

OBRAS DE REFERENCIA

DERECHO

# LA ERA *de la* FRAGMENTACIÓN POLÍTICA

*Una mirada retrospectiva  
de la Ley de partidos*

Naiara Arriola Echaniz y  
Cecilia Rosado Villaverde

CODIRECTORAS

David Delgado Ramos y  
Luis I. Gordillo Pérez

COORDINADORES



ATHENAICA  
EDICIONES

OBRAS DE REFERENCIA

DERECHO

# LA ERA *de la* FRAGMENTACIÓN POLÍTICA

*Una mirada retrospectiva  
de la Ley de partidos*

Naiara Arriola Echaniz y  
Cecilia Rosado Villaverde

CODIRECTORAS

David Delgado Ramos y  
Luis I. Gordillo Pérez

COORDINADORES



ATHENAICA  
EDICIONES

ATHENAICA EDICIONES  
OBRAS DE REFERENCIA | DERECHO

Esta obra ha sido realizada en el marco de las actividades del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco «Constitución económica y justicia social», referencia IT1768-22, subvencionado por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco durante el período 2022-2025.

Primera edición: diciembre de 2023

© de los textos: los autores, 2023

© Milhojas SCA, 2023

c/ González Cuadrado, 46, 1A 41003 Sevilla (España)

[www.athenaica.com](http://www.athenaica.com)

[athenaica@athenaica.com](mailto:athenaica@athenaica.com)

Imágen de cubierta y portada: athenaica

Imprime: Muriel

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.cedro.org](http://www.cedro.org); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

DEPÓSITO LEGAL: SE 2226-2023

ISBN: 978-84-19874-15-3

# ÍNDICE

PRÓLOGO .....	9
Jaime Mayor Oreja	

## INTRODUCCIÓN

LA ERA DE LA FRAGMENTACIÓN POLÍTICA. UNA MIRADA RETROSPECTIVA DE LA LEY DE PARTIDOS.....	19
Naiara Arriola Echaniz y Cecilia Rosado Villaverde	

## PRIMERA PARTE

SOBRE EL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO Y SUS DESAFÍOS EN LA ACTUALIDAD .....	27
Luis I. Gordillo Pérez	

LA POLITIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL COMO ELEMENTO DISTORSIONADOR DEL ESTADO DE DERECHO. REFLEJO Y CONSECUENCIA DE LA ACTUAL SITUACIÓN JUDICIAL EN LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	53
Cecilia Rosado Villaverde	

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA: TENSIONES Y DILEMAS EN EL MÉXICO CONTEMPORÁNEO.....	103
Manlio Fabio Casarín León	

LAS MINORÍAS PARLAMENTARIAS ESPAÑOLAS EN LAS CONFERENCIAS PARLAMENTARIAS DE LA UNIÓN EUROPEA. UNA REFORMA NECESARIA .....	135
Iñaki Egaña Vicente	

## SEGUNDA PARTE

- PROBLEMAS ACTUALES DEL ESTADO DE PARTIDOS . . . . . 169  
 Javier Tajadura Tejada
- LA LEY ORGÁNICA 6/2002 DE PARTIDOS POLÍTICOS  
 EN EL CONTEXTO DEL NUEVO DERECHO DE PARTIDOS. . . . . 191  
 María Salvador Martínez
- DEMOCRACIA MILITANTE Y LEY DE PARTIDOS EN ESPAÑA . . . . . 225  
 Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo
- LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LOS GRUPOS  
 PARLAMENTARIOS Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS . . . . . 265  
 David Delgado Ramos

## TERCERA PARTE

- DEMOCRACIA INTERNA EN LOS PARTIDOS.  
 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 7 Y 8 DE LA LEY 6/2002 . . . . . 303  
 Jorge Alguacil González-Aurioles
- LA SELECCIÓN DE CANDIDATURAS DE LOS PARTIDOS  
 POLÍTICOS COMO REFUERZO (O NO) DE LAS DEMOCRACIAS  
 REPRESENTATIVAS. UN ANÁLISIS COMPARADO. . . . . 333  
 Naiara Arriola Echaniz
- LA NECESARIA MODULACIÓN DE LA DISCIPLINA DE PARTIDO.  
 HACIA UNA LEALTAD CRÍTICA DE LOS CARGOS POLÍTICOS . . . 375  
 Alexandre H. Català i Bas

## CUARTA PARTE

- EPÍLOGO. LOS ACUERDOS PP-PSOE EN LA LEY DE PARTIDOS . . . . 415  
 Francisco Javier Zarzalejos Nieto

# SOBRE EL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO Y SUS DESAFÍOS EN LA ACTUALIDAD<sup>1</sup>

---

LUIS I. GORDILLO PÉREZ

Profesor Titular de Derecho constitucional  
Universidad de Deusto (Bilbao)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. En busca de un concepto común europeo. 3. ¿Estado de Derecho sin Estado? 4. Los retos derivados de la madurez del sistema. 5. Enseñanzas constitucionales del Covid-19. 6. Algunas reflexiones finales. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque existen diferencias de significado entre los distintos conceptos que manejan los ordenamientos europeos (*Rechtsstaat*, *État de droit*, *Rule of Law*, Estado de Derecho) es posible aislar un concepto comúnmente aceptado en el contexto europeo<sup>2</sup>. La doctrina europea (esencialmente, el británico Dicey) siempre lo concibió como un principio de naturaleza constitucional y jurídicamente vinculante que esencialmente se refería a que ciudadanos y poderes públicos estaban sometidos al Derecho, que se hacía efectivo a través de los tribunales de justicia que habían de ser independientes<sup>3</sup>.

---

1. Este trabajo, realizado en el marco del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT1768-22, se basa en una comunicación presentada al XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, «Los retos que afronta el Estado de Derecho en el siglo XXI», Universidad de Extremadura, 23-24 marzo 2023.

2. Mucho se ha escrito sobre el Estado de Derecho y sus características. En el doctrina española es habitual citar el clásico de Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 (1ª ed. 1966), pp. 44-55. Igualmente, *vide* Hierro, L. L., Laporta, F. J., Ruiz Miguel, A. (coords.), *Revisión de Elías Díaz. Sus libros y sus críticos*, CEPC, Madrid, 2007, especialmente pp. 47-68. Sobre las características del Estado de Derecho en Derecho público europeo comparado, *vide* Heuschling, L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002.

3. Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Macmillan, London, 1915 (reimpresión 1985, primera edición de 1885), especialmente, pp. 120-121.

Dejando un poco al margen los aspectos sociales, de participación política y/o de calidad democrática, este breve trabajo pretende realizar algunas reflexiones sobre la situación en la que se encuentran los elementos básicos del Estado de Derecho propios de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados europeos y sus perspectivas de futuro.

