

## **CONSTITUCIÓN Y EFICACIA NORMATIVA: ALGUNAS CAUSAS DE LA PROGRESIVA PÉRDIDA DE NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978**

Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ  
*Universitat de Girona*  
miguel.cabellos@udg.edu

### **RESUMEN:**

La Constitución de 1978 supuso una refundación del Estado sobre bases democráticas y fue dotada de un contenido y una estructura que la homologaban sin matiz alguno a las más avanzadas del momento de su promulgación. Sin embargo, el desarrollo posterior de la misma se ha llevado a cabo en algunos sectores atendiendo más bien poco al modelo constitucional o dejando de extraer, en otros casos, todas las potencialidades de este; por ello y especialmente a raíz de la crisis económica iniciada a finales de la primera década del nuevo siglo, la Constitución ha mostrado de modo evidente cómo la actuación de las principales fuerzas políticas ha llevado a que su normatividad se halle bajo mínimos, y a que se ponga en cuestión su capacidad de cumplir con las funciones que le son propias. Dichas fuerzas han sido incapaces de impulsar su reforma en los aspectos que más han quedado superados por el paso del tiempo, y al mismo tiempo cuando han procurado su reforma en el caso del art. 135 CE, lo han hecho de un modo que debilita a la propia Constitución. El trabajo analiza los sectores en que este fenómeno de debilitamiento y pérdida de fuerza normativa es más evidente, y las causas de ello, causas cuyo conocimiento resulta clave para abordar una reforma de la Constitución que devuelva a esta la normatividad que ha ido perdiendo, la ponga en situación de desarrollar plenamente los cometidos que corresponden a una norma fundamental, y permita al mismo tiempo afrontar los evidentes retos a los que en la actualidad se enfrenta el Estado.

### **PALABRAS CLAVE:**

Reforma constitucional, eficacia normativa, derechos, estado compuesto, instituciones, Unión Europea.

**ABSTRACT:**

The Constitution of 1978 meant a re-foundation of the State on a democratic basis and was endowed with a content and structure of the most advanced at the time of its promulgation. However, the development of the constitutional text has been carried out in some sectors with little attention to the constitutional model, or failing to extract all its potential. For this reason, and especially in the wake of the economic crisis, the Constitution has clearly shown how the actions of the main political forces has had as a consequence that its normativity deteriorates enormously, and that it doubts its ability to fulfill the most elementary functions.

These political forces have been incapable of promoting their reform in the aspects that more have been surpassed by the passage of time and, at the same time, when they have sought their reform, in the case of art. 135 SC, have done so in a way that weakens the Constitution itself.

This paper analyzes the sectors in which this phenomenon of weakening and loss of constitutional normative force is more evident, and the causes of this phenomenon. Knowledge of these causes is key to address a reform of the Constitution to return the normativity that has been lost, allow it to fully develop the functions that correspond to a fundamental norm, and to face the evident challenges that the State is currently facing.

**KEY WORDS:**

Constitutional reform, normative effectiveness, rights, compound state, institutions, European Union.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La Constitución de 1978 supuso, indudablemente, una re-fundación del Estado sobre bases democráticas y fue dotada de un contenido y una estructura que la homologaban sin matiz alguno a las más avanzadas del momento de su promulgación. Resultado de un proceso de transición a la democracia que al principio fue presentado con frecuencia como modélico, pero que con el tiempo ha ido arrojando claroscuros, la relevancia de nuestra Constitución en la historia moderna de España difícilmente podría ser exagerada. Entre otras cosas, porque es la norma suprema de mayor duración de todas cuantas hemos tenido, en un país acostumbrado a acabar con sus Constituciones ya fuera por la vía del golpe de Estado o por la del simple desuso e ignorancia de su contenido.

Sin embargo, y especialmente a raíz de la crisis económica iniciada a finales de la primera década del nuevo siglo y que pareciera que ahora comienza paula-

tinamente a remitir (aunque de modo muy desigual, dado que los sectores más afectados por la crisis perdieron mucho<sup>1</sup>), la Constitución ha mostrado de modo evidente cómo la incuria de las principales fuerzas políticas, incapaces de reformarla con tal de actualizarla para mantener su vigor normativo (pues cuando se ha reformado los fines eran otros) ha llevado a que su normatividad se halle bajo mínimos, y nuestra Constitución atravesase cada vez por más dificultades para cumplir con las funciones que le son propias.

Señalemos brevemente qué funciones serían esas; enunciaba Rubio Llorente cómo una Constitución debe asegurar la unidad política (actuando así como factor de integración, evocando a Smend); ha de fundamentar también la legitimidad del poder estatal, de modo que debe «determinar cuál es el alcance posible del poder (o, lo que es lo mismo, cuál es el ámbito de libertad reservado a los ciudadanos), cuáles son los órganos que lo ejercen y qué tareas o competencias se atribuyen a cada uno de ellos» así como también le corresponde «la determinación de los modos de creación del Derecho, el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento»<sup>2</sup>. También Hesse se refiere a la función de integración, en la medida en que la unidad del Estado ha de conseguirse en el proceso político de una sociedad pluralista, y es en la Constitución donde esta pluralidad puede recogerse de manera tal que la propia norma fundamental se convierte en «el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal»<sup>3</sup>. En segundo lugar cita la función organizativa, en la medida en que el ordenamiento jurídico no sólo es necesario para asegurar la unidad del Estado, sino además para ordenar la acción de los órganos estatales: competencias, procedimientos, etc. Por último, esa función de ordenación también se ha de proyectar sobre la propia vida de la comunidad, a la que se han de fijar fines. En este aspecto subraya Hesse que la Constitución ordena, pero no cualquier cosa, sino que el contenido de dicho ordenamiento ha de ser legítimo. Determinar qué significa esto no es algo que pueda ser hecho con base en un Derecho natural de incierta procedencia y contenido, sino tomando en consideración las experiencias históricas<sup>4</sup>, y asegurando la efectividad de los derechos y del pluralismo democrático.

