de aplicación se limitaba a los Estados del euro. Si en las reformas del *six pack* y en el marco del Semestre Europeo los Estados debían presentar sus Planes de Estabilidad y Convergencia, ahora directamente tendrían la obligación de enviar a la Comisión, para su supervisión, los mismísimos proyectos de presupuestos generales. Hemos de percatarnos de la intromisión que, al respecto, se produce en la soberanía fiscal, presupuestaria y económica de los Estados, suponiendo esta nueva medida un salto cualitativo hasta por lo que tiene de simbólico, máxime si partimos de la estrecha vinculación entre soberanía nacional, parlamentarismo y derecho presupuestario que existe desde los albores del constitucionalismo. Por si fuera poco, el *two pack* crea un sistema de "supervisión reforzada" que puede ser aplicado por la Comisión a aquellos Estados que presenten, según su criterio, desviaciones de déficit, deuda pública o de los criterios macro del PDM, y que conllevaría la obligación de trasladar continuamente información desde los Estados a la UE y la posibilidad, incluso, de que técnicos de la Comisión se personen *in situ* en los países sometidos a tutela.

Vemos, pues, cómo en 2013 se termina de completar el refuerzo normativo del PEC y se juridifica con mayor eficacia, y de manera mucho más contundente que en los inicios de la UEM, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. En caso de incumplimiento, o hasta de amenaza o probabilidad de incumplimiento, los Estados se ven sometidos a la supervisión directa de la Comisión, que puede también examinar sus proyectos de presupuestos y la evolución de sus parámetros macroeconómicos. Y aunque la última palabra la sigue teniendo el Consejo y, por ende, los mismos Estados miembros, la posibilidad de imposición de sanciones ha aumentado en automaticidad al incorporarse la regla de la "mayoría inversa cualificada" y al incrementarse los poderes del ejecutivo comunitario.

3.3. El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza

El nuevo cuadro normativo de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea se completa con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) aprobado por todos los Estados, a excepción de Reino Unido y la República Checa, en 2012. Al igual que el MEDE, asistimos a una renovada "huida" del derecho originario de la Unión y de su arquitectura institucional por cuanto el Tratado se aprueba al margen de la misma como acuerdo intergubernamental. A pesar de ello, y siguiendo el ejemplo del MEDE, el TECG encomienda funciones a instituciones comunitarias, como la Comisión o el TJUE, aunque en este último caso se trata de una encomienda menos problemática por cuanto el propio TFUE lo permite explícitamente.

Si se estaba o se iba o se había reforzado el PEC, si el MEDE ya estaba en funcionamiento… ¿Por qué entonces aprobar un nuevo Tratado? La idea surgió del tándem Sarkozy-Merkel, del eje francoalemán, cuando constataron el empeoramiento de la crisis financiera y de deuda pública que afectaba a la Europa del sur y cuando, precisamente, el Presidente francés había fracasado en su intento de constitucionalizar de manera efectiva la estabilidad presupuestaria. Alemania ya lo había hecho en 2009, en el marco de las reformas de su federalismo financiero y fiscal y siguiendo ejemplos anteriores como el polaco (1997) o suizo (2001), y el ejemplo de la llamada "locomotora" europea comenzaba a convertirse en referencia para los gobernantes y discursos oficiales en el viejo continente. Es en este contexto donde debemos encuadrar el TECG y su medida principal, la contenida en su artículo 3.2. Y es que, lo que se buscó con el Tratado era una nueva obligación para el conjunto de Estados, esta vez de derecho internacional, que incidiera en la "necesidad" de incorporar a sus respectivas constituciones, es decir, al más alto nivel jurídico, el principio de la estabilidad presupuestaria. El mentado artículo conmina a los Estados firmantes, así, a que introduzcan en sus leyes fundamentales, o similares normas *permanentes* y vinculantes (para los ciclos presupuestarios), el mandato de la estabilidad presupuestaria. Claro que, ¿cómo puede un tratado internacional obligar a la reforma constitucional? Con desprecio absoluto por la jerarquía normativa y la supremacía constitucional, pero

teniendo en cuenta que un incumplimiento de sus disposiciones puede conllevar una responsabilidad jurídico-internacional. Se responderá, en cambio, que son los mismos Estados los que han aceptado la firma y ratificación de las disposiciones del TECG. Y sí, en efecto, pero no es ni parecido el procedimiento de aprobación de un tratado internacional que el de la revisión constitucional. En el caso de España se optó por activar el artículo 93 de la Constitución, el previsto para la cesión del ejercicio de competencias derivadas del propio texto fundamental y el que sirvió para la adhesión a las Comunidades Europeas, pero su aplicación depende de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y no de las mayorías más cualificadas que se exigen en la reforma constitucional (arts. 167 y 168 CE). Es decir, con la manifestación de la voluntad internacional del Estado mediante su impulso por el Gobierno se estaría intentando vincular al mismo Estado para que, por la puerta de atrás y al margen de las mayorías constitucionalmente previstas, revise su texto constitucional, base de la soberanía. Es, en fin, lo que parece ser que perseguía Sarkozy tras el rechazo parlamentario a su propuesta, tal y como indica Baudu. Aquí podemos adelantar ya la incidencia que la institucionalización de la estabilidad presupuestaria desde y por la Unión Europea está teniendo en las democracias constitucionales de los Estados miembros, siquiera al menos desde el prisma formal del respeto por las fuentes del Derecho y la jerarquía normativa.

La vinculatoriedad de esta especie de transposición pseudo-constituyente se ve complementada, más allá de las responsabilidades jurídico-internacionales en las que puedan incurrir los Estados parte, por la atribución al TJUE de un poder de sanción sobre el incumplimiento del mandato si la Comisión, previamente, emite un dictamen desfavorable. De nuevo constatamos aquí un fortalecimiento de la posición institucional de la Comisión, convertida en una especie de "supervisora presupuestaria de toda la Unión Europea".

Por otro lado, el Tratado refuerza el mandato de estabilidad presupuestaria del PEC revisado al rebajar el techo de déficit permitido al 0,5% del PIB, ahora *estructural*. Es decir, un déficit que a partir de este momento debe calcularse sin incluir las influencias extraordinarias del ciclo económico, un déficit constante y de base que debe estar por debajo de aquel porcentaje si no se quiere incumplir el Tratado. Aquí éste no establece mecanismos de sanción, aunque parece derivarse que la nueva cifra puede incorporarse, para los Estados parte, como parámetro en el PEC revisado. Es más, como última novedad relevante, el TECG determina que para la apertura del Procedimiento por Déficit Excesivo los Estados se han de comprometer a seguir también la regla de la mayoría inversa cualificada y a apoyar siempre las recomendaciones de la Comisión. Vimos que esta regla se aplicaba en el procedimiento sancionador, cuando al final de su apertura debía acordarse la imposición o no de sanciones, pero donde persistía en su inicio la votación por mayoría cualificada "positiva". Pues bien, ahora el TECG introduce un compromiso de naturaleza internacional, ajeno a la Unión Europea, pero que termina "contaminando" e influyendo en la modulación que ésta realiza en sus propios reglamentos de las normas de votación. No es que un Tratado externo a la UE encomiende funciones a instituciones de ésta, algo

ya polémico desde Pringle, es que directamente está intentando alterar subrepticiamente el derecho derivado aprobado conforme a los procedimientos establecidos en los tratados europeos.