## 2. EN BUSCA DE UN CONCEPTO COMÚN EUROPEO

La Comisión de Venecia (organismo dependiente del Consejo de Europa) ha aislado ocho de los ingredientes del moderno Estado social y democrático de Derecho: 1) accesibilidad a las normas del Estado (que sean inteligibles, claras y predecibles); 2) las cuestiones relativas a derechos reconocidos jurídicamente deben ser decididas jurídicamente y no basadas en la discreción de los poderes públicos; 3) igualdad ante el Derecho; 4) el poder debe ser ejercido respetando el ordenamiento jurídico, de manera justa y razonable; 5) los derechos fundamentales han de ser protegidos; 6) el Estado ha de proporcionar los medios para resolver las disputas sin costes o dilaciones indebidas; 7) los juicios han de ser justos; y 8) el Estado debe cumplir con sus obligaciones emanadas tanto del Derecho nacional como del Derecho supranacional o internacional<sup>4</sup>.

Por su parte, tanto la Comisión Europea en un informe relativamente reciente, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo) han sostenido siempre la importancia de los principios que integran el Estado de Derecho (en su versión moderna), así como la aplicabilidad jurídica de estos principios que forman parte de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados europeos. Resumiendo lo dicho por las distintas fuentes, sobre todo la Comisión Europea y la Comisión de Venecia, podemos destacar seis siguientes principios que integran la moderna concepción del Estado de Derecho.

---

4. Comisión de Venecia, *Informe 512/2009 sobre el Estado de Derecho*, CDL-AD(2011)003rev, párrafo 37. Sobre el papel de la Comisión de Venecia, *vide* Hoffmann-Riem, W., «The Venice Commission of the Council of Europe - Standards and Impact», *European journal of international law*, Vol. 25/2, 2014, pp. 579-597.

Así, en primer lugar, el principio de legalidad (o la primacía del Derecho) implica que el Derecho ha de ser obedecido. Esto se aplicaría no sólo a las personas, sino también a todo tipo de autoridades. La legalidad implica también que nadie puede ser sancionado salvo en caso de haber violado una norma preestablecida por el ordenamiento. Finalmente, este principio presupone la existencia de un proceso legislativo «transparente, responsable, pluralista y democrático»<sup>5</sup>.

En segundo lugar, la seguridad jurídica es esencial para la confianza en el propio sistema judicial y para el respeto al Derecho. Es un principio esencial para la vida económica, dado que proporciona seguridad en el tráfico jurídico y facilita el desarrollo económico. La seguridad jurídica requiere que las normas sean claras, accesibles, previsibles y que no puedan ser modificadas retroactivamente en perjuicio del individuo. En definitiva este principio implica que el Derecho pueda ser aplicable (no sean normas imposibles de cumplir) y que sea aplicado en la práctica, es decir, que no exista tolerancia por parte de las autoridades ante el incumplimiento de las normas<sup>6</sup>.

En tercer lugar, la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. Aunque en las sociedades modernas, las decisiones gubernamentales puedan contener un ingrediente de apreciación subjetiva o arbitrio necesario, el poder nunca ha de ser ejercido arbitrariamente. Un poder es arbitrario si supone la adopción de «decisiones sustancialmente injustas, no razonables, irracionales u opresivas»<sup>7</sup>. En consecuencia, un ordenamiento que proteja la seguridad jurídica ha de prever una protección frente a este tipo de actuaciones arbitrarias o

---

5. Comisión Europea, *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, COM(2014) 158 final. La cuestión de la defensa del Estado de Derecho desde y por las instituciones europeas es antigua. Para un trabajo actualizado que se refiere a los desafíos más actuales, también desarrollados parcialmente en este trabajo, *vide* Closa, C., Kochenov, D. (Eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

6. Para un desarrollo de esta cuestión, *vide* Villaverde Menéndez, I., «A dialogue between Courts: the case-law of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court on the principle of legal certainty», en Pérez Manzano, M., Lascuráin Sánchez, J. A., Mínguez Rosique, M. (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in criminal law*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 35-53.

7. Comisión de Venecia, *Informe 512/2009 sobre el Estado de Derecho*, 2011.

desproporcionadas, fundamentalmente a través de un sistema de recursos ante autoridades judiciales independientes<sup>8</sup>.

En cuarto lugar, siguiendo los citados informes de la Comisión Europea, el Estado de Derecho implica la tutela judicial efectiva ante tribunales de justicia imparciales e independientes, lo cual incluye también la tutela de los derechos fundamentales. Todos han de tener el derecho de recurrir cualquier tipo de actuación o decisión administrativa o gubernamental que sea contraria a sus derechos o intereses. Aunque puede haber autoridades distintas a los tribunales que cumplan esta función en algunos países, en la práctica, estos recursos han de sustanciarse ante los tribunales de justicia. El poder judicial, esencial en un Estado de Derecho, ha de ser independiente e imparcial. La independencia hace referencia a que los tribunales han de estar libres de presiones externas y no estar controlados por otro poderes del Estado, sobre todo el ejecutivo, que es quien más tendencia a inmiscuirse en los asuntos del poder judicial ha demostrado históricamente. La imparcialidad quiere decir que el poder judicial no puede tener ni mostrar prejuicios sobre los casos que conozca. Finalmente, las decisiones judiciales han de ser efectivamente implementadas, tal y como recuerda, entre otros la Comisión de Venecia<sup>9</sup>.

Otro elemento que a veces pasa desapercibido, quizá por ser más propio del estudio de los mínimos de una Constitución, es el relativo a la separación de poderes. Así, en lo que se refiere a la relación entre el

---

8. En este sentido, resulta de interés el análisis del principio de proporcionalidad in extenso. Sobre las distintas acepciones del término, *vide* Schlink, B., «Proportionality I», Rosenfeld, M.; Sajo, A. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012, pp. 718-737, especialmente, pp. 721-722; Cohen-Eliya, M., Porta, I., «Proportionality and the Culture of Justification», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59/2, 2011, pp. 463-490. Igualmente, *vide* Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2007; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005 (existe otra edición publicada en 2014 por la Universidad Externado de Colombia); Carbonell, M. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

9. Comisión de Venecia, *Informe 512/2009 sobre el Estado de Derecho*, CDL-AD(2011)003rev, *op. cit.* Resulta de interés el trabajo, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, *Handbook on European law relating to access to justice*, FRA/CoE, Luxembourg, 2016.

derecho a un juicio justo (artículo 24 de la Constitución española, artículo 6 del CEDH o artículo 46 de la Carta de derechos fundamentales de la UE) y la separación de poderes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que «el principio general del Derecho [de la Unión] según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo, principio que se inspira en el artículo 6 del CEDH [...] implica el derecho a un tribunal independiente, en particular del poder ejecutivo [...]»<sup>10</sup>. El principio de la separación de poderes es, pues, un elemento importante para garantizar el respeto del Estado de Derecho. Este principio no implica necesariamente que no pueda haber colaboración entre los distintos poderes (por ejemplo, cuando en el sistema parlamentario el ejecutivo es a la vez miembro del legislativo, o éste elige a los anteriores). Lo fundamental es indicar que la separación de poderes incluye la independencia del poder judicial frente a las presiones del legislativo como, sobre todo, del ejecutivo. Requiere, pues, que la Administración de Justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, un sistema que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es esencial para determinar si existe o no un verdadero Estado de Derecho. Así, cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los Tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho<sup>11</sup>.