Tres grandes funciones, en definitiva: integrar, ordenar la vida de la comunidad, organizar el poder del Estado. Funciones que acogen a otras muchas dentro de ellas. La de integración supone constituir a la comunidad política<sup>5</sup> dando acomodo a una serie de valores y de principios, nacidos y evolucionados desde el ideario de la Revolución francesa hasta nuestros días, que plasman el acuerdo

---

<sup>1</sup> Sobre los efectos de la crisis económica, y de las medidas de austeridad subsiguientes, sobre los derechos de las clases más desfavorecidas vid. Aparicio Wilhelmi, M. 2016, 16 ss.

<sup>2</sup> Vid. Rubio Llorente, F. 1997, 19-20.

<sup>3</sup> Vid. Hesse, K. 1997, 3.

<sup>4</sup> Vid. Hesse, K. 1997, 4.

mínimo sobre cómo convivir; el fundamento de la vida social, destilado de la experiencia histórica, que ya no representa y satisface a una sola clase social sino que debe representarlas a todas. La Constitución actúa como factor de integración en tanto sirva para defender esos valores que hacen real el Estado social y democrático de Derecho y sobre los que se configura también nuestro Estado compuesto. Y el Estado debe actuar, ya no sólo abstenerse, con el fin de que esos valores y principios, que nuestra Constitución enuncia en el art. 1.1, en el 10.1, o en tantos preceptos dedicados a derechos, sean reales, y la unidad y cohesión social subsistan.

La propia Constitución, por lo demás, se preocupa de que esos principios y valores que enuncia y que vinculan a los poderes no sólo tengan vigencia en el momento constituyente, sino también después, pues quiere ordenar de manera efectiva la vida de la comunidad. De ahí las frecuentes habilitaciones y mandatos al legislador para que este asegure el efectivo disfrute de los derechos en todos los sectores de la sociedad, como se hace en el art. 9.2 CE y en tantos otros lugares del propio texto.

Por último, la función constitucional de organización del poder del Estado implica regular las posibilidades de actuación de este pero también sus límites, para asegurar así el respeto de los derechos de los ciudadanos. A ello responde precisamente la división de poderes, que ya reivindicaba el art. 16 de la Declaración de 1789 junto al reconocimiento de los derechos como elemento sin el cual no podía hablarse de Constitución. La división de poderes contribuye a la preservación de los derechos de los ciudadanos frente al Estado<sup>5</sup>, y la relevancia de estos en nuestros sistemas actuales y su relación con las instituciones ha sido enfatizada por Aparicio Pérez, para quien «el actual reparto entre instituciones y pueblo no puede significar otra cosa que la entrega constitucional de un sector del poder a los ciudadanos, en forma de derechos públicos subjetivos, y la entrega de otro sector del poder a las instituciones públicas en forma de competencias, facultades o funciones. El aseguramiento normativo de acción e interacción entre ambos sec-

---

<sup>5</sup> Como recuerda Garrorena, en el momento de la creación de la norma constitucional, esta «actúa la única eficacia jurídica que no comparte con el resto de las normas: la de fundar o constituir a la propia comunidad política como una comunidad de Derecho», de modo que la cualidad diferencial de la Constitución respecto de las demás normas consiste en constituir a la comunidad política. Vid. Garrorena Morales, A. 1997, 42.

<sup>6</sup> No debe olvidarse por otra parte que hoy en día las agresiones a tales derechos no proceden sólo del Estado, sino también de los particulares. En palabras de De Cabo Martín, «los derechos fundamentales se siguen concibiendo como una conquista sólo frente al Estado. El Estado se sigue entendiendo como el único enemigo y todo garantismo se articula para ejercerse de manera prácticamente exclusiva frente a él. La sociedad civil aparece libre de toda responsabilidad y parece como si el mundo de lo privado, de los poderes privados, fuera incapaz de hacer peligrar el libre disfrute de los derechos por todos los hombres». Vid. De Cabo Martín, C. 1998, 56.

tores y sujetos forma (...) el núcleo esencial de la actual comprensión de las constituciones democráticas»<sup>7</sup>.

Pues bien: en la actualidad, se hacen evidentes, en el marco de lo que podríamos conceptualizar como una crisis de Constitución, las dificultades por las que ésta atraviesa en España para desempeñar sus funciones de organizar y limitar los poderes públicos, y garantizar realmente los derechos de los ciudadanos disciplinando la vida de la comunidad y actuando como factor de integración. En palabras de De Cabo Martín, «hoy es perfectamente observable una pérdida o erosión de las dos características básicas de la Constitución como son la normatividad y la supremacía constitucional. Hoy la Constitución va apareciendo cada vez más que como norma como referencia, y por lo tanto es lo que se puede expresar con esa corriente que se ha llamado “del constitucionalismo débil”, que es en realidad una huella de la Constitución siguiendo todo el proceso de desformalización y de despolitización que es en cierta manera también la huida del Derecho y desde luego la huida del Derecho público y la conversión del Derecho Constitucional en buena parte como un Derecho de procedimientos»<sup>8</sup>, con la consiguiente pérdida de legitimidad, recuerda Ferrajoli, para el sistema constitucional en su conjunto<sup>9</sup>. Corcuera Atienza habla, por su parte, de una mutación acaecida en buena parte de la Constitución<sup>10</sup>. Los factores que lo explican son, como se verán, varios y diversos, y corresponde referirse siquiera sea brevemente a cada uno de ellos.

## 2. CONSTITUCIÓN Y UNIÓN EUROPEA

Como se acaba de decir, los factores que inciden en ese fenómeno son varios. En primer lugar, el progresivo aumento del caudal competencial de la UE y de su capacidad de decisión, en el marco de un proceso de gobernanza económica a

---

<sup>7</sup> Aparicio Pérez, M.A. 2013, 68-69.

<sup>8</sup> Vid. De Cabo Martín, C. 2008, 86.