Como manifestó el profesor Carlos de Cabo desde la presidencia del tribunal que enjuició la tesis doctoral, la misma constata una deriva antijurídica de las instituciones comunitarias y de los Estados que, liberados no solo ya de los corsés nacionales sino también de los europeos, utilizan permanentemente subterfugios contrarios a las lógicas del constitucionalismo y del Estado de Derecho. El ejemplo más radical sería, al respecto, el constituido por la esfera de impunidad que los Estados han creado en los MOUs del MEDE, que pueden afectar negativamente a los derechos fundamentales de la ciudadanía europea sin que sean examinados a la luz de la Carta.

4. LA CONVERGENCIA DEL MODELO POLÍTICO FRAGMENTADO Y EL MODELO ECONÓMICO COMPETITIVO: EL FIN DEL ESTADO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El proceso de integración europea, decíamos, se había fraguado desde el inicio en torno al objetivo esencial y prioritario de construir un mercado único presidido por los principios ordoliberales asociados al orden de competencia. Las libertades económicas fundamentales, el derecho mismo de competencia, la Unión Económica y Monetaria eran, en fin, las claves de una integración volcada por y para el mercantilismo. El desarrollo de la institucionalidad europea, si bien había sido influido por criterios y exigencias políticas, era también en el fondo un trasunto de las necesidades institucionales de la construcción de aquel mercado, necesitado de marcos de seguridad y certeza jurídicas y de centros de producción normativa propia con los que asegurar el correcto funcionamiento del capitalismo o, al menos, el mantenimiento de sus principios esenciales. Esta concepción ordoliberal de la UE se enfrentaba, no obstante, a las necesidades de legitimar democráticamente el proceso y de dotarlo de los instrumentos propios del constitucionalismo y el Estado de Derecho, a fuer no solo de chocar con las jurisdicciones constitucionales estatales (especialmente la alemana) sino con el rechazo explícito de la ciudadanía europea. Por ello, el proceso vino incorporando en los sucesivos tratados elementos característicos del clásico *rule of law* y de la pretensión liberal de limitar y controlar el poder, con el objeto de que éste no encontrara en la Unión un espacio de impunidad y extralimitación. Como consecuciones más relevantes, desde el prisma de lo democrático se reforzó el papel del Parlamento Europeo y el método comunitario, y desde el liberal-constitucional, se dotó a la Unión de una Carta de Derechos Fundamentales.

Sin embargo, con ocasión de la crisis económica y financiera, pareciera que la dimensión mercantil de la Unión ha vuelto con inusitada fuerza a reimponerse sobre el prisma democrático-constitucional del proyecto. El medio ha sido la reforma de la UEM en cuanto a los mecanismos de gobernanza económica

mediante la introducción e institucionalización de la estabilidad presupuestaria. Tres instrumentos han servido al respecto, a los que denomino como "tríada de mecanismos": el MEDE, el PEC revisado y el TECG. Los tres, al unísono, influyéndose mutuamente y hasta condicionándose jurídicamente en algunas previsiones, han juridificado la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera al más alto nivel sin apenas modificar el derecho originario y, lo que es más llamativo, intentando modificar el propio derecho constitucional de los Estados miembros. Y es ahora cuando debemos formularnos la pregunta esencial de la tesis, la que han venido anunciando estas páginas: ¿Por qué la consagración de la estabilidad presupuestaria como metaprincipio socava la virtualidad de la democracia constitucional y del Estado social? La clave reside en la arquitectura del diseño de la propia Unión, la cual responde tanto al paradigma ordoliberal como, de forma indirecta, a las pretensiones normativas de la Economía constitucional de Buchanan; esto es, al neoliberalismo. Expliquémonos.

La elevación de las libertades económicas fundamentales (de circulación, de capitales, de bienes y servicios) a categoría de verdaderos derechos subjetivos de la Unión, cuyos beneficiaros son sobre todo los agentes del sector privado, ha configurado en el viejo continente un "modelo económico competitivo". El derecho de competencia, las libertades económicas, el principio de reconocimiento mutuo (Cassis de Dijon) o la bendición jurídica del dumping laboral (Viking y Laval...), han convertido al mercado único y sus reglas mercantiles, pro-capitalistas, en los motores principales de la integración, los que la dotan de sentido y guían sus objetivos. Algo que ha recibido su reconocimiento simbólico (o más que simbólico) por los propios Tratados, cuando el TUE recoge, en su art. 3.3, la llamada "Economía Social de Mercado" como objetivo. Y es que esta fórmula no es solo diferente a la del Estado social de posguerra, sino directamente antitética al mismo, como he tenido oportunidad de estudiar detenidamente ("La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea"). Se trata de la denominación oficial, nada menos, que del propio modelo económico ordoliberal. Pues bien, a aquellos principios asociados al orden de competencia se ha añadido tras la crisis económico-financiera el metaprincipio de la estabilidad presupuestaria como nuevo axioma indiscutible y normativamente vinculante, lo que viene a alterar cualitativamente el esquema del modelo cuando opera con el siguiente bloque conceptual que pasamos a analizar.

Me refiero al que he llamado como "modelo político fragmentado" y que se da, en efecto, en la compleja relación entre la Unión y los sistemas constitucionales estatales. Cuando en el siglo XIX los Estados europeos consiguieron crear sus mercados nacionales y acabar con las trabas del Antiguo Régimen, liberando a las fuerzas productivas y mercantilizando el trabajo, el dinero y la tierra, estos mismos Estados terminaron percatándose de la necesidad de construir algunos contrafuertes frente a las externalidades negativas que se derivaban de esos mercados. La gran transformación necesitó también de un cambio en las políticas públicas y en la consideración liberal del intervencionismo estatal, como vimos, transmutándose el viejo liberalismo en reformismo casi fabiano. Con la Unión

Europea hemos creado un mercado también único, supranacional y continental, pero aún no hemos sabido, o querido, dotarnos de aquellos contrafuertes que existían ya en el nivel estatal y que soportaban el edificio del Estado social como fórmula integradora del conflicto. La progresividad fiscal, la iniciativa económica pública, la presencia real y efectiva del Estado en la economía o la institución de las reservas no han tenido correlato alguno en el proceso de integración, volcado en la centralidad de mercado y sin ningún tipo de compromiso social. Al estar presidido por el "modelo económico competitivo", y con unos Estados que siguen sin poner en común los elementos caracterizadores del Estado social, éstos han venido vaciándose y perdiendo su fuerza normativa. Carece hoy de sentido seguir explicando la constitución económica del Estado social español, francés o italiano como si continuara existiendo o como si perviviera su virtualidad interventora o transformadora. La Unión ha mutado sus contenidos, los ha vaciado en algunos casos y desfigurado en otros, impidiendo que se lleven a cabo verdaderas y decididas políticas de redistribución de la riqueza. La juridificación de la estabilidad presupuestaria solo ha agravado este proceso, completándolo y perfeccionándolo desde los postulados neoliberales.