Finalmente, la no discriminación y la igualdad ante la ley es esencial en todo sistema basado en los principios del Estado de Derecho. Este principio implica, en primer término, que todos están sujetos a la ley (igualdad formal). La igualdad formal no es incompatible con la existencia de una

---

10. Asuntos acumulados C-174/98 P y C-189/98 P, *Netherlands and Van der Wal vs. Commission*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 enero 2000. ECLI:EU:C:2000:1. Sobre este caso, Kadelbach, S., «Case C-349/99 P, *Commission v. ADT Projekt Gesellschaft der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Tierzüchter mbH*; Joined cases C-174/98 P and C-189/98 P, *Kingdom of the Netherlands and Gerard van der Wa*», *Common Market Law Review*, Vol. 38/1, 2001. pp. 179-194.

11. Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit., pp. 44-55.

diferenciación de tratamiento jurídico que pretenda conseguir en último término la llamada igualdad material. La no discriminación implica, pues, que estas diferencias de tratamiento tienen que ser establecidas previamente en la ley, ser justas en cuanto a sus fines y proporcionadas en cuanto a los mecanismos. Una legislación que establezca diferencias de tratamiento basadas en aspectos como la raza, el género, idioma, religión o nacimiento será sospechosa de incurrir en una discriminación injusta y, por tanto, será corregida por los tribunales<sup>12</sup>. En el caso español, por ejemplo, la cuestión está regulada en el artículo 14 que asevera: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El Tribunal constitucional ha concretado las dimensiones de la igualdad (ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley):

(...) el art. 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que «los españoles son iguales ante la Ley» establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto

---

12. La literatura sobre el principio de igualdad y no discriminación en el Derecho europeo es inabarcable. Para un botón de muestra, *vide* Schiek, D., Chege, V. (Eds.), *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, London, 2009; McCrudden, C., Prechal, S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, Brussels, 2009.

al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Sentencia del Tribunal Constitucional español 49/1982, FJ 2.

Sobre igualdad real y trato distinto, también se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional:

[debe] admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuyera al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria, que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos, y a la posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro en la relación de trabajo que les une, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico, compensador e igualatorio, a través de las normas sustantivas y también de las procesales, que impiden o reducen esa desigualdad material, y que actualmente tienen el fundamental apoyo del art. 9.2 de la Constitución, que exige a todos respetar y promover la igualdad del individuo y de los grupos como reales y efectivas, superando la igualdad meramente formal, y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley fundamental (...). Sentencia del Tribunal Constitucional español 14/1983, FJ 3.

### 3. ¿ESTADO DE DERECHO SIN ESTADO?

Una cuestión adicional, que merece la pena ser apuntada, es la relativa a la extensión de la aplicación de los principios del Estado de Derecho a entidades distintas del Estado. Es decir, la duda sería, ¿es posible aplicar estos principios a una organización internacional o a la Unión Europea? La respuesta rápida es que sí. En tanto que una organización ejerza prerrogativas públicas (propias o delegadas), tenga un sistema normativo propio y la capacidad de sancionar o afectar al patrimonio jurídico de

las personas, esa entidad tendrá que respetar estos principios que, por lo demás, son de aplicación a todos los Estados que en su momento decidieron crear esa organización (hoy día, la Unión Europea). De este modo, a pesar de que el camino no haya sido fácil, los distintos tribunales de justicia de naturaleza supranacional han ido recordando a las organizaciones internacionales (incluyendo la ONU) que no sólo han de proclamar y extender los principios del Estado de Derecho, sino que han de observarlos y respetarlos en su funcionamiento ordinario. Así, el caso *Bosphorus* de 2005 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la saga *Kadi*, finalizada en 2013, ante el Tribunal de Justicia de la Unión, son un claro ejemplo de lo que estamos defendiendo<sup>13</sup>.

De la misma manera, el término *constitucionalización* (que sería la versión ampliada y positivizada del primitivo «Estado de Derecho») se ha instalado rápidamente en las reflexiones doctrinales actuales del campo del Derecho constitucional, especialmente, en relación con la evolución que está sufriendo el sistema jurídico e institucional de la Unión Europea. A primera vista, la constitucionalización hace referencia al proceso por el cual una norma desprovista inicialmente de dicho carácter adquiere un valor constitucional, es decir, que se situaría por encima, en la misma cúspide, de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico considerado. De este modo, la palabra constitucionalización «implica un proceso combinado y circular mediante el cual los tratados han sido interpretados con la ayuda de técnicas utilizadas por los textos constitucionales antes que con aquéllas utilizadas por los tratados multilaterales y, mediante estos procedimientos, los tratados (...) eran considerados el “Derecho superior”, de la misma manera que lo sería una constitución»<sup>14</sup>.

Así pues, la constitucionalización haría referencia a la adopción por parte de una organización internacional (por ejemplo, la UE) de procesos

---

13. Estos casos y sus implicaciones son ampliamente analizados en Gordillo Pérez, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012 y Gordillo Pérez, L. I., Martinico, G., *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015.

14. Weiler, J.H.H., «Supranationalism revisited. A retrospective: the European Communities after 30 years», Maihoffer, W. (ed.), *Noi si mura*, European University Institute, Florence, 1986, p. 342 (341-396).

y técnicas constitucionales (imitando el funcionamiento jurídico-institucional de los Estados europeos, en cuanto al reparto y ejercicio del poder e incluso en lo referente a la protección de los Derechos fundamentales), convirtiéndolos en propios y prescindiendo así de las técnicas propias del Derecho internacional<sup>15</sup>.

Hoy día, pues, y partiendo del modelo de la Unión Europea, se admite sin ambages que es posible el constitucionalismo fuera del Estado o, en otras palabras, que organizaciones no estatales pueden y, si ejercen prerrogativas públicas, deben incorporar los principios constitucionales derivados del modelo clásico del Estado de Derecho en su funcionamiento y estructura. Los retos tienen que ver con la constitucionalización de organizaciones como la OMC o la propia ONU, por una parte, y con el establecimiento de algunos principios de rango constitucional y mecanismos convencionales que regulan las relaciones interordinamentales, particularmente de cara a la adhesión de la UE al sistema de protección de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aceptando por tanto la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su seno<sup>16</sup>.

#### 4. LOS RETOS DERIVADOS DE LA MADUREZ DEL SISTEMA

No es objeto de este trabajo reflexionar sobre todos los retos que, como tal, tiene el Estado social y democrático de Derecho, en cuanto modelo de organización, sino señalar los que afectan a los elementos básicos del mismo. Por ello aspectos tales como la pérdida de protagonismo del parlamento en la vida pública, los retos que enfrenta el sistema de participación de las democracias representativas o la propia tendencia a

---

15. Vide Gordillo Pérez, L. I., «Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306.

16. Arriola Echaniz, N., *La convergencia de dos sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017; Arriola Echaniz, N., *La constitucionalización del gobierno multilateral de la OMC: Los pesos y contrapesos del poder político en el sistema multilateral del comercio*, Comares, Granada, 2022; Gordillo Pérez, L. I., *Interlocking Constitutions*, Hart, Oxford, 2012; Gordillo Pérez, L. I., «Understanding the current fragmentation of the Law and the coexistence of supranational legal orders», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 21, 2017, pp. 59-80.

la no participación en los asuntos públicos por parte de la población. Así, y sin ánimo de entrar a analizar en profundidad los retos derivados de las tensiones que enfrenta la democracia representativa, sí merece la pena señalar algunos aspectos en concreto que encajan en los objetivos de este análisis.