<sup>9</sup> Para Ferrajoli, «se puede identificar el grado de legitimidad y, a la inversa, de ilegitimidad del ordenamiento de un Estado constitucional de Derecho con el grado de efectividad y con el grado de inefectividad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos en él. Un cierto grado de inefectividad y de ilegitimidad es, con todo, inevitable y por ello fisiológico en cualquier democracia constitucional (...). Sin embargo, más allá de ciertos límites, el grado de inefectividad del paradigma constitucional puede llegar a ser patológico». Vid. Ferrajoli, L. 2011, 43-44. El autor cita como ilustrativas de esa deslegitimación medidas adoptadas en el caso italiano, pero trasladables al nuestro, como la reducción de derechos de los inmigrantes (especialmente aquellos en situación administrativa irregular), el endurecimiento de las normas sobre seguridad pública, la reducción de las garantías de los trabajadores, los recortes en gasto público en derechos básicos, etc., todo lo cual le lleva a hablar de «proyecto deconstituyente» (pág. 44).

<sup>10</sup> Vid. Corcuera Atienza, J. 2015, 782 ss.

nivel comunitario<sup>11</sup>, que ha llevado a poner como fin prevalente y último el equilibrio presupuestario con la consiguiente limitación del déficit público y, para ello, la limitación del gasto público. Este hecho, en una época que ya venía marcada por la crisis del Estado social, ha operado sobre estos unos efectos de desmantelamiento que suponen al mismo tiempo el desmantelamiento de una parte de la forma de Estado contenida en la Constitución, e indirectamente causan un efecto indudable sobre las demás.

Es indudable la crisis de la idea de soberanía a manos de la internacionalización, tema que sin duda constituye una de las constantes del Derecho Constitucional actual. La pertenencia no solo a la UE, sino a otras organizaciones como la OTAN o la OMC, por ejemplo, suponen para el Estado una pérdida parcial de su autonomía de decisión en temas relevantes<sup>12</sup>, y en ese proceso se están reformulando las bases del Estado, asentadas tradicionalmente en un triple fundamento (territorio, población y soberanía) que va dejando de tener sentido especialmente en este último elemento<sup>13</sup>, y que se ve directamente condicionado por decisiones de organismos de institucionalización y normativización muy variables, en el marco de procesos muchas veces poco transparentes, faltos de base democrática, etc.<sup>14</sup>. Como gráficamente ha señalado Ferrajoli, los Estados «se han revelado demasiado grandes para las cosas pequeñas, y demasiado pequeños para las cosas grandes (...). El Estado nacional está perdiendo su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en lo económico. La crisis está determinada por la revolución en curso en las comunicaciones, la economía, la política y el derecho, un fenómeno que ha derribado las viejas fronteras estatales en todas estas dimensiones (...) generando problemas (...) de forma irreversible supraestatales»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Y no solo a nivel comunitario. Como ha recordado Cano Bueso, «el escenario mundial nos depara el fenómeno de la globalización, la mundialización de los mercados, el surgimiento de un “Gobierno invisible” supraestatal que gestiona los flujos monetarios, que interfiere las bolsas, y que no tiene formalización política, ni personalidad jurídica, ni control democrático». Vid. Cano Bueso, J. 2008, 132.

<sup>12</sup> Jáuregui Bereciartu señala cómo «la actividad de los estados nacionales se ve condicionada de modo directo e importante por las tendencias transnacionalizadoras (...). Así, en lo económico se da una importante disminución de su capacidad para tomar decisiones autónomas como lo manifiesta no sólo la pérdida del poder regulatorio de su política financiera y monetaria, sino de otros muchos instrumentos económicos. Es evidente que la implantación de la Unión Monetaria Europea mediante la creación del euro y la constitución del Banco Central Europeo implica la pérdida de una parcela clave de la soberanía de los Estados nacionales. (...) Lo mismo ocurre en el ámbito político». Vid. Jáuregui Bereciartu, G. 2000, 104.

<sup>13</sup> Vid. Jáuregui Bereciartu, G. 2000, 106 ss.

<sup>14</sup> Sobre este tipo de organismos internacionales, sus características y sus consecuencias respecto de la estructura estatal vid. De Cabo Martín, C. 2010, 118 ss.

<sup>15</sup> Vid. Ferrajoli, L., 2011b, 471.

Distingue así Hesse<sup>16</sup> entre internacionalización (proliferación de la firma de tratados, decisiones de organismos a través de fuentes distintas a estos pero igualmente dirigidas a los Estados, dependencia de la economía interna de la externa, imbricación entre aspectos internos y externos que resta al Estado capacidad autónoma de actuación y que dificulta que la Constitución pueda regularlos) y, en el caso de los Estados de la UE, europeización, proceso por el cual la Constitución pierde parte de su entidad –como el pueblo estatal pierde parte de su soberanía– con el consiguiente trasvase competencial hacia la Unión y la necesidad de articular formas de participación en los procesos de decisión comunitarios para las entidades subestatales que se traducen en pérdida para los parlamentos nacionales<sup>17</sup> y ganancia para sus ejecutivos, aunque dentro de estos especialmente para el estatal. Al mismo tiempo, en las negociaciones comunitarias, el Gobierno estatal, en aquellas decisiones que no han de tomarse por unanimidad, puede quedar obviamente obligado a aceptar lo que no quería.

Todos estos fenómenos son, pues, muestra del actual proceso de internacionalización y globalización, que para De Vega implica «una reducción notable de los espacios políticos»<sup>18</sup>. La Constitución, que debiera aparecer como «referente inexcusable para el mantenimiento de los valores y supuestos que conforman una convivencia civilizada» en el marco de un Estado en que el déficit del principio democrático se quiere cubrir invocando el principio liberal, cada vez encuentra más dificultades para ello. La UE no solo no ha conseguido hacer frente a los retos de devolver a los ciudadanos el espacio que estos habían perdido con la transferencia de poder del Estado a la Comunidad, sino que ha pasado a actuar como un factor de erosión de los derechos sociales en nombre del control del déficit público<sup>19</sup>. Ello, además, bajo una cobertura constitucional tan limitada como la del art. 93 CE<sup>20</sup>, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados como Francia, Alemania o Dinamarca, que por vía de reforma constitucional previeron constitucionalmente en su momento el proceso de integración europea y sus características.

---

<sup>16</sup> Vid. Hesse, K., 1997, 13-14.

<sup>17</sup> Sobre ello, vid. Matía Portilla, F.J. 1999.