Al analizar la Economía constitucional de James M. Buchanan veíamos que para que la *balanced budget rule* cumpliera el objetivo de garantizar el statu quo económico y de dificultar las intervenciones redistributivas del Estado social, hacía falta petrificar las bases imponibles de los tributos para impedir las elevaciones impositivas. Consiguiendo esto y evitando el recurso a la deuda pública, el Estado no podría aprobar políticas expansionistas, reduciendo el margen de acción que su antigua adjetivación social le permitía. En la Unión Europea no se han llevado a los tratados, al derecho originario, los impuestos sobre el capital para dificultar su modificación o elevación. El procedimiento ha sido más sencillo, pero con similar resultado: la ausencia de una integración positiva fiscal en el marco del "modelo económico competitivo" impide de facto cualquier imposición redistributiva sobre el capital. Si éste se beneficia de las libertades económicas fundamentales y puede moverse libremente por los Estados de la Unión, sin traba alguna, elegirá posicionarse y tributar donde la presión fiscal sea menor. Como no existen aún impuestos comunes, europeos, sobre los beneficios capitalistas, quedándose el de Sociedades y similares en el nivel de los Estados, el dumping fiscal continuo queda consagrado. Dumping que tiene dos caras: la de las empresas y capitales que conscientemente buscan territorios de menor o escasa tributación, y la de la autorrestricción de los Estados donde quieran llevarse a cabo políticas expansionistas, conscientes como son de la dificultad de elevar la presión impositiva ante la más que anunciada huida de capitales, legalmente amparada por las libertades comunitarias.

Si los Estados no pueden elevar los impuestos sobre el capital, partiendo de que la mayor parte de la riqueza se concentra en manos de unos pocos y en la propia perpetuación de los intereses de ese capital (Piketty), el único recurso disponible es el endeudamiento. Y aquí es donde aparece el principio de estabilidad presupuestaria (y su hermano, el de sostenibilidad financiera) que, como

camisa de fuerza, impide esa vía de escape. Si por abajo los Estados no pueden recaudar más, y por arriba no pueden acudir a los mercados internacionales para financiar, por ejemplo, políticas de corte (neo)kynesiano, el abanico de posibilidades económicas que recogía la apertura del Estado social se cierra. Ante crisis económicas o financieras puntuales, ante necesidades de ingresos o de consolidación presupuestaria, la vía que queda libre es únicamente la de los recortes y la de la reducción de la presencia estatal en la economía. No es que las potencialidades redistributivas del Estado social se difuminen hasta desaparecer, es que sus antiguas consecuciones en el ámbito socioeconómico y de la justicia material quedan en entredicho. La crisis del Estado social se acentúa y, con ella, la del Estado democrático.

Primero, porque como ha reiterado la mejor doctrina, los derechos fundamentales se quedan en la mera formalidad cuando no se dota a sus ciudadanos destinatarios de un mínimo de seguridad y bienestar material. Los derechos son interdependientes e indivisibles, y en su interdependencia e indivisibilidad reside una de las claves del Estado social como traducción de la democracia constitucional.

Segundo, porque para aquilatar la convergencia entre el "modelo económico competitivo" y el "modelo político fragmentado" que se produce en el vértice de la Unión Europea, ésta ha tenido necesariamente que vaciar de contenido las previsiones de las constituciones estatales. En este proceso, además, no ha dudado en utilizar subterfugios que formalmente no aguantarían ni un mínimo examen en cuanto a su adecuación jurídica. Huir de las lógicas del constitucionalismo y del Estado de Derecho estaba ya en el origen, en cierto modo, de algunos elementos de la integración europea, pero es que ahora directamente lo que pretenden los Estados es la liberación total de dichas lógicas desde el proceso mismo de integración y por fuera de los límites que éste, internamente, había conseguido crear. La constitucionalización de la Unión Europea salta por los aires cuando son los propios Estados miembros los que huyen de su marco jurídico y pseudo-constitucional acudiendo a tratados ajenos a la arquitectura y al método comunitario, desdibujando la naturaleza jurídica de las normas, como las recomendaciones, o creando esferas de verdadera impunidad, como la derivada de los MOUs del MEDE.

Tercero, y último, el pluralismo de opciones que permitía la apertura de la constitución económica del Estado social ha sido sustituido por un monismo neoliberal (Noguera Fernández) que impide la adopción de políticas alternativas, estrechando aún más el margen de operatividad del pluralismo. Democracia es también tener la posibilidad de materializar distintos idearios en el ámbito económico, máxime si las constituciones lo permiten al articular mecanismos potestativos de redistribución o intervención susceptibles de ser aplicados en función de la alternancia en el poder. Si la convergencia de modelos europeos descrita y los efectos de la estabilidad presupuestaria institucionalizada impiden la concreción y determinación de aquella apertura, es la democracia misma la que se resiente.

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, reza el primer artículo de nuestra Constitución, pero estamos viendo aquí como las tres adjetivaciones de la comunidad política están en franco declive como consecuencia de la hegemonía neoliberal. La suspensión temporal de las reglas de estabilidad presupuestaria acordada en 2020 como consecuencia del estallido de la pandemia del Covid-19 y la consiguiente parálisis económica no creo que cambie el paradigma neoliberal de la gobernanza de la UE, y más cuando los propios actores políticos han dejado bien claro que la senda de la consolidación fiscal es irrenunciable y que a la misma deberá volverse pasada la coyuntura.

La preocupación inicial que quería abordar en los comienzos de mi carrera académica, decía, versaba sobre las problemáticas contemporáneas de la democracia constitucional y de su fórmula integradora del conflicto y de la tensión existente entre las dos grandes tradiciones, la del liberalismo y la del republicanismo democrático. Creo, humildemente, que los resultados de la tesis doctoral han arrojado alguna luz, no sé aún si tenue o intensa, sobre la complejidad en las relaciones de ese binomio y sobre la necesidad, cada vez más imperante, de seguir protegiendo la democracia. El mejor europeísmo es el que denuncia las imperfecciones y errores de diseño del proceso de integración para seguir profundizando en el camino de una Europa más unida, cohesionada y justa. Espero que las contribuciones que hagamos desde la academia crítica ayuden a ese noble objetivo.

La consulta popular en el ejercicio de la democracia en sede autonómica

Loreto Segura i Renau

Doctora en Derecho por la Universitat de Barcelona

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

SUMARIO:

I. Introducción
II. Marco teórico
III. La consulta popular en Italia y en Estados Unidos
IV. El modelo de democracia en España y en las Comunidades autónomas
V. La consulta popular en el ordenamiento jurídico-constitucional español
VI. Conclusiones

NOTA BIOGRÁFICA:

Loreto Segura i Renau es licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración (2012), Máster en derecho (2014), Máster en docencia universitaria para profesorado novel (2019) y Doctora en derecho (2019) por la Universitat de Barcelona. Actualmente es profesora en la Universitat Abat Oliba CEU y en la Universitat Oberta de Catalunya. Asimismo, forma parte de grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya de Estudios sobre democracia y constitucionalismo (GEDECO). Ha realizado estancias de investigación en las universidades Boston College (USA) y LUMSA Università de Roma y, en esta última, también una estancia docente. Su investigación principal versa sobre la democracia, la participación política, la consulta popular y, más recientemente, los derechos fundamentales y el populismo.