El primero de ellos tiene que ver con la calidad y cantidad de las normas y, particularmente, de las leyes que se aprueban en los modernos Estados en general y en nuestro país en particular<sup>17</sup>. Esta cuestión viene siendo tratada, particularmente en la última década, por la doctrina, que señala con preocupación la escalada regulatoria, la pasión de los parlamentos por aprobar normas sin contenido jurídico real (o leyes «volitivas») y las consiguientes dificultades que acaba teniendo, no ya el ciudadano, sino también las instituciones para asumir el marco legal vigente en cada momento<sup>18</sup>. Los parlamentos autonómicos venían siendo especialistas en aprobar las llamadas «leyes volitivas», normas que no incluían una regulación *per se*, sino una serie de indicaciones, orientaciones, principios generales e incluso sugerencias destinadas fundamentalmente al ejecutivo. Esta técnica legislativa supone, en realidad, la última perversión del sistema, en tanto que transforma una declaración política (lo que tradicionalmente se hace en una moción o proposición no de ley) en una norma con rango de ley que, sin embargo, tendrá la misma eficacia jurídica que una proposición no de ley. En síntesis, una «ley volitiva es aquella que expresa una voluntad sin velar por su realización, y no por error, simplemente porque no es su cometido»<sup>19</sup>. Pero el exceso regulatorio no proviene solo de un uso torticero premeditado de los instrumentos normativos para trasladar un mensaje político, como aquí se ha denunciado, sino que también es producto de deficientes mecanismos regulatorios, solapamientos o falta de

---

17. Para una visión de los problemas habituales derivados de técnicas legislativas deficientes, *vide* Goddard, D., *Making Laws that Work. How Laus Fails and How We can Do Better*, Hart, Oxford, 2022, especialmente, pp. 15-30.

18. Sobre esta cuestión, *vide, inter alia*, Mora-Sanguinetti, Juan S., «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 114, 2022, pp. 231-253, que añade interesantes observaciones sobre el impacto económico del exceso regulatorio.

19. El concepto de «leyes volitivas» lo tomo prestado de García, E., «Las leyes volitivas», *El Confidencial*, 20 abril 2022, disponible en <[https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-04-20/leyes-volitivas-vivienda\\_3614136/](https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-04-20/leyes-volitivas-vivienda_3614136/)>

coordinación entre reguladores<sup>20</sup>. El problema de las leyes de contenido heterogéneo, también llamadas «leyes omnibus» en las que difícilmente se observa una verdadera unidad de objeto regulatoria y que, aunque el Tribunal Constitucional ha considerado que aunque regulen una amplia variedad de materias sin aparente conexión, no por ello son inconstitucionales, «por muy desaconsejable que tal práctica parezca técnicamente»<sup>21</sup>. No obstante, el Alto Tribunal sí que ha acabado censurando supuestos en los que esta heterogeneidad en la norma no venía de partida (en el texto del proyecto, por ejemplo), sino que se produjo a través de las enmiendas, es decir, durante el proceso de tramitación parlamentaria. Es decir, si bien inicialmente, el órgano de control partía de un concepto meramente formal de enmienda, lo cierto es que con posterioridad va matizando su jurisprudencia hasta que finalmente acaba exigiendo una «conexión material o relación de homogeneidad entre la iniciativa legislativa y la enmienda presentada»<sup>22</sup>. De esta censura por parte del Constitucional se deriva un llamamiento al Legislativo a que, si desea regular alguna cuestión *ex novo*, recurra a una proposición de ley y no aproveche otra proposición de ley o proyecto de ley en tramitación para introducir una legislación sin conexión alguna con la norma que se estaba tramitando. El Tribunal se muestra también muy estricto en su control de homogeneidad en materia presupuestaria y, aunque como se ha visto es reticente a invalidar leyes «heterogéneas» per se, sí que se muestra celoso de la puridad presupuestaria y no duda en anular disposiciones incluidas en las leyes de presupuestos que sean ajenas a este específico ámbito hacendístico<sup>23</sup>.

El segundo aspecto, tiene que ver con la importancia creciente que están adquiriendo las nuevas tecnologías en la gestión de la cosa pública.

---

20. Alonso Timón, A. J., «El necesario impulso de la simplificación normativa», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 40, 2020, pp. 215-244. Para un análisis económico de la cuestión, vide Di Vita, G., «Institutional quality and the growth rates of the Italian regions: The costs of regulatory complexity», *Papers in Regional Science*, Vol. 97/4, 2018, pp. 1057-1081.

21. STC 102/2012, de 8 de mayo, FJ 2, ECLI:ES:TC:2012:102 o la STC 199/2015, de 24 de septiembre, FJ 3, ECLI:ES:TC:2015:199. La síntesis de la jurisprudencia constitucional en la materia se encuentra en la STC 132/2013, de 5 de junio, ECLI:ES:TC:2013:132.

22. En este sentido, vide la STC 119/2011, de 5 de julio, ECLI:ES:TC:2011:119, especialmente, FJ 6 y 7.

23. STC 145/2022, de 15 de noviembre, ECLI:ES:TC:2022:145.

Tanto la creciente digitalización de los procesos (que acentúa la llamada «brecha digital»), como la automatización de los procesos, aporta elementos de incertidumbre y de dificultades de control. En este caso se mezclan distintos conceptos que forman todos ellos parte de la revolución digital que está experimentando la sociedad en general y la administración pública en particular. En síntesis, el problema reside en que partiendo de grandes cantidades de datos y aplicando algoritmos (fórmulas preestablecidas), se obtienen predicciones o proyecciones de evolución de situaciones que sirven a la administración pública para adoptar decisiones. Estos sistemas han servido para diseñar el programa de ayudas del bono social eléctrico a consumidores vulnerables en España, para decidir a qué personas de las que querían entrar en el territorio del Estado se les practicaba un test de Covid en Grecia, para calcular las notas finales de los estudiantes de bachillerato en Inglaterra o para medir las posibilidades que tenía una persona, que no estaba siendo investigada por la policía y sin antecedentes, de cometer delitos en el futuro en EE UU<sup>24</sup>. Este tipo de cuestiones hace que sea particularmente importante aumentar la transparencia en estos procesos más o menos automatizados de adopción de decisiones, de forma que que no establezcan sesgos que atenten contra el principio de igualdad y no discriminación, clave de bóveda del Estado de Derecho.