<sup>18</sup> O dicho de otro modo, «el espectacular ensanchamiento de los espacios económicos y sociales no se ha visto acompañado de una similar amplitud de los espacios políticos». Vid. De Vega García, 1998, 14.

<sup>19</sup> Y, paradójicamente, amparándose para ello en una pretendida defensa del Estado social. Como subrayan García Herrera y Maestro Buelga, «la demolición del Estado social se realiza en nombre de su conservación; los derechos sociales se recortan en aras de su mantenimiento. Se nos presentan las transformaciones como fruto de la emergencia, como coyunturales, pero se usan formas rígidas para que los cambios introducidos sean irreversibles». García Herrera, M.A., Maestro Buelga, G. 2012, 3.

<sup>20</sup> Sobre el deficiente fundamento de la integración europea en España y otros países, y las reformas operadas en su momento en algunos de ellos, vid., entre otros, Rubio Llorente, F.

Por tanto, las dinámicas generadas desde la UE, en una coyuntura de crisis económica como la iniciada hacia 2007 y que solo diez años después parece que comienza tímidamente a remitir, han llevado a sacrificar en muy buena medida los derechos prestacionales, sometiendo a una clara preterición las previsiones que sobre los mismos contiene la Constitución, y vaciando con ello *de facto* y en buena parte la cláusula de Estado social que, dentro de la forma de Estado, la Constitución quería asegurar<sup>21</sup>. Un embate más sobre una cláusula que, dado que el Estado social como categoría lleva en crisis al menos desde los años 70, va camino de su sustitución por otra forma estatal aún en desarrollo<sup>22</sup>. En segundo lugar, se obliga a los poderes internos a acompañar sus decisiones a las decisiones u órdenes llegadas de la UE, que lógicamente no tienen como un parámetro de referencia lo que pueda o no decir la Constitución de un Estado miembro, en este caso España. Se superpone, así, al sistema constitucional un sistema pseudoconstitucional (o cuasiconstitucional, o materialmente constitucional, según se parta de unos postulados u otros), que no cuenta con un pueblo propio pero que impone sus decisiones de carácter económico neoliberal a los pueblos de los Estados miembros (especialmente de los más golpeados por la crisis)<sup>23</sup>. Este cambio en la posición y naturaleza constitucional ha sido en alguna ocasión saludado como positivo: habla por ejemplo Muñoz Machado de un nuevo constitucionalismo mul-

---

1997, XI-XXVII; Aláez Corral, B. 1998, 503-555. Albertí Rovira considera que el art. 93 CE «sigue teniendo un carácter exclusivamente procedimental y resulta, a mi juicio, claramente insuficiente para abordar los diversos problemas internos que plantea la integración europea». Vid. Albertí Rovira, E. 2011, 166.

<sup>21</sup> Sobre ello, vid. Aparicio Wilhelmi, M. (2016), *passim*.

<sup>22</sup> En tal sentido, García Herrera y Maestro Buelga consideran que «el proceso transformador iniciado en el último tercio del siglo XX ha supuesto la destrucción de la forma de Estado [social] y la incesante construcción de un nuevo orden basado sobre otros fundamentos distintos a los que alumbraron en su día su aparición». Vid. García Herrera, M.A., Maestro Buelga G. 2012, 3. Como se dijo *supra*, hablan los autores de Estado-mercado en el marco de un capitalismo global financiarizado.

<sup>23</sup> En opinión de Muñoz Machado, la entrada en la UE ha alterado «las bases ideológicas del constitucionalismo originario sobre la disponibilidad exclusiva por el soberano sobre el texto constitucional, según las cuales el cambio, la revisión o la reforma de la Constitución solo estarían a su alcance y resultarían inaccesibles para cualquier otro poder. La alteración del antiguo paradigma se ha producido en un doble sentido: por una parte, la transferencia de poderes a organizaciones (...) supranacionales implica un desarrollo de la Constitución; se transforma esta inevitablemente, en consecuencia, aunque solo sea por el efecto de haber aceptado la incorporación de nuevos y esenciales poderes capaces de generar normas innovadoras, desarrollar un aparato institucional propio, y concebir y aprobar sus propias políticas que el estado deberá aceptar vinculadamente. Por otra parte, el soberano pierde disponibilidad sobre esa nueva Constitución expandida, que no puede modificar contradiciendo o desconociendo los contenidos de los ordenamientos secundarios formados a escala (...) y supranacional». Vid. Muñoz Machado, S., 2016, posición 1939 de la edición electrónica.



tinivel, pluritextual y cosmopolita<sup>24</sup>, pero estas etiquetas, que incorporan en sí mismas una connotación favorable, no consiguen ocultar las disminuciones de derechos que en la práctica se han seguido del mencionado proceso<sup>25</sup>, y el hecho de que la pérdida de contenido de conceptos como soberanía o poder constituyente<sup>26</sup> se ha producido como consecuencia de una transferencia a órganos y entidades sin una base democrática real suficiente y, en ocasiones, con un funcionamiento que dista de ser transparente<sup>27</sup>, y se suma a la progresiva aparición y consolidación de centros privados de poder, “grandes poderes financieros (...) [que] se apoderan de los centros decisorios de la vida estatal actuando como dueños y señores de una auténtica mano invisible”<sup>28</sup>.

Cabe coincidir, pues, con García Herrera y Maestro Buelga cuando afirman que «las diferentes propuestas teóricas del constitucionalismo multinivel, el constitucionalismo postnacional, (...) el pluralismo constitucional son insuficientes porque si bien admiten la superación del orden constitucional estatal, solo proponen una integración de los diversos niveles institucionalizados y se desentienden de la contradicción que significa la consolidación de nuevos poderes y la dificult-

<sup>24</sup> Vid. Muñoz Machado, S., 2016, caps. I y VII.

<sup>25</sup> Ya antes de que se iniciara la última crisis que ha supuesto el mayor recorte de derechos de las últimas décadas advertía Capella Hernández los derechos en la Constitución son «derechos pobres, débiles, frente a la fuerza coercitiva del poder –sea económico, político o simbólico– y puramente defensivo frente a la potencial ilegalidad y sobre todo la anomia». Vid. Capella Hernández, J.R. 2003, 10.