I. INTRODUCCIÓN

La tesis doctoral llevada a cabo es fruto de diferentes factores, algunos de los cuales requieren ser puestos de manifiesto para comprender la motivación de fondo, no solo de la tesis, sino también del inicio de la vida investigadora de la autora.

En primer lugar, fue una investigación inicial y anterior la que dio pie al desarrollo de la tesis doctoral. Se trata del trabajo final de máster titulado "La participación ciudadana en las Comunidades autónomas. Análisis desde una perspectiva normativa". Este estudio puso de manifiesto algunas particularidades del ejercicio de la democracia en las Comunidades autónomas que hacían merecedor de un análisis con mayor profundidad y determinación.

En segundo lugar, durante el desarrollo de la tesis doctoral se hizo evidente la necesidad de acotar el alcance del análisis del modelo de ejercicio de la democracia en las Comunidades autónomas (CC.AA.). La participación popular a nivel subestatal es un hecho característico, aunque no por excelencia, de las CC.AA. respecto del modelo estatal de democracia. La concreción requerida

llevó a la autora a centrarse en un elemento que, con el transcurso de los años de la investigación, se erigió como relevante para nuestro ordenamiento: la consulta popular como institución. Esta relevancia no es más que la asociada al contexto político social acontecido más allá de los libros.

Efectivamente, este es el tercer factor: la completa actualidad del objeto de estudio -la consulta popular-, tan necesario, por lo tanto, para encarar y ofrecer posibles vías de interpretación, actuación o perspectivas de análisis. Este contexto sociopolítico hizo emerger la consulta popular como instrumento de participación, ya sea por las previsiones incorporadas en los Estatutos de autonomía de *última generación* acerca del concepto, ya sea por la voluntad de llevar a la práctica la consulta popular de carácter referendario, en varias ocasiones, con la finalidad de materializar el archiconocido y pretendido "derecho a decidir", cuya plena expresión tiene fecha de 1 de octubre de 2017. Ese día señaló un hito constitucional en la historia de nuestro país y dotó de relevancia y completa actualidad el estudio iniciado unos años atrás. No obstante, es preciso señalar, como se indicó también en la tesis, que el "derecho a decidir" no es objeto de estudio puesto que el referéndum con finalidades secesionistas se sitúa en una lógica diferente, operando en el plano del poder constituyente.

A pesar de ubicar la perspectiva de estudio desde el concepto de la consulta popular, el objetivo de la tesis fue más amplio: conocer el lugar que ocupa la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la democracia en las Comunidades autónomas. ¿Es el modelo de democracia autonómico un modelo diferenciado del modelo estatal de democracia representativa, a partir del fomento de la participación popular, ya sea a través de la democracia participativa, ya sea a través de la democracia directa? La hipótesis inicial ofrecida fue que efectivamente a nivel autonómico se reproduce el modelo de democracia estatal.

Para poder llegar a afirmar o refutar dicha hipótesis, la metodología empleada para ello fue el método jurídico y el comparado. El método jurídico permitió tanto la recopilación, clasificación y el análisis sistemático de los Estatutos de autonomía y la legislación autonómica aplicable, como la interpretación de la jurisprudencia constitucional y la doctrina científica. El derecho comparado permitió observar el desarrollo de la participación popular en otros modelos de ejercicio de la democracia en ámbitos subnacionales, como son las Regiones de Italia y los Estados de los EE.UU.

La tesis se ha desarrollado desde la perspectiva de la consulta popular, por lo que han quedado fuera de su alcance otros aspectos de la participación (la iniciativa legislativa popular, el Concejo abierto, la participación sectorial, la participación social, aspectos de la participación en el procedimiento legislativo, entre otros).

La voluntad de este artículo será ofrecer una visión sintetizada del trabajo expresado y plasmado en la tesis doctoral titulada "El modelo de ejercicio de

la democracia en las Comunidades autónomas desde la perspectiva de la consulta popular". Conocer el punto de partida, el desarrollo de la investigación y las conclusiones alcanzadas. Por ello, quizás el lector pueda despertar en sí la necesidad de conocer o ahondar en alguna cuestión, implicando ello una remisión a la tesis doctoral.

II. MARCO TEÓRICO

La finalidad de este primer apartado fue delimitar el punto de partida conceptual, dando respuesta a dos cuestiones fundamentales: ¿Qué engloba la participación popular? y ¿Qué es una consulta popular?

En primer lugar, en cuanto al concepto de participación *popular*, no estamos ante una mera participación del pueblo, sino ante una participación efectivamente política. No obstante, se consideró adjetivar dicha participación con el término *popular*, que no *política*. Ello tiene origen en la necesidad de no confundir ambos conceptos ("popular" y "política") en relación con el desarrollo interpretativo del concepto "participación política" llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. Como es conocido, para el Alto Tribunal solo la democracia directa y semidirecta son contenido del derecho fundamental de participación política recogido en el art. 23 CE. Esta interpretación dejaría fuera del concepto de participación política la democracia participativa (STC 31/2015, FJ 4; STC 119/1995, FJ 6), elemento esencial también en nuestro estudio. Por todo ello, el marco teórico encuadra el análisis de la participación dentro de la denominada "participación popular", entendiéndose la misma como aquella que engloba tanto formas de democracia directa y semidirecta, como formas de la democracia participativa.

La aproximación al concepto de participación popular se lleva a cabo, en primer lugar, mediante un breve recorrido histórico acerca de la participación y, en segundo lugar, con la *contraposición* teórica intencionada con el concepto de representación. Esta contraposición, con mera voluntad provocadora, nos conduce a situar la participación popular dentro de la democracia representativa. Pero la propuesta va más allá del carácter complementario de la participación, pues se señala la necesidad del ejercicio de una participación real para el logro de una verdadera democracia *integral*[1].

En segundo lugar, era imprescindible el acotamiento del concepto de consulta popular. Para ello se parte de una doble dimensión conceptual: la consulta popular como *género* y la consulta popular como *instrumento concreto de participación*. La primera dimensión nos adentra en el concepto genérico y global de consulta popular, en el que tiene cabida tanto el mecanismo de democracia

1. Bobbio, N. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 60 - 61.

directa por excelencia -el referéndum-, como el amplio abanico de instrumentos de participación bajo el umbral de la democracia participativa. La segunda dimensión abarca la consulta popular como instrumento concreto de participación, más allá del referéndum e incluso más allá de las demás consultas de democracia participativa. Es decir, bien es sabido que el referéndum es considerado como una especie dentro del género de la consulta popular. Y asimismo, más allá del referéndum, y también dentro de la consulta popular, se encuentran aquellos instrumentos que quedan englobados bajo la democracia participativa. En el estudio se pone de manifiesto cómo dentro de la democracia participativa se desarrollan mecanismos de participación de carácter deliberativo pero sin que ninguno de ellos prevea la participación de todos los ciudadanos[2] y el posicionamiento de los mismos respecto de un asunto público previo a la toma de decisiones por parte de los poderes públicos. Esta modalidad de participación implica que los ciudadanos expresen su parecer mediante el voto. Este es uno de los elementos que una parte de la doctrina considera que distingue el referéndum de los demás instrumentos participativos[3]. No obstante, como se verá más adelante, la legislación desarrollada en materia de participación popular en las Comunidades autónomas incorpora un nuevo instrumento de participación diferenciado del referéndum y también de los demás mecanismos de participación.