El tercero es un elemento «transversal», que está relacionado con la división del poder en distintos niveles de gobierno, aspecto derivado de los procesos de federalización interna y de integración supranacional. En el caso español, por ejemplo, el Tribunal Constitucional llegó a anular una ley por atentar directamente contra la seguridad jurídica, en tanto que el sistema de reenvíos que se establecía entre la legislación nacional y la autonómica hacía prácticamente incomprensible la norma y casi impredecible su aplicación. De esta manera, el TC optó por anularla dado que la norma recurrida «suscita confusión o duda generadora en sus destinatarios de una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento»<sup>25</sup>. Por otra parte, el juego

---

24. Huergo Lora, A., «Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021, pp. 78-95.

25. STC 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 8, ECLI:ES:TC:2012:234.

del principio de primacía del Derecho de la UE (bien que atenuado por el necesario respeto a la identidad nacional de sus miembros) con los ordenamientos de naturaleza constitucional de los Estados miembros que reclaman la supremacía última de sus principios o normas constitucionales básicas, supone siempre un lugar común de conflicto que no siempre es sencillo de reconducir<sup>26</sup>. Además de algunos *ultravires* o excesos competenciales que los tribunales constitucionales han censurado por parte de las instituciones europeas, el reciente caso de la compra de deuda en el mercado secundario por parte del Banco Central Europeo ha tensado de manera importante la siempre compleja relación entre los tribunales europeos de naturaleza constitucional<sup>27</sup>. Por otra parte, la estratificación del poder legislativo en los niveles, subnacional, nacional y supranacional necesita de importantes medidas de coordinación y participación recíproca en los distintos procesos en aras de prevenir conflictos y antinomias<sup>28</sup>.

## 5. ENSEÑANZAS CONSTITUCIONALES DEL COVID-19

La crisis del coronavirus o Covid-19 será recordada como la gran pandemia de comienzos del siglo XXI. Además de suponer una amenaza a la salud de la humanidad, ha puesto contra las cuerdas a los gobiernos de todas partes del globo y particularmente de Europa que, últimamente, centran sus preocupaciones en cuestiones económicas, geoestratégicas y de sostenibilidad de los servicios y prestaciones públicas. La salud se ha erigido como un bien superior que los gobiernos se han apresurado a poner de nuevo en valor, incluso por encima de la economía del país, de la que depende el propio bienestar de sus ciudadanos. Mucho se ha

---

26. Sobre esta cuestión, ya nos hemos pronunciado *in extenso* en otros lugares, Gordillo Pérez, L. I., Martinico, G., *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015.

27. Mayer, F., «The Ultra Vires Ruling: Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP decision of 5 May 2020», *European Constitutional Law Review*, Vol. 16/4, 2020, pp. 733-769; Gordillo Pérez, L. I., «Las mutaciones de la Unión Económica y Monetaria: evolución, impacto constitucional y perspectivas de futuro», Delgado Ramos, D., Gordillo Pérez, L. I. (Dir.), Rosado Villaverde, C. (Coord.), *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 25-56.

28. Sobre esta cuestión, *vide* el trabajo elaborado por Iñaki Egaña en este libro colectivo.

escrito ya sobre esta cuestión, sin embargo, interesa aquí hacer hincapié en las «secuelas constitucionales»<sup>29</sup>.

Desde este punto de vista, la lucha contra el famoso «coronavirus» se articuló a través de una batería de medidas dictadas, en buena medida, por parte de los gobiernos centrales de los países afectados, independientemente de su naturaleza más o menos descentralizada. Así, en España, se declaró el estado de alarma y el gobierno central asumió el control de la pandemia, dando esencialmente contenido a un ministerio con escasas competencias en nuestro país, como es el de sanidad. El estado de alarma se desarrolló entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020 y durante este tiempo, el gobierno central asumió, con más o menos matices, el control de la sanidad (hospitales), del comercio (básicamente decretando su cierre y posterior apertura paulatina) y de la propia movilidad de las personas. La sociedad española ha presenciado la anulación de dos convocatorias electorales en Galicia y Euskadi (a través de sendos decretos autonómicos) sin base legal suficiente, ha conocido algunas innovaciones en el sistema de fuentes, como por ejemplo la introducción

---

29. Para algunos estudios sobre esta cuestión, *vide* Atienza Macías, E., Rodríguez Ayuso, J. F. (Dirs.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020; Dueñas Gastrillo, A. I., Fernández Cañueto, D., Guerrero Vázquez, P., Moreno González, G., *La constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, 2021; Ridaó Martín, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico: Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021; Carmona Contreras, A. M., Rodríguez Ruiz, B. (Coord.), *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Los ejemplos en el panorama europeo son inabarcables, para un caso de interés para la comparación con España, *vide* Reu, I., Nelles, J., «Marching in line through the crisis or setting one's own course in fighting the Covid-19 pandemic? A comparison of six policies, 16 states and two shutdowns in the German federation», *Perspectives on Federalism*, Vol. 14/2, 2022, pp. 103-141; Castellà Andreu, J. M., «Preserving democracy and rule of law in a pandemic: Some lessons from the Venice Commission», Castellà Andreu, J. M., Simonelli, M. A. (Eds.), *Populism and contemporary democracy in Europe: Old problems and new challenges*, Palgrave Macmillan, London, 2022, pp. 253-272. Además, algunas revistas especializadas han elaborado números especializados, v.gr., *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021. Igualmente, para un estudio actualizado en el que se incluyen ejemplos de las tensiones producidas entre el gobierno central y los autonómicos en la gestión del Covid, *vide* Rosado Villaverde, C., «The Spanish model of protection of rights within the subnational level: a crossroad between the German and Italian cases», *Perspectives on Federalism*, Vol. 14/2, 2022, pp. 142-181, especialmente, pp. 166-170.

de modificaciones en el Decreto regulador del Estado de alarma a través de la resolución del congreso de la aceptación de una prórroga y una extraña negociación entre autoridades centrales y autonómicas que, a la postre, derivó en la alteración del régimen general del Estado de alarma a través de decretos autonómicos que exceptuaban, ampliaban o derogaban disposiciones del Decreto general<sup>30</sup>.

Al margen de estas cuestiones, y de otras muchas como el aumento de la «normativa de excepción» con el argumento de su necesidad perentoria dada la escasa tendencia natural del español medio a cumplir las recomendaciones sanitarias, lo cierto es que esta situación debe hacer reflexionar al interesado sobre cuáles son los fines del Estado y en qué condiciones cabe limitar libertades que dábamos por sentadas en beneficio de la salud de todos. En este sentido, algunos autores y medios han destacado cómo los estados más liberales, que tanto hincapié hacen en las libertades del individuo, se han mostrado menos eficientes en el control de la pandemia que aquellos otros que poseen regímenes más o menos autoritarios. Muchos expertos han propuesto sistemas de control a través de dispositivos de geolocalización de teléfonos móviles, para identificar a posibles contagiados o potenciales portadores del virus, afectando evidentemente al ámbito de la intimidad o la protección de datos de carácter personal. Una vez más, desde que Hobbes declarara que la principal obligación del Estado es garantizar la seguridad, los ciudadanos hemos aceptado dócilmente perder libertad a cambio de ganar seguridad (en este caso, en lo que se refiere a nuestra salud). La justicia constitucional europea, por su parte, ha ido delimitando la capacidad de los Estados a la hora de establecer medidas limitadoras de las libertades para luchar contra emergencias sanitarias como la del Covid-19<sup>31</sup>.