<sup>26</sup> De Cabo habla incluso de que han quedado «por *desuetudo* probablemente eliminados algunos aspectos importantes de la Teoría de la Constitución, como la Teoría del Poder Constituyente (...). La desaparición del Poder Constituyente, porque realmente en este ámbito del norte poco se puede constituir, ya está todo constituido, y quizá una metáfora de todo lo que vengo diciendo creo que podría ser la institucionalización de la Unión Europea. (...) Creo que todo lo que se puede decir de erosión, de pérdida del carácter del constitucionalismo fuerte está en esa debilidad que se apunta en la institucionalización de la Unión Europea». De Cabo Martín, C. 2008, 86.

<sup>27</sup> No es solo el caso de la UE, con su conocido «déficit democrático», sino que la pertenencia del Estado a organismos como la OTAN o la OMC supone igualmente la pérdida parcial de capacidad de decisión en diversos ámbitos al participar en organizaciones que comparten igual déficit. Vid. sobre ello Estévez Araujo, J.A. 2003, 175-193.

<sup>28</sup> Vid. De Vega García, P., 1998, 14. Podemos igualmente remitirnos a Bobbio, N., 1987, 17-20. Una mano invisible que proyecta su actuación sobre todos los órdenes de la economía (incluidos aquellos sectores más necesarios para la democracia, como por ejemplo el que contribuye a formar una opinión pública libre: el sector de los medios de comunicación) con base en criterios estrictos de eficacia económica. El ciudadano puede así ver cómo son vulnerados sus derechos por un poder privado al que incluso muchas veces le resultará difícil perseguir judicialmente en su propio Estado. Las formas de limitar ese poder y de proteger a los ciudadanos en tales condiciones de un modo mínimamente eficaz se revelan inciertas. La utilización de nuevas tecnologías que eliminan las distancias en la contratación pero que, al mismo tiempo, convierten en prácticamente opaca a la contraparte, agrava ese estado de cosas.

dad de conciliar ordenamientos jurídicos, derechos e instituciones inspirados en principios contrapuestos a los propios de las Constituciones estatales. (...) Intentan superar la contradicción entre el constitucionalismo estatal, heredero de la tradición democrático-social, todavía formalmente en vigor, y la nueva constitución material del Estado-mercado, por el expediente de la sobreposición de niveles de poder y su articulación. La función de dichas propuestas teóricas es la legitimación del nuevo orden»<sup>29</sup>.

Ello se acompaña de (y se basa sobre) una transformación en nuestras sociedades, en las que el capitalismo industrial deja paso a un capitalismo financierizado, y el peso del trabajo parece frente a las leyes del mercado. Cuando todos estos fenómenos se producen, al mismo tiempo llegan respuestas no desde la Constitución, sino desde el poder comunitario, hasta el punto de que Balaguer Callejón ha sostenido que este emerge como poder externo que actúa como «poder constituyente en el orden estatal», prescribiendo las reformas constitucionales que considere que han de tener lugar<sup>30</sup>. Desde el Derecho comunitario se le imponen fines al Estado como antes lo hacía la propia Constitución, y principios como el de estabilidad (introducidos luego en esta) transforman de hecho los fines que aquella prescribía al Estado<sup>31</sup>.

Así pues, una parte de la Constitución llega al interior de esta impuesta desde el exterior (caso del art. 135 CE, del que luego se hablará) o bien, si se mantiene fuera de ella, prevalece a modo de Constitución material superpuesta, plasmada en todas las normas de Derecho comunitario que se benefician de la primacía de este que en la práctica se hace valer incluso frente a las Constituciones, e introduce en estas un ideario neoliberal en contradicción con la forma social del Estado<sup>32</sup>. La duda radica en determinar de qué sirve hablar de rigidez constitucional cuando el Estado actúa, en cumplimiento de sus obligaciones para con la UE, de modo divergente a lo que son sus fines constitucionalmente expuestos, esto es, de qué

---

<sup>29</sup> Vid. García Herrera, M.A., Maestro Buelga, G. 2012, 7. También en Maestro Buelga, G. 2015, 94-95.

<sup>30</sup> Vid. Balaguer Callejón, F. 2013, 100.

<sup>31</sup> Para el autor, «en realidad, Europa se está moviendo en función del poder económico de los Estados y no desde la manifestación democrática de su ciudadanía y, por tanto, lo está haciendo desde una lógica totalmente diferente a la democrática. Es ese poder económico el que envía mensajes que después son reproducidos por instituciones europeas de segundo nivel (...). No estamos en presencia de un gobierno económico democrático de Europa sino de un gobierno de Europa desde la economía». Vid. Balaguer Callejón, F. 2013, 104.

<sup>32</sup> Sin conformar, lógicamente, una Constitución como tal. Puede en este sentido estarse de acuerdo con Ferrajoli cuando señala que «en Europa (...) no ha existido ni existirá una esfera pública europea mientras la unión siga siendo solo un “mercado común” y no se complete su proceso constituyente con la aprobación de una verdadera constitución, supraordenada a cualquier otra fuente y basada en la igualdad de todos los ciudadanos europeos en los derechos fundamentales». Vid. Ferrajoli, L. 2011b, 53.

sirve la vertiente de Estado social plasmada a lo largo del texto constitucional si luego esta es en buena parte inactuada por cumplir con obligaciones externas a la Constitución.

Además, como señala Balaguer Callejón, en ocasiones esas decisiones procedentes de la UE ni se adoptan realmente dentro del marco competencial de aquella ni se desarrollan de acuerdo con los procedimientos establecidos en los tratados, lo que profundiza en el déficit democrático de la UE y su ya débil legitimidad democrática, que se hace descansar en la participación de los Estados en la toma de decisiones comunitarias, lo que no siempre se respeta<sup>33</sup>.