Por todo ello, el estudio parte de un punto de vista teórico que propone abordar el concepto de consulta popular desde esta doble dimensión señalada. De este modo, se recupera el concepto de Pizzorusso[4], de *tertium genus*, situando la consulta popular entre el referéndum y los instrumentos de democracia participativa.

1. La consulta popular en Italia y en Estados Unidos

El marco teórico de la participación partía de la consideración del carácter complementario de la misma para con la democracia representativa. No obstante, ello adquiere otro carácter en modelos más allá de nuestro ordenamiento constitucional. Para ello se quiso poner especial énfasis en dos modelos diferentes entre ellos y también respecto del modelo español, y siempre bajo el prisma del nivel subnacional: las regiones italianas y los estados de EE.UU.

2. A excepción del presupuesto participativo que, en el ámbito local, en ocasiones sí invita a todos los ciudadanos a participar.

3. Castellà, J. M. "Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional", en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 37, 2016, pp. 561 - 592.

4. Pizzorusso, A. *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*. Nápoles: Jovene Editore, 1992, p. 389, entre otros autores.

2. El modelo de democracia en los Estados de Estados Unidos

El modelo de los estados estadounidenses se distingue a partir de tres aspectos primordiales. En primer lugar, se observa una distinción clara entre el modelo de democracia en el plano federal y el plano estatal: el primero de ellos, fundado en la democracia representativa y, el segundo de ellos, además de la representación, la participación adquiere un lugar esencial. Mientras que en todos los Estados se prevé algún mecanismo de democracia directa, a nivel de la Federación esta se encuentra completamente ausente. De hecho, en términos generales, en la mitad de los Estado los mecanismos de democracia directa tienen un rol relevante y, de forma especial, en Arizona, California, Colorado, Oregon y Washington.

En segundo lugar, se constata la presencia de un instrumento de participación que adquiere un lugar destacado en el modelo estatal: la iniciativa popular *directa*. Este mecanismo implica no solo la participación de los ciudadanos mediante la propuesta de medidas concretas, sino que además estos pueden aprobarlas de forma directa, sin que ningún órgano de representación intervenga en el proceso, substituyendo de este modo a la democracia representativa.

En tercer lugar, a partir del análisis de la jurisprudencia y, concretamente, del caso de *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Comm'n* (Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia nº 13-1314, de 29 de junio de 2015), se pone de relieve un hecho sustancial: la suplantación de la asamblea legislativa por parte del pueblo, a través de una iniciativa popular directa, implicando la sustracción de una de las funciones de la asamblea. Este acontecimiento pone de manifiesto un hito relevante para el modelo de democracia de los Estados: ya sea como poder constituyente, ya sea como sistema de *check and balancies*, la iniciativa ciudadana adquiere un rol esencial en el modelo de ejercicio de la democracia. Por ende, el único filtro que ejerce efectivamente de contrapoder ante dicho instrumento es la justicia constitucional. Este filtro, la *judicial review*, para parte de la doctrina debería consistir en un *hard look*, mientras que otros defienden la presunción de constitucionalidad de las leyes independientemente del origen de las mismas (órgano representativo o iniciativa ciudadana), acogiéndose al principio esencial de la ley como expresión de la voluntad popular. No obstante, este *hard look*, cuya aplicación se defiende para aquella legislación cuyo origen se halle en una iniciativa popular, no está previsto ni se ha llevado a la práctica por parte de la justicia constitucional estadounidense.

Por lo tanto, el modelo de democracia de los estados de Estados Unidos se distingue del modelo federal y, además, se observan dos tradiciones entre los estados: aquellos en los que la democracia directa adquiere un carácter complementario respecto de la democracia representativa y, por otro lado, los estados en cuyo modelo la democracia directa -a través de la iniciativa popular directa- incluso nos lleva ante una democracia directa sustitutiva en

determinadas situaciones[5]. Estamos, pues, ante el rasgo distintivo del modelo estatal estadounidense en comparación con otros estados descentralizados, como son España e Italia.

2. El modelo de democracia en las Regiones de Italia

El estudio del caso de las regiones italianas nos sitúa ante una lógica muy diferente. Efectivamente, aparentemente estamos ante un modelo más próximo al caso español pero, a su vez, el desempeño práctico del mismo implica diferencias relevantes. El modelo italiano efectivamente se halla fundado sobre la democracia representativa la cual, a nivel estatal, se encuentra complementada por el referéndum de forma significativa, si lo comparamos con el caso español. Las particularidades del plano regional se presentan a partir, por un lado, de la observación de la consulta popular concreta del referéndum y las diferentes modalidades del mismo y, por otro lado, analizando los demás instrumentos de participación presentes en las regiones.

A pesar de que la Constitución italiana otorga un amplio margen de maniobra para el desarrollo de la participación ciudadana, la implementación de la misma ha sido desigual en las regiones. En primer lugar, respecto del referéndum, por norma general las regiones reproducen el referéndum abrogativo presente a nivel estatal. A su vez, hay regiones que incorporan nuevas tipologías de referéndum: el referéndum consultivo y el referéndum propositivo. En cuanto a este último, se encuentra regulado tanto en las regiones especiales, como en la región de Campania. No obstante, adquiere un rol relevante en Valle d'Aosta, Bolzano y Campania, puesto que en estas regiones el referéndum propositivo es vinculante jurídicamente de forma directa. Por ello, la previsión de esta nueva modalidad referendaria implica un hecho diferencial con el modelo estatal, puesto que a través del referéndum propositivo, además de complementar la democracia representativa, los ciudadanos pueden llegar a expropiar las funciones normativas del *Consiglio regionale*. Este hecho ha sido considerado tanto como un peligro para la democracia representativa, como una oportunidad de equilibrio entre la mayoría parlamentaria (*Consiglio regionale*) y la minoría electoral (los promotores del referéndum), siendo siempre validado el referéndum por el cuerpo electoral. Asimismo, también es relevante señalar que las regiones que prevén esta institución -las de estatuto especial- son quienes gozan de mayor grado de autonomía. No obstante, a pesar de ello, el referéndum propositivo no ha tenido aun por ahora un papel significativo en dichas regiones, pues su puesta en práctica ha sido muy escasa. Esta situación no es ninguna novedad; el empleo del referéndum regional en términos generales ha tenido poco éxito, ya sea causado por la poca relevancia

5. Estos estados, además de la democracia directa sustitutiva (presente en los estados con el instrumento de la iniciativa popular directa), también gozan de la complementaria, mediante la institución del referéndum.

de las competencias que ostentan las regiones y, por ende, susceptibles de ser objeto de referéndum regional[6], ya sea por una ausencia de opinión pública bien forjada a nivel regional que impide observar el referéndum como un verdadero instrumento de contrapoder y equilibrio[7].