---

30. Un breve estudio se realizó en Gordillo Pérez, L. I., «El Estado Constitucional ante la crisis del coronavirus en Europa: Una primera aproximación», Luna Leal, M.; Vázquez Ramos, H.; Zúñiga Ortega, A. V. (Coords.), *Diálogos jurídicos en tiempos de COVID-19*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 2020, pp. 147-153.

31. Vide el documento Comisión de Venecia, *Informe provisional sobre las medidas adoptadas en los estados miembros de la UE como resultado de la crisis del covid-19 y su impacto en la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales*, aprobado por la Comisión de Venecia en su 124<sup>a</sup> sesión plenaria en línea (8-9 de octubre de 2020), Opinión 995/2020, CDL-AD(2020)018, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2020. Para una recopilación exhaustiva, Castellà Andreu, J. M., «Compilación de la Comisión de Venecia de opiniones e informes sobre Estados de emergencia», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 32, 2020.

En el caso español, como se sabe, el Tribunal constitucional censuró el primero y el tercero de los estados de alarma declarados por el gobierno español con el argumento de que se produjo una limitación en los derechos (particularmente la libre circulación) tal que, más que una limitación, constituía una suspensión, con lo que habría sido necesario declarar el estado de excepción<sup>32</sup>. También se censuró el llamado «cierre del Congreso»<sup>33</sup> y, posteriormente, se declaró la inconstitucionalidad de ciertas medidas de intervención judicial<sup>34</sup>.

En síntesis, y aunque se trata de una situación que aún no se ha resuelto, cabe extraer una serie de enseñanzas constitucionales.

Así, en primer lugar, este proceso ha producido una reivindicación del Estado. Frente a posturas que niegan su utilidad y cuestionan su existencia, los Estados han resultado ser los principales garantes de la salud de las personas y las organizaciones internacionales y supranacionales han demostrado sus limitaciones en este ámbito (desde la UE hasta la propia Organización Mundial de la Salud).

Además, la necesidad de asumir una dirección de la crisis, ha demostrado la importancia de un gobierno central suficientemente dotado y la necesidad de reforzar los sistemas de coordinación con las autoridades subestatales (regiones o equivalentes e incluso municipios). Las duplicidades y faltas de coordinación, además de suponer un coste económico, han podido afectar a la eficacia y a la eficiencia de las medidas para contener la crisis sanitaria. En el caso español, además, habría que analizar la capacidad del sistema sanitario para dar respuesta a este tipo de pandemias y habrá que revisar los protocolos de envíos de pacientes de unos sistemas sanitarios a otros.

---

32. Vide la STC 148/2021, de 14 de julio, ECLI:ES:TC:2021:148 y STC 183/2021, de 27 de octubre, ECLI:ES:TC:2021:183. Para un análisis, Recuerda Girela, M. A., «Las garantías constitucionales en los estados de emergencia: (SSTC 148/2021, 168/2021, 183/2021)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 125, 2022, pp. 283-325 y Villar Crespo, G., «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 123, 2022, pp. 179-222.

33. STC 68/2021, de 5 de octubre de 2021, ECLI:ES:TC:2021:168

34. STC 70/2022, de 2 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:70. Para un comentario, vide Fernández de Gatta Sánchez, D., «La STC de 2 de junio de 2022: la inconstitucionalidad de intervención judicial en relación con las medidas para luchar contra el Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 10109, 2022.

Igualmente, se ha visto cómo es necesario que el gobierno, que asume poderes extraordinarios, ha de rendir cuentas permanentemente ante el parlamento, que recupera aquí un papel muy importante como órgano de control de la actividad gubernativa y de las libertades de los ciudadanos. La censura del Tribunal constitucional español a propósito del «cierre del Congreso», es bastante ilustrativa al respecto<sup>35</sup>.

Finalmente, y desde una perspectiva más económica, las dificultades para obtener ciertos equipos y suministros han despertado en algunos sentimientos de recuperación de cierta autarquía económica para garantizar aprovisionamientos mínimos. Esta puede ser la solución fácil, pero no resolvería en absoluto el problema, dada la gran cantidad de amenazas a la salud, que esa sea la vía, sino que una buena planificación por parte de las autoridades junto con el diseño de protocolos específicos para el aprovisionamiento en casos de emergencia es una alternativa perfectamente viable al mantenimiento e implementación de medidas proteccionistas. En este sentido, también sería oportuno revisar la legislación en materia de contratación pública y adaptar los controles a situaciones como la que hemos vivido<sup>36</sup>.

## 6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

En síntesis, la teoría del Estado de Derecho entraña una filosofía que los textos constitucionales positivizan y que las instituciones tienen que garantizar. Los elementos que integran el Estado de Derecho tienden a un fin, la limitación del poder, a través de un medio, el jurídico, lo que presupone no sólo la existencia de un sistema jurídico con ciertas características sino también unas instituciones con ciertas garantías<sup>37</sup>. Concretamente, el gran desafío consiste no sólo en limitar al poder

---

35. Sobre el papel del parlamento en una situación de emergencia, *vide* Barceló Rojas, D. A.; Díaz Ricci, S.; García Roca, F. J., Guimaraes Teixeira Rocha, M. E. (Coords.), *Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

36. Para un primer análisis, *vide* Pascua Mateo, F., «La contratación administrativa ante la COVID-19», *Revista de administración pública*, núm. 213, 2020, pp. 439-478

37. La doctrina francesa más autorizada habla del «L'Encadrement juridique du pouvoir», así, *vide* Favoreu, L. et alii, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Dalloz, Paris, 2007, pp. 47-208.

ejecutivo (o sus agentes) sino que, sobre todo, se trata del establecimiento de un límite a la labor del Parlamento. Ahí es donde estos principios se constitucionalizan, se integran en una norma fundamental, y nos encontramos con la máxima garantía del control del poder: la «justicia constitucional»<sup>38</sup>.

Siendo esto así, el siguiente desafío consiste en añadir una garantía de independencia a la justicia constitucional. Normalmente, los textos fundamentales establecen criterios que tienen que ver con la capacidad, experiencia y cualificación de sus miembros, aunque, finalmente, suelen ser mayorías cualificadas del parlamento las que las determinan. Así es, como es sabido, en el caso español. Sin embargo, y particularmente en los últimos años, se observa una tendencia a considerar en nuestro país al Tribunal Constitucional como un órgano representativo, más que como un órgano contramayoritario. De hecho, la legitimidad del control de constitucionalidad (*judicial review*) suele criticarse con el argumento de por qué instituciones contramayoritarias, como los tribunales, han de tener el poder de cuestionar decisiones realizadas por instituciones democráticas y que rinden cuentas públicamente (como los parlamentos o los gobiernos)<sup>39</sup>. En efecto, desde un punto de vista más concreto, la justicia constitucional va a suponer que el órgano que lleva a cabo el análisis de constitucionalidad tiene la capacidad de establecer la lectura auténtica de las normas fundamentales, con lo que tiene en sus manos establecer los límites en los que se mueven el resto de poderes del Estado. El nombramiento de sus miembros es una cuestión cada vez más controvertida.