### 3. CRISIS ECONÓMICA Y CRISIS DE LOS DERECHOS

La Unión Europea, como se ha visto, transmite a los ordenamientos estatales una serie de respuestas a la crisis económica que pasan por el recorte de, sobre todo, los derechos sociales. La crisis económica se convierte de inmediato, pues, en crisis de estos. Pero dado que la separación radical entre los derechos sociales y el resto de derechos es incorrecta, pues como ha hecho notar entre otros muchos Pace hasta los derechos tradicionalmente denominados de libertad precisan de una eficaz intervención de los poderes públicos para poner en práctica los presupuestos objetivos y los medios para su ejercicio<sup>34</sup> (incluso Häberle llega al punto de afirmar que todos los derechos son derechos sociales en sentido amplio<sup>35</sup>) la crisis de estos se extiende, en realidad, a los demás. Por otra parte, los derechos sociales en sentido estricto (por contraposición con los que desde otra categoría

---

<sup>33</sup> Vid. Balaguer Callejón, F. 2013, 92. El autor señala cómo «el espacio público [en la UE] está infradimensionado, al igual que ocurre con los controles constitucionales de los poderes públicos europeos (...). Es necesario, por tanto, redimensionar los espacios políticos para ajustarlos a la realidad de los procesos de poder que expresan. (...) La plena recuperación de la democracia pluralista y de las funciones del Derecho constitucional –incluso dentro del espacio nacional– tendrá que partir en el futuro del marco supranacional. En el caso de los Estados europeos, del europeo. Por eso tiene tanta importancia el respeto a las reglas de decisión establecidas en los Tratados y el sometimiento de las instituciones europeas al Derecho. Como también la tiene la necesaria profundización democrática [en la UE]». Ob.cit., págs. 105-106.

<sup>34</sup> Vid. Pace, A. 1990, 28. También Cossío Díaz, J.R. 1989, 85 ss.; Prieto Sanchís, L. 1990, 132 ss.

<sup>35</sup> Vid. Häberle, P., 1972, 76. De Otto ha advertido también la tendencia existente en la doctrina germánica y extendida después más allá de ese país consistente en subrayar la existencia de elementos prestacionales en los clásicos derechos de libertad e incluso de deducir derechos prestacionales de estos últimos. Vid. «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en Martín Retortillo, L. y De Otto, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988, págs.163 ss.

de derechos contienen un elemento prestacional<sup>36</sup>) constituyen un presupuesto ineludible para poder participar realmente en la sociedad, para poder por tanto ejercer el resto de tipos de derechos desde la inclusión en aquella. La pérdida de derechos sociales se traduce, pues, en exclusión paulatina del sujeto desde todos los puntos de vista, y los efectos de ello se trasladan no solo a una parte del cuadro de derechos, sino a todo él.

Estamos ante derechos en los que la prestación se convierte en el elemento central. El problema es que, como indica Baldassarre partiendo de la distinción entre derechos condicionados y no condicionados, en los primeros, y los derechos prestacionales son su arquetipo, está asegurado el *se* y el *quid*, pero no el cómo y el cuándo, que queda a la decisión del legislador, bajo la reserva de lo posible<sup>37</sup>. Dada, entonces, la posición de la mayoría de los derechos de carácter eminentemente prestacional en la Constitución, el ciudadano se encuentra desprovisto de armas efectivas frente a la no realización de tales derechos, en especial los contenidos en el capítulo tercero del Título I<sup>38</sup>: su posición es particularmente débil, y los intentos de fortalecerla topan con constantes obstáculos<sup>39</sup>. La consecución, por mandato comunitario, del dogma del equilibrio presupuestario actúa como elemento disolvente del cuadro de derechos constitucionales.

Como se dijo, esta coyuntura de crisis y elevación del equilibrio a dogma estalla (y por ello sus efectos se multiplican) sobre la ya previa de la crisis del Estado social que, como ha puesto de manifiesto De Cabo, comienza por afectar al carácter social del Estado y termina afectando a su aspecto democrático y de

---

<sup>36</sup> Cossío distingue entre los derechos de libertad o de participación con faceta prestacional y los derechos prestacionales. En los primeros, el Estado debe prestar ciertos medios o vías, pues ya no se agota el derecho de que se trate en una abstención del Estado, sino que exige a continuación algún tipo de actuación de este, que sin embargo no constituye el elemento principal del derecho, y que no siempre forma parte de su contenido esencial. Vid. Cossío Díaz, J.R., *ob.cit.*, pág.174. Sobre los cometidos y funciones del Estado que se califica a sí mismo como social, puede consultarse García Herrera, M.A., y Maestro Buelga, G., 1988, 87-115.

<sup>37</sup> Vid. Baldassarre, A., 1989, 28 ss.

<sup>38</sup> Incluso los de la sección segunda del capítulo segundo; como recuerda Aparicio, «en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales de contenido social o prestatorio (...) sólo hay uno de exigibilidad directa que importe un derecho subjetivo en todos sus extremos: el derecho a la educación primaria gratuita». En cuanto a los derechos sociales contenidos en la sección 2ª del capítulo 2º del Título I, por más que protegidos por el art. 53.1, «no se encuentran estructurados como auténticos derechos subjetivos de prestación, ya que en ellos está ausente un elemento esencial: el sujeto pasivo u obligado sobre quien pueda ejercitarse el contenido de ese derecho. Se estructuran así como derechos de libertad (derecho al trabajo, derecho a la libre elección de profesión u oficio) o como directrices de determinadas políticas públicas (derecho a una remuneración suficiente y promoción profesional)». Vid. Aparicio Pérez, M.A., 1993, 7.

<sup>39</sup> Pese a que no falten valiosos intentos doctrinales para vencer tales obstáculos. Vid. por ejemplo Ponce Solé, J., 2013; Pisarello Prados, G., 2007; Prieto Sanchís, L., 2016, 47-59.

Derecho<sup>40</sup>. Siguiendo al mismo autor, podemos observar cómo las crisis económicas en las sociedades capitalistas intentan paliarse erosionando el carácter social del Estado, reduciendo o incluso convirtiendo en simbólica su intervención en la economía, que sólo se tolera cuando resulta racional desde el punto de vista económico o, en el caso de las corrientes neoliberales, ni eso. El Estado deja de actuar sobre sectores en crisis, y la legislación laboral varía para caminar hacia la «flexibilización», esto es, la mayor precariedad, de lo que tenemos buenos ejemplos en España en estos últimos años.