En segundo lugar, respecto de los instrumentos de participación más allá del referéndum, son varios los elementos relevantes que merecen especial consideración. Por una parte, en gran parte estos instrumentos pueden ser iniciados por los ciudadanos y, por la otra, la adopción del criterio de máxima inclusividad para los sujetos participantes: no solo los residentes en la región, sino también todo aquel con un interés relevante acerca del objeto y así lo justifique. Asimismo, otro elemento destacable lo encontramos en el modelo toscano, modelo en el que la deliberación es introducida como forma *ordinaria* de administración y gobierno en todo proceso de toma de decisiones públicas. Este instrumento complementa la democracia representativa, pues puede ser una útil vía de refuerzo de las instituciones, con la creación de espacios de participación *real* y como herramienta de transparencia y de control de la corrupción.

En último lugar, hay que hacer especial mención de las regiones de Lombardia y Veneto, pues se distinguen de las demás regiones por el desarrollo del referéndum consultivo con la finalidad de reivindicar mayor autonomía regional. De hecho, Veneto llegó incluso a proponer un referéndum sobre la independencia de la región, siendo este declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional italiano.

3. Consideraciones generales

Del análisis de ambos modelos de democracia se extraen diferentes elementos relevantes respecto de la comparación de los mismos con el modelo español. En primer lugar, se ha puesto de relieve que tanto en Italia como en Estados Unidos los ciudadanos gozan de un amplio margen de participación a nivel subnacional, en comparación con el caso español, a pesar de las diferencias manifiestas entre ambos modelos extranjeros.

En segundo lugar, se ha constatado que, a partir del estudio de la iniciativa ciudadana norteamericana y el referéndum propositivo italiano, estamos ante dos instrumentos de una misma naturaleza, a pesar de la diferencia fundamental en cuanto a la finalidad de cada instrumento. En los estados norteamericanos la

6. Gorlani, M. "Il referendum propositivo e l'iniziativa legislativa popolare: l'esempio nordamericano e la prospettiva delle Regioni italiane", en *Le Regioni*, nº 3, 3 de mayo de 2008, p. 491.

7. Olivetti, M. ""I referendum e gli altri istituti di democrazia partecipativa nei nuovi statuti delle regioni ordinarie italiane", en VV.AA. *Studi in Onore di Vincenzo Atripaldi*. Nápoles: Jovene Editore, 2010, p. 702.

iniciativa llega a tener efectos *suplantatorios* de la función normativa del Parlamento, mientras que en las regiones italianas el referéndum propositivo ejerce una función correctora ante la inactividad del órgano legislativo.

En tercer lugar, también es interesante destacar otro elemento de cultura política relevante común tanto en el modelo italiano como en el estadounidense: las cuestiones *moralmente comprometidas*. Estas cuestiones, a diferencia del caso español, se resuelven a través de la participación directa de los ciudadanos, ya sea a nivel nacional -Italia-, ya sea a nivel de los Estados -Estados Unidos-.

En cuarto lugar, el análisis del modelo italiano pone de manifiesto el papel que en ocasiones ha desempeñado la consulta popular como medio de expresión de los territorios singulares, ya sea reivindicando mayor autonomía (referéndum consultivo de Lombardia y Trento y Bolzano de 2017) o con la finalidad de materializar el "derecho a decidir" (Veneto, Ley nº 16 de 2014). Esta cuestión, efectivamente, acerca el modelo italiano al caso español.

En último lugar, el análisis comparado de los modelos de Italia y Estados Unidos, puesto en comparación con el caso español, manifiesta dos roles diferenciados del pueblo en el ejercicio de su participación en los asuntos públicos. El primero de ellos, el pueblo como contrapoder, se observa en los tres modelos. El segundo, cuando el pueblo ejerce como poder soberano, es un rol que tiene lugar en los estados de Estados Unidos a través de la iniciativa popular, mientras que en Italia y España esta función la lleva a cabo el pueblo solo en la reforma constitucional y en la ratificación de los EEAA mediante referéndum.

IV. EL MODELO DE DEMOCRACIA EN ESPAÑA

1. El modelo de democracia a nivel estatal

La democracia representativa es el fundamento de nuestro modelo de ejercicio de la democracia, viéndose complementada por tres instituciones concretas de participación: el concejo abierto (art. 140 CE), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) y el referéndum (art. 92 CE, entre otros). Respecto de este último mecanismo la Constitución prevé más de una modalidad, adquiriendo mayor relevancia, que no presencia, el referéndum consultivo, sabiendo que éste no destaca por su implementación, más al contrario, pues solo se ha llevado a la práctica en dos ocasiones. Asimismo, la Constitución no prevé el referéndum autonómico, más allá del referéndum del proceso autonómico y de reforma estatutaria, y tampoco el referéndum local, a pesar de que estos últimos sí gozan de dicha institución. De ello se deriva la posibilidad de incorporar el referéndum autonómico -análogo al referéndum consultivo del art. 92 CE- en el ordenamiento jurídico. Por un lado, es evidente, por lo tanto, el muy reducido margen de maniobra a nivel estatal para la participación de los ciudadanos. Por el otro, de las previsiones constitucionales

y la interpretación de las mismas por parte del Tribunal Constitucional, queda patente que en el supuesto de existir un modelo de democracia en las CCAA diferenciado del modelo estatal, sin duda, se encontrará basado en instrumentos de democracia participativa.

2. El modelo de democracia autonómico

2.1. La participación popular en los Estatutos de autonomía

Los Estatutos de autonomía, especialmente los de *última generación*, ponen de manifiesto dos cuestiones esenciales. En primer lugar, la traslación del modelo de democracia estatal al modelo autonómico, esto es, el fundamento de la democracia enclavado en la representación. En segundo lugar, el carácter de la complementariedad que establece la diferencia principal entre ambos modelos. Mientras que en sede estatal la participación se desarrolla mediante el referéndum consultivo, en sede autonómica dicha participación se reserva solo para los mecanismos de democracia participativa (a excepción del referéndum para la ratificación de las reformas estatutarias previsto en algunas CCAA y del referéndum para la incorporación de municipios a la CA).

Asimismo, el análisis de los EEAA también manifiesta la viabilidad constitucional para la previsión del referéndum consultivo en sede autonómica análogo al referéndum estatal.

En último lugar, el análisis de las disposiciones estatutarias observa la creación de una nueva modalidad de consulta popular, cuyo objeto son "cuestiones de interés general", presente en Andalucía, Canarias y la Comunidad Valenciana.

2.2. La participación popular en el desarrollo legislativo autonómico

La *nueva generación* legislativa autonómica en materia de participación, que tuvo lugar a partir de 2013 con la ley de Extremadura 4/2013, pone de manifiesto diferentes elementos que requieren su consideración.

En término generales, la participación popular se ha incorporado como instrumento tanto en los EEAA como en la legislación autonómica. En este sentido, el elemento novedoso que aporta esta *nueva generación* normativa es la bidireccionalidad de los mecanismos de participación, implicando ello que se requiera a los poderes públicos la motivación de la decisión tomada en relación con el proceso participativo llevado a cabo.

Centrándonos en la aportación normativa relacionada propiamente con el concepto de consulta popular, el principal elemento innovador es la regulación de la consulta popular autonómica como instrumento concreto de participación, diferenciado de los demás instrumentos de democracia participativa. Estamos

ante un nuevo instrumento cuya regulación jurídica es heterogénea, incluso en su denominación (*consulta pública*, *consulta ciudadana*, *consulta participativa*, *consulta popular no referendaria*). No obstante, algunas CCAA abordan dicha regulación de forma concreta, diferenciándola de los demás instrumentos, donde el rasgo distintivo previsto es su sistema de expresión de los ciudadanos: el voto.