Por otra parte, y derivado de lo anterior, algunos grupos políticos con representación parlamentaria cuestionan la limitación constitucional de la actividad del parlamento. Esto es, argumentando la legitimidad

---

38. Para un estudio actual de la tipología y fundamentos del control de constitucionalidad, *vide* Elliott, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart, Oxford, 2001, especialmente, pp. 1-21 donde se realiza un interesante análisis sobre la necesidad de este instrumento jurídico.

39. Bellamy, R., *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, CUP, Cambridge, 2007; Waldron, J., «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, Vol. 115/6, 2006 1346-1406; De Boer, N., «The False Promise of Constitutional Pluralism», Davies, G.; Avbelj, M., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Edward Elgar Publishing, London, 2018, pp. 199-222.

democrática de su sistema de elección y la representatividad que encarnan, cuestionan la competencia del Tribunal constitucional para controlar la validez jurídica de su producción normativa y resoluciones. En el caso del control de validez constitucional de las resoluciones de la mesa de las cámaras que afectan directamente a sus parlamentarios, puede observarse en los recursos la especial resistencia de las mesas de los parlamentos a ser controladas jurídicamente. Esta tensión ha existido siempre, pero en los últimos tiempos parece haberse acentuado<sup>40</sup>.

El control del poder judicial es otro de los clásicos en esta materia. El poder político muestra una tendencia natural a no dejarse controlar y, en consecuencia, las constituciones establecen mecanismos para garantizar la máxima independencia del poder judicial y la ausencia de interferencias por parte de gobiernos y parlamentos. Los casos húngaro y polaco son conocidos<sup>41</sup>. También el caso español del Consejo General del Poder Judicial ha despertado el interés interno y externo<sup>42</sup>. De hecho, el retraso en la renovación del CGPJ desde 2018 «continúa siendo [para la Comisión Europea] motivo de preocupación» y, además, el ejecutivo de la UE ha «reiterado los llamamientos para que se modifique el proceso de nombramiento de los vocales elegidos entre jueces y magistrados, de

---

40. Para una ilustración del caso español, véase el episodio relativo a la tramitación de una reforma del Código Penal en la que se pretendía incluir una modificación del mecanismo de selección de los propios miembros del tribunal constitucional, tramitación que suspendió el Alto tribunal español, luego de la aceptación de unas medidas cautelarísimas planteadas por los diputados recurrentes. *Vide*, el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, ECLI:ES:TC:2022:177A (suspensión cautelar de la tramitación parlamentaria de los preceptos que modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y ATC 178/2022, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TC:2022:178A (Desestima la solicitud de levantamiento de la suspensión planteada por el Senado).

41. Véase los informes de la Comisión Europea al respecto en su comunicación anual sobre la situación del Estado de Derecho en la UE, Comisión Europea, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Informe sobre el Estado de Derecho de 2022*, COM(2022) 500 final, Luxemburgo, 13.7.2022 y los informes específicos sobre ambos países, todos ellos disponibles en < [https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters\\_es](https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_es) >

42. Sobre esta cuestión, *vide* el análisis de Castellà Andreu, J. M., «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 70/1, 2022, pp. 35-53.

forma que sean sus homólogos quienes los elijan»<sup>43</sup>. Asegurar un gobierno independiente del poder judicial constituye una de las principales preocupaciones de las autoridades europeas, tanto en la UE como en el Consejo de Europa.

Existen, finalmente, avances y tendencias que hacen necesario revisar algunos mecanismos y marcos normativos que permitan mantener las garantías del Estado de Derecho. Así, los retos que plantea la inteligencia artificial, el desarrollo de políticas públicas a través del *Big data* y algoritmos o la propia garantía de derechos fundamentales (básicamente los englobados en el concepto de la «privacidad») exigen evaluar la forma en la que se establezcan las garantías adecuadas para que estos avances no supongan un retroceso en materia de libertades individuales<sup>44</sup>. Además, es conveniente mejorar la técnica legislativa que emplean los gobiernos y parlamentos que, además, deben convivir en un contexto de federalización interna y de integración supranacional lo que, sin duda, acrecienta las posibilidades de conflictos normativos y, por ende, de afectación a la seguridad jurídica, ingrediente esencial del Estado de Derecho.

En conclusión, la teoría del Estado de Derecho apela sobre todo a una preocupación constante. La necesidad de establecer controles jurídicos al ejercicio del poder para garantizar la libertad del ciudadano. Ello

---

43. Comisión Europea, *Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España que acompaña al documento «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Informe sobre la situación del Estado de Derecho en 2022. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea»*, SWD(2022) 509 final, Luxemburgo, 13/07/2022, pp. 4-5, disponible en <[https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters\\_es](https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_es)>

44. Gil González, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, BOE, Madrid, 2016; Sánchez Barrilao, J. F., «El derecho constitucional ante la era de Ultrón. La informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 64/2, 2016, pp. 225-258; Landa Arroyo, C., «Constitución, derechos fundamentales, inteligencia artificial y algoritmo», *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 79, 2021, pp. 37-50; Sarrión Esteve, J., «Algunas notas sobre el paradigma de protección de los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial y las neurotecnologías», Sanjuán Andrés, F. J., Ortega Giménez, C., Reche Tello, N., Tur Ausina, R. (Dir.), *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 181-197.

implica la necesidad de implementar constantes reformas que mantengan la filosofía de estos principios, adaptándolos a los cambios y tensiones derivados de los avances y las contradicciones sociales. Es decir, será necesario actualizar los mecanismos y normas que definen las garantías concretas, pero nunca abandonar el espíritu que ha inspirado e inspira esta teoría: salvaguardar la libertad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2007.
- Alonso Timón, A. J., «El necesario impulso de la simplificación normativa», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 40, 2020, pp. 215-244.
- Arriola Echaniz, N., *La constitucionalización del gobierno multilateral de la OMC: Los pesos y contrapesos del poder político en el sistema multilateral del comercio*, Comares, Granada, 2022.
- Arriola Echaniz, N., *La convergencia de dos sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Atienza Macías, E., Rodríguez Ayuso, J. F. (Dirs.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Barceló Rojas, D. A., Díaz Ricci, S., García Roca, F. J., Guimaraes Teixeira Rocha, M. E. (Coords.), *Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- Bellamy, R., *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, CUP, Cambridge, 2007.
- Waldron, J., «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, Vol. 115/6, 2006 1346-1406.
- Bernal Pulido, G., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005 (existe otra edición publicada en 2014 por la Universidad Externado de Colombia).
- Carbonell, M. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Carmona Contreras, A. M., Rodríguez Ruiz, B. (Coord.), *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- Castellà Andreu, J. M., «Compilación de la Comisión de Venecia de opiniones e informes sobre Estados de emergencia», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 32, 2020.
- Castellà Andreu, J. M., «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 70/1, 2022, pp. 35-53.
- Castellà Andreu, J. M., «Preserving democracy and rule of law in a pandemic: Some lessons from the Venice Commission», en Castellà Andreu, J. M., Simonelli, M. A. (Eds.), *Populism and contemporary democracy in Europe: Old problems and new challenges*, Palgrave Macmillan, London, 2022, pp. 253-272.
- Closa, C., Kochenov, D. (Eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- Cohen-Eliya, M., Porta, I., «Proportionality and the Culture of Justification», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59/2, 2011, pp. 463-490.
- Comisión de Venecia, *Informe 512/2009 sobre el Estado de Derecho*, CDL-AD(2011)003rev.
- Comisión de Venecia, *Informe 512/2009 sobre el Estado de Derecho*, 2011.
- Comisión de Venecia, *Informe provisional sobre las medidas adoptadas en los estados miembros de la UE como resultado de la crisis del covid-19 y su impacto en la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales, aprobado por la Comisión de Venecia en su 124ª sesión plenaria en línea (8-9 de octubre de 2020)*, Opinión 995/2020, CDL-AD(2020)018, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2020.
- Comisión Europea, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Informe sobre el Estado de Derecho de 2022*, COM(2022) 500 final, Luxemburgo, 13.7.2022.
- Comisión Europea, *Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España que acompaña al documento «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Informe sobre la situación del Estado de Derecho en 2022. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea»*, SWD(2022) 509 final, Luxemburgo, 13/07/2022.
- Comisión Europea, *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, COM(2014) 158 final.
- De Boer, N., «The False Promise of Constitutional Pluralism», en Davies, G., Avbelj, M., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Edward Elgar Publishing, London, 2018, pp. 199-222.