Al mismo tiempo, en el orden democrático, las luchas sociales tienen como escenario y se resuelven más en el marco de la actuación y negociación de los agentes sociales que en el Parlamento, y en lo que hace referencia al carácter del Estado como Estado de Derecho, la ley se contractualiza, grupos diversos aspiran a intervenir en defensa de sus intereses particulares durante su elaboración, y la regulación de los derechos sociales los debilita en gran manera (pues resultan disfuncionales al proceso productivo). En la reducción del ámbito de los derechos, hay además un ámbito en el que ya tradicionalmente se había operado una reducción previa, con lo que los efectos de la crisis son especialmente acusados: el de los derechos de los extranjeros, señaladamente de aquellos que se hallen en situación administrativa irregular<sup>41</sup>.

Con todo ello, como señalan García Herrera y Maestro Buelga, se va disolviendo la base constituyente que se había plasmado en el pacto democrático y redistributivo, los derechos prestacionales se subordinan a las exigencias del mercado y se produce una creciente desigualdad, la cláusula de Estado democrático se debilita por cuanto el poder político se ejerce por los Estados por medio de su integración en organizaciones supranacionales y a través de sus órganos, y la normatividad constitucional decae ante la presencia de una constitución material que recoge las exigencias del mercado<sup>42</sup>. Y todo ello, sin otra reforma constitucional que la que produjo la introducción del nuevo art. 135.

Frente a la devaluación práctica de los derechos prestacionales se han alzado tradicionalmente diversas construcciones teóricas, pero la crisis ha arrumbado por la vía de hecho estos intentos: como recuerda De Cabo, «ninguno de los mecanismos ensayados por la doctrina constitucional (el “mínimo constitucional”, la irreversibilidad, la (...) inconstitucionalidad por omisión, la aplicación de la garantía institucional, la constitucionalización de prioridades en el gasto público, su consideración como “núcleo no decidible por la democracia política”, la directa

---

<sup>40</sup> Vid. De Cabo Martín, C., 1993, pág.13. Puede verse también la obra del mismo autor de 1986, o la de Porras Nadales, A., 1988, así como Olivas, E., 1991, entre otras muchas aportaciones recaídas sobre el tema.

<sup>41</sup> Indica ejemplos de ello Aparicio Wilhelmi, M. 2016, 25 ss.

<sup>42</sup> Vid. García Herrera, M.A., Maestro Buelga G. 2012, pág. 4.

inconstitucionalidad de leyes y políticas económicas, etc.) han obtenido resultados»<sup>43</sup>; faltan técnicas eficaces para hacer frente a esta problemática<sup>44</sup>. El Estado sigue estando llamado a la intervención en la vida social para configurarla, prevenir riesgos, promover el desarrollo, y «hacer compatible el desarrollo económico con un orden social justo»<sup>45</sup>, pero se encuentra por un lado sin instrumentos suficientes para ello, en la medida en que ha perdido margen de maniobra a manos de la UE y, por otro lado, gobiernos y mayorías parlamentarias de cuño neoliberal se aplican al desmantelamiento del Estado social con apreciable eficacia. Por más que Ferrajoli sostuviera que los derechos sociales constituyen frente al legislador y al gobierno «la esfera de lo no decidible que no»<sup>46</sup>, esto es, la esfera de lo que no puede decidirse que no se va a atender, en la práctica se decide que no se satisfarán sin que se sigan de ello consecuencias tangibles.

Así pues, si una parte de los derechos, señaladamente los sociales, queda paulatinamente desactivada o reducida a una versión capitidisminuida debido a la crisis (que actúa sobre una ya previa crisis del Estado social) y a las medidas que hay que aplicar por mandato de la UE; si dentro del ordenamiento estatal no hay garantías suficientemente efectivas para lograr la protección de tales derechos<sup>47</sup>; si cuando se protegen desde el TJUE lo son en ocasiones bajo el tamiz de las libertades comunitarias y por ende de una visión favorable al óptimo funcionamiento del libre mercado<sup>48</sup>, de manera que faltan herramientas reales para

<sup>43</sup> Vid. De Cabo, C., 1988, 55. Habría que añadir por ejemplo el enfoque que considera a los principios del capítulo III de la CE como constitutivos de auténticos derechos subjetivos, solo que no se traducen en una obligación de resultados para el Estado, sino en una obligación de medios. En tal sentido, Ponce Solé, J., 2013, 32-36. Pero precisamente en época de crisis es cuando esos medios faltan, y carecemos igualmente aún de medios de garantía suficientes para exigirlos en tal tesitura.

<sup>44</sup> Señala Ferrajoli que la desatención por parte del Estado de estos derechos «no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad (...). Para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad (...). Las ciencias jurídicas y políticas (...) no han teorizado un Estado social de Derecho equiparable al viejo Estado de Derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas». Vid. Ferrajoli, L., 2004, 30.

<sup>45</sup> En palabras de Zagrebelsky, G., 1995, 102.

<sup>46</sup> Vid. Ferrajoli, L., 2011, 29.

<sup>47</sup> Es ilustrativa de ello la reciente STC 139/2016, en que el Tribunal rechaza cualquier noción de irreversibilidad de las prestaciones y reconoce un amplísimo margen de maniobra al legislador, criticado por el voto particular de los magistrados Valdés Dal-Re y Asua Batarrita, para quienes la reversibilidad debiera tener algún límite, marcado por la aplicación a las medidas del legislador del principio de proporcionalidad.

<sup>48</sup> Vid. sobre ello Vid. Maestro Buelga, G., 2015, 96 ss. Naturalmente, no se puede generalizar, y la aplicación por el TJUE de las libertades comunitarias y de los derechos vinculados con

reaccionar frente a la limitación de los derechos, dispuesta además a veces desde fuera del Estado (con perjuicio para la vertiente democrática de este) y desde una consideración de los derechos sociales en la UE sumamente débil<sup>49</sup>; con todo ello, ciertamente, las bases del constitucionalismo se tambalean, y la Constitución pierde progresivamente la capacidad de regir las relaciones económicas en la sociedad y los conflictos entre derechos que de las mismas se derivan. Por más que formalmente podamos seguir afirmando que la Constitución es norma suprema, con una serie de funciones clásicas, materialmente ni conserva íntegra la primera condición de supremacía, ni puede desempeñar satisfactoriamente estas funciones, pues la crisis del Estado social y del Estado democrático suponen la propia crisis de la Constitución<sup>50</sup>, o lo que se ha dado en llamar la alienación de ésta<sup>51</sup>. Por lo demás, en relación con el Estado democrático, particularmente,

---

estas actúan en otras ocasiones en sentido expansivo de los derechos de los ciudadanos nacionales; piénsese por ejemplo en la jurisprudencia del TJUE relativa a la legislación hipotecaria española y el proceso de desahucio. O, por poner otro ejemplo, en septiembre de 2016 los trabajadores interinos han visto equiparada su situación en cuanto a indemnización por despido respecto de los fijos. Por lo que se refiere a la protección desde el TEDH, es sabido que, sin perjuicio de los avances de este en relación con los derechos sociales a través de diversas vías interpretativas en un número ya apreciable de sentencias, el CEDH fue concebido como una herramienta de protección sobre todo de los derechos civiles y políticos, lo que de un modo u otro condiciona los posibles avances. Vid. sobre la jurisprudencia sobre derechos sociales del TJUE y el TEDH Jimena Quesada, L., 2012.

<sup>49</sup> Señala Monereo Pérez que la «Constitución social europea» es débil porque «se limita a consagrar un conjunto de valores, principios, libertades y derechos abstractamente formulados, sin contenidos garantistas seguros y prefiguradores de la actividad legislativa pública» mientras que, por el contrario, la «Constitución económica europea» es fuerte porque «garantiza las bases constitutivas (...) de un sistema económico de libertad de empresa en el marco de la economía del mercado interior comunitario» y se subordina el modelo social al modelo económico. Vid. Monereo Pérez, J.L., 2015, 988-990.

<sup>50</sup> En palabras de Balaguer, si en las constituciones de postguerra el conflicto se articulaba mediante el pacto social (Estado social) que fue a la vez pacto democrático (Estado constitucional de Derecho), ambos elementos «comenzaron a cuestionarse, sin embargo, a finales del siglo XX, y han llegado muy debilitados a la primera década del siglo XXI, entrando ya en crisis como consecuencia de la actual situación económica, en la que todas las respuestas a los problemas financieros vienen dadas desde fuera de los circuitos democráticos y tienen, además, un fuerte componente antisocial». Por todo ello, «la formulación del modelo de integración europea seguido hasta ahora ha conducido a inutilizar las funciones de la Constitución nacional sobre un ámbito muy amplio del poder político». Vid. Balaguer Callejón, F. 2013, 98-99 y 102.

<sup>51</sup> Para De Cabo, puede hablarse de «alienación constitucional, al utilizarse la Constitución (...) para unos fines contrarios a los previstos y sin embargo de forma legitimada» al seguirse para ello formalmente procedimientos previstos para la reforma o el desarrollo de la norma fundamental. Vid. De Cabo Martín, C. 2014, 79. La Constitución se convierte, en aspectos básicos del Estado social y en palabras del mismo autor, «en una estructura colgada en el vacío. Porque lo característico de la situación es que la crisis del Estado social que se produce en realidad se hace sin modificaciones en la Constitución, que permanece, formalmente, sin

además de los problemas generados por la obligación de aplicar mandatos externos sin una base democrática tangible, agrava la situación el hecho de que en España, para evitar el incremento de las protestas por los recortes de derechos, se haya endurecido el régimen del derecho de manifestación a través de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Con ello, se afecta directamente al Estado democrático y a las posibilidades de participación ciudadana, ya muy escasas, por otra parte, en nuestra Constitución por la vertiente de los mecanismos de participación directa, claramente preteridos frente a los propios de la democracia representativa.

El máximo exponente de la depauperización de la función constitucional ha sido la introducción, por mandato externo, de la reforma de su art. 135, en un procedimiento de reforma por vía de urgencia y con lectura única<sup>52</sup>, sin posterior intervención popular por vía de referéndum. Por más que este no fuera obligatorio dado el procedimiento del art. 167 CE<sup>53</sup>, resultaba obviamente más que necesario dado que se introducía un elemento claramente limitativo de las bases del Estado social que la propia Constitución pretende establecer. El estudio de esta reforma resulta no solo ilustrativo de sus efectos sobre la forma de Estado, o de su origen *impuesto*, sino del modo como pueden llegar a reformarse las constituciones.

Con el art. 135, pues, se viene a reconocer expresamente en la propia Constitución, entre otras disposiciones relativas a la estabilidad o a los límites de déficit o de deuda pública, que el pago de los intereses y el capital de dicha

---

modificaciones (...). La Constitución se incumple en supuestos básicos del Estado social recogidos en ella (...) sin ninguna reacción en el orden jurídico formal y específicamente (...) el TC (...) en lugar de aplicar esa constitución formal, lo que ha venido haciendo es (...) aplicar la realidad, aplicar la crisis del Estado social» relativizando sus contenidos y sin fijar límites a la minoración de este. Vid. De Cabo Martín, C. 2010, 100-102.

<sup>52</sup> Vid. diversas críticas al procedimiento seguido en las contribuciones de Álvarez Conde, Albertí Rovira, Bastida Freijedo, Cámara Villar, De Carreras Serra o Rubio Llorente en VVAA 2011, *passim*. Bastida, por ejemplo, señala gráficamente que «la reforma fue aprobada por los representantes del pueblo, pero la nocturnidad y el apresuramiento presentes en una decisión bicéfala de reformar la Constitución desdibujan aquella liturgia y para no pocos ciudadanos el ejercicio de la soberanía consistió en la decisión de dos líderes de abrir la Constitución a dictados ajenos». Ob.cit., pág. 175. Para Cámara, «resulta difícil en extremo admitir que se plantee y se haga, sin previo aviso y