Efectivamente, el prisma que adopta la regulación autonómica enfoca el concepto de la consulta popular en la misma dirección que el punto de partida propuesto en la tesis, esto es, la consideración de la consulta popular como *tertium genus*, a caballo de la democracia participativa y la democracia directa.

V. LA CONSULTA POPULAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. Hitos relevantes para la interpretación constitucional actual en materia de consultas populares

Planteada a nivel teórico la consulta popular como *tertium genus* -partiendo de la doble dimensión teórica del concepto *consulta popular* y distinguiendo la consulta popular como instrumento concreto de la subespecie del referéndum, a partir del objeto y la finalidad- y observada también la voluntad política plasmada en las respectivas legislaciones autonómicas en materia de participación, el siguiente paso fue analizar tres hitos de la historia española que han conducido al delineamiento del concepto de consulta popular dentro del ordenamiento constitucional español: la consulta popular referendaria del País Vasco, la consulta participativa de Canarias y el proceso secesionista catalán.

Este recorrido histórico y jurisprudencial, a partir de las sentencias del Alto Tribunal, constata que ciertamente la consulta popular es la categoría general y el referéndum una especie de la misma (STC 103/2008). No obstante, la jurisprudencia que va delimitando dicha cuestión no lo hace respecto del concepto de consulta popular, sino respecto del concepto de referéndum (*consulta popular por vía de referéndum*). Esta interpretación constitucional implica tres elementos esenciales que no deben ser pasados por alto.

En primer lugar, toda consulta tendrá carácter referendario si cumple los siguientes aspectos: el sujeto llamado a participar es el cuerpo electoral, si se sigue un procedimiento electoral y se aplican las respectivas garantías (STC 103/2008), siendo el primer de ellos el elemento clave para la consideración o no del carácter referendario (STC 31/2015, FJ 9).

En segundo lugar, se reconoce, por un lado, la "existencia de otras consultas populares" a partir del art. 149.1.32 CE, más allá de las referendarias (STC 31/2015). Nos hallamos ante una primera definición de consulta popular -de carácter no referendario- ofrecida por el Tribunal Constitucional: consultas cuya finalidad es

recabar "la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos distintos de los que cualifican una consulta como referéndum" (STC 103/2008), teniendo el siguiente límite material: que ostente la competencia sobre esa materia y ésta no afecte a cuestiones fundamentales del constituyente (STC 31/2015, FJ 6B). Por el otro lado, se reconoce también la posibilidad de prever otras tipologías de referéndum más allá de los recogidos en la CE, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que la modalidad referendaria se recoja en las normas del Estado; que respete de forma expresa el art. 149.1.32 CE, siendo la LO 2/1980 "la única Ley constitucionalmente adecuada" para respetar las reservas de ley orgánica previstas en el art. 92.e CE y el art. 81 CE; y que el objeto material se encuentre dentro de las competencias autonómicas (STC 103/2008). Asimismo, la STC 31/2010 amplia la interpretación respecto de la autorización por parte del Estado para la convocatoria de referéndums -recogida en el art. 149.1.32 CE- a la entera institución del referéndum (STC 31/2010, FJ 69). Reduciendo, de este modo, el margen de maniobra del legislador autonómico a meras cuestiones accesorias o ejecutivas.

En tercer lugar, a través de la interpretación también se pone de manifiesto el encaje constitucional de un *hipotético* referéndum autonómico (STC 51/2017, FJ 5c). Y, por otro lado, como novedad destaca la distinción establecida por parte del Tribunal Constitucional entre el referéndum consultivo y la consulta popular referendaria (Ley catalana 4/2010): figuras de consulta popular completamente diferentes a pesar de su prácticamente idéntica similitud (STC 51/2017, FJ 3b).

2. La consulta popular como *tertium genus*. Una propuesta interpretativa

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de consultas populares, a partir de los tres hitos sociopolíticos, enmarca y delimita el concepto objeto de análisis -la consulta popular desde su doble dimensión-, siempre en contraposición con el concepto de referéndum. Esta interpretación actual reduce la consulta popular autonómica como instrumento concreto de participación a su mínima expresión; en definitiva, ésta queda encorsetada en aquellas formas de participación participativa cuyo mecanismo de expresión de los ciudadanos no sea el voto, en otras cuestiones ya observadas. Llegados a este punto, y ante esta deriva jurisprudencial -motivada muy probablemente por los acontecimientos sociopolíticos del momento que no ayudan a una proyección hacia adelante de la interpretación conceptual de la consulta popular-, se consideró necesario abordar una propuesta interpretativa diversa.

Anteriormente nos hemos referido tanto a los Estatutos de autonomía como a la legislación autonómica de *nueva generación* en materia de participación ciudadana. El análisis de estas normas, especialmente de las más recientes, ha puesto de manifiesto la incorporación de un nuevo instrumento de consulta popular diferenciado tanto de los instrumentos participativos, como del referéndum. Este nuevo mecanismo de participación, no previsto en los EEAA sino

en la legislación más reciente, ha sido regulado heterogéneamente, ya sea por sus rasgos, ya sea por su denominación, de forma muy significativa en las Comunidades autónomas de Navarra, Andalucía, Islas Baleares y Cataluña. En estas CCAA la regulación de la consulta popular queda plenamente diferenciada de las *demás consultas* como son los foros, jurados o audiencias ciudadanas. Ello nos sitúa ante la segunda dimensión teórica de la consulta popular: más allá de ser el concepto genérico aglutinador de la participación -referéndum e instrumentos de democracia participativa- estamos también ante un instrumento concreto, autónomo, con una lógica y regulación propias, ya sea denominado consulta popular autonómica, consulta pública, consulta no referendaria. En este sentido, en la tesis nos acercamos a dicho concepto desde la denominación de consulta popular *híbrida o tertium genus*, para diferenciarla del concepto genérico de consulta popular.

Paralelamente hemos observado la distinción entre el concepto de consulta popular y el referéndum, basada en tres elementos: el sujeto -cuerpo electoral-, el procedimiento electoral y las garantías jurisdiccionales específicas del mismo. Siendo el primero de ellos, el sujeto convocado, el elemento distintivo, pues según interpretación del Tribunal Constitucional, toda consulta que convoque al entero cuerpo electoral tendrá carácter referendario.

La propuesta interpretativa que se aborda en la tesis ofrece situar la distinción entre ambos conceptos en el objeto. Por un lado, el referéndum previsto en la Constitución es la institución que complementa excepcional y residualmente la democracia representativa, pues tiene como objeto las decisiones de especial trascendencia política (art. 92 CE), entendiéndose este último concepto jurídico indeterminado como aquellos asuntos políticos cuyas decisiones esenciales afecten a la vida del Estado y la sociedad, con independencia de quien ostente la competencia en cada materia concreta. Por otro lado, la consulta popular *híbrida* tiene como objeto aquellas materias de naturaleza ordinaria, desarrollo y ejecución, de aquello dispuesto como esencial en el bloque de constitucionalidad.

Más allá del objeto, como elemento distintivo entre ambos conceptos, se observan otras cuestiones que asemejan y/o diferencian la consulta popular *híbrida* con el referéndum y también con las *demás* consultas populares. Por un lado, de la contraposición de la consulta popular *híbrida* con el referéndum, se observan tres elementos significativos. En primer lugar, el sujeto: mientras que en el referéndum siempre será el cuerpo electoral, sin que éste pueda reducirse ni ampliarse, en el caso de la consulta popular *híbrida* sí podrá alterarse, ampliándose, por ejemplo, a todos los residentes independientemente de su nacionalidad, o reduciéndose a nivel sectorial. En segundo lugar, el procedimiento a seguir siempre deberá ser el electoral para el caso del referéndum, mientras que la consulta popular *híbrida* podrá seguir un procedimiento con mayor o menor formalismo, según sea regulado por cada Comunidad autónoma. En tercer lugar, el ámbito territorial de desarrollo de cada institución: el referéndum podrá tener lugar a nivel estatal y autonómico, si así se previese, mientras que el desarrollo e implementación de

la consulta popular sea probablemente más propicio en los niveles autonómico y local, por las características propias del instrumento.

Por otro lado, efectivamente la consulta popular *híbrida* queda bajo el umbral de la democracia participativa. A pesar de ello, estamos ante una modalidad de consulta popular que denota un carácter híbrido al distinguirse de las demás consultas, al menos en dos aspectos relevantes. En primer lugar, y ya mencionado, es el sujeto. La consulta popular *híbrida* puede abarcar tanto un sector de la población o el conjunto de la población, ampliándose habitualmente más allá del cuerpo electoral, mientras que en las demás consultas populares esta característica no está contemplada. El segundo elemento distintivo, como ya se ha observado, es la modalidad en la que se expresan los ciudadanos, destacando el *voto* como la única modalidad prevista para la consulta popular *híbrida* y no contemplada para las demás consultas populares.

VI. CONCLUSIONES

El objeto principal de la tesis inicialmente quedaba enmarcado dentro de la siguiente pregunta: ¿existe un modelo de ejercicio de la democracia a nivel autonómico diferenciado del estatal? La respuesta a dicha cuestión ha sido abordada desde la perspectiva de la consulta popular, a partir del análisis del modelo de democracia actual -tanto el modelo estatal como el autonómico-, partiendo desde la doble dimensión teórica del concepto de consulta popular; y paralelamente también se ha abordado la consulta popular a partir del análisis de los modelos de ejercicio de la democracia a nivel subnacional tanto de Italia como de Estados Unidos. Seguidamente, daremos respuesta a la cuestión principal a partir de diferentes consideraciones conclusivas.

En primer lugar, y aunque no estamos ante una afirmación nada novedosa, efectivamente el modelo de ejercicio de la democracia en España se construye sobre la democracia representativa, con la complementación *excepcional y residual* por parte de la democracia directa. No obstante, es relevante el destacado carácter excepcional de la democracia directa, evidenciado especialmente en el análisis comparado llevado a cabo.

Paralelamente, es preciso responder que a nivel autonómico el modelo de democracia es análogo al estatal, excepto en la complementación del mismo: mientras que en sede estatal la democracia representativa se complementa con el referéndum consultivo, en sede autonómica ello se lleva a cabo a través de la democracia participativa. Respecto de esto último, la regulación de la participación a nivel autonómico pone de manifiesto la voluntad política no solo de abrir el proceso de decisiones públicas a los ciudadanos, sino también a que esta participación sea transparente y tomada en consideración, de una forma u otra, con los diferentes elementos de bidireccionalidad introducidos en la más reciente legislación autonómica en dicha materia. Asimismo, la legislación autonómica de la consulta

popular incorpora un instrumento de participación innovador, que implica la regulación de la segunda dimensión del concepto de consulta popular, esto es, la consulta popular como instrumento concreto y autónomo de participación. Situándonos dicha cuestión en el tercer elemento conclusivo, que versa alrededor del art. 149.1.32 CE.

El artículo 149.1.32 CE como cláusula abierta a las consultas populares, tanto las consultas populares por vía de referéndum y las no referendarias, y las sitúa en el plano autonómico, por su ubicación dentro del texto constitucional. No obstante, la interpretación constitucional ha ido cerrando dicha puerta abierta, especialmente respecto del referéndum autonómico, implicando ello un rol predominante, y prácticamente único, de la democracia participativa en el ejercicio de la participación a nivel autonómico.

El cuarto aspecto conclusivo se refiere a la delimitación del concepto de consulta popular en contraposición con el concepto de referéndum llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, que ha conducido a un vaciamiento del concepto de consulta popular hasta el punto de señalar que toda consulta popular cuyo sujeto incluya el cuerpo electoral solo podrá tener carácter referendario.

Otro aspecto fundamental es la doble dimensión teórica de la consulta popular como categoría genérica y como categoría concreta de participación, habiendo sido denominada esta última como *tertium genus* o *híbrida*. Este punto de partida teórico se ha materializado a nivel autonómico: a partir del análisis de la legislación autonómica se observa como emerge un nuevo mecanismo de participación, que va más allá de las *demás* consultas populares y, a su vez, diferenciado del referéndum, cuyos rasgos distintivos son tanto el objeto como el voto.

Con todo, se pone de manifiesto la necesidad de dotar de una mayor claridad a la distinción conceptual entre referéndum y consulta popular. En este sentido, se propone diferenciar el referéndum de los demás mecanismos participativos, situándose el primero dentro de la democracia directa y, los segundos, integrantes de la democracia participativa. Asimismo, dentro de la democracia participativa debería distinguirse la consulta popular como mecanismo autónomo de participación sin la necesidad de ser adjetivada, como hemos venido haciendo hasta ahora (consulta popular *como tertium genus*, *híbrida*, *pública*, *ciudadana*, *no referendaria*).

Podría ser momento ahora también de cuestionarse acerca de la necesidad de la participación ciudadana en sede autonómica, teniendo en cuenta que ésta ha estado prácticamente ausente en la historia de la democracia española: ¿puede efectivamente la participación perfeccionar la calidad de la democracia? Todos sabemos que el fomento de la participación no ha sido precisamente una prioridad política. De hecho, la consulta popular ha sido puesta en práctica en más de una ocasión como medio de expresión de los territorios singulares (excepto Canarias). Fuere como fuere el origen de la misma, y haya tenido o no un carácter

secesionista en determinadas situaciones, es una realidad que se ha recogido tanto en los Estatutos de autonomía como en las normas autonómicas que los desarrollan, hasta el punto de incorporar -y no solo Cataluña- un nuevo instrumento innovador, como es la consulta popular *híbrida*.

Para finalizar, quisiera mencionar dos aspectos derivados de la tesis defendida que quedan abiertos para un futuro desarrollo. En primer lugar, faltará ver cuál es la puesta en práctica de la consulta popular *híbrida* regulada, especialmente en el caso de Navarra e Islas Baleares, cuya legislación es la más reciente. En segundo lugar, la distinción material entre referéndum y consulta popular *híbrida* basada en las decisiones políticas de especial trascendencia nos conduce necesariamente a analizar en profundidad este concepto jurídico indeterminado.