- Di Vita, G., «Institutional quality and the growth rates of the Italian regions: The costs of regulatory complexity», *Papers in Regional Science*, Vol. 97/4, 2018, pp. 1057-1081.
- Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 (1ª ed. 1966).
- Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Macmillan, London, 1915 (reimpresión 1985, primera edición de 1885).
- Dueñas Gastrillo, A. I., Fernández Cañueto, D., Guerrero Vázquez, P., Moreno González, G., *La constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, 2021.
- Elliott, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart, Oxford, 2001.
- European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, *Handbook on European law relating to access to justice*, FRA/CoE, Luxembourg, 2016.
- Favoreu, L. et alii, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Dalloz, Paris, 2007.
- Fernández de Gatta Sánchez, D., «La STC de 2 de junio de 2022: la inconstitucionalidad de intervención judicial en relación con las medidas para luchar contra el Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 10109, 2022.
- García, E., «Las leyes volitivas», *El Confidencial*, 20 abril 2022, disponible en <[https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-04-20/leyes-volitivas-vivienda\\_3614136/](https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-04-20/leyes-volitivas-vivienda_3614136/)>
- Gil González, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, BOE, Madrid, 2016.
- Goddard, D., *Making Laws that Work. How Laus Fails and How We can Do Better*, Hart, Oxford, 2022.
- Gordillo Pérez, L. I., «Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306.
- Gordillo Pérez, L. I., «El Estado Constitucional ante la crisis del coronavirus en Europa: Una primera aproximación», en Luna Leal, M., Vázquez Ramos, H., Zúñiga Ortega, A. V. (Coords.), *Diálogos jurídicos en tiempos de COVID-19*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 2020, pp. 147-153.
- Gordillo Pérez, L. I., «Las mutaciones de la Unión Económica y Monetaria: evolución, impacto constitucional y perspectivas de futuro», en Delgado Ramos, D., Gordillo Pérez, L. I. (Dirs.), Rosado Villaverde, C. (Coord.), *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 25-56.
- Gordillo Pérez, L. I., «Understanding the current fragmentation of the Law and the coexistence of supranational legal orders», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 21, 2017, pp. 59-80.

- Gordillo Pérez, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.
- Gordillo Pérez, L. I., *Interlocking Constitutions*, Hart, Oxford, 2012.
- Gordillo Pérez, L. I., Martinico, G., *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015.
- Heuschling, L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002.
- Hierro, L. L., Laporta, F. J., Ruiz Miguel, A. (coords.), *Revisión de Elías Díaz. Sus libros y sus críticos*, CEPC, Madrid, 2007.
- Hoffmann-Riem, W., «The Venice Commission of the Council of Europe - Standards and Impact», *European journal of international law*, Vol. 25/2, 2014, pp. 579-597.
- Huergo Lora, A., «Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021, pp. 78-95.
- Kadelbach, S., «Case C-349/99 P, Commission v. ADT Projekt Gesellschaft der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Tierzüchter mbH; Joined cases C-174/98 P and C-189/98 P, Kingdom of the Netherlands and Gerard van der Wa», *Common Market Law Review*, Vol. 38/1, 2001. pp. 179-194.
- Landa Arroyo, C., «Constitución, derechos fundamentales, inteligencia artificial y algoritmo», *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 79, 2021, pp. 37-50.
- Mayer, F., «The Ultra Vires Ruling: Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP decision of 5 May 2020», *European Constitutional Law Review*, Vol. 16/4, 2020, pp. 733-769.
- McCrudden, C., Prechal, S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, Brussels, 2009.
- Mora-Sanguinetti, Juan S., «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 114, 2022, pp. 231-253.
- Pascua Mateo, F., «La contratación administrativa ante la COVID-19», *Revista de administración pública*, núm. 213, 2020, pp. 439-478.
- Recuerda Girela, M. A., «Las garantías constitucionales en los estados de emergencia: (SSTC 148/2021, 168/2021, 183/2021)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 125, 2022, pp. 283-325.
- Reu, I.; Nelles, J., «Marching in line through the crisis or setting one's own course in fighting the Covid-19 pandemic? A comparison of six policies,

- 16 states and two shutdowns in the German federation», *Perspectives on Federalism*, Vol. 14/2, 2022, pp. 103-141.
- Ridao Martín, J., *Derecho de crisis y Estado autonómico: Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Rosado Villaverde, C., «The Spanish model of protection of rights within the subnational level: a crossroad between the German and Italian cases, *Perspectives on Federalism*», Vol. 14/2, 2022, pp. 142-181.
- Sánchez Barrilao, J. F., «El derecho constitucional ante la era de Ultrón. La informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 64/2, 2016, pp. 225-258.
- Sarrión Esteve, J., «Algunas notas sobre el paradigma de protección de los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial y las neurotecnologías», en Sanjuán Andrés, F. J., Ortega Giménez, C., Reche Tello, N., Tur Ausina, R. (Dirs.), *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, Thomson-Aranzadi, Gizur Menor, 2022, pp. 181-197.
- Schiek, D.; Chege, V. (Eds.), *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, London, 2009.
- Schlink, B., «Proportionality I», en Rosenfeld, M., Sajó, A. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012, pp. 71-737.
- Villar Crespo, G., «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 123, 2022, pp. 179-222.
- Villaverde Menéndez, I., «A dialogue between Courts: the case-law of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court on the principle of legal certainty», en Pérez Manzano, M., Lascuráin Sánchez, J. A., Mínguez Rosique, M. (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in criminal law*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 35-53.
- Weiler, J. H. H., «Supranationalism revisited. A retrospective: the European Communities after 30 years», en Maihoffer, W. (ed.), *Noi si mura*, European University Institute, Florence, 1986, pp. 341-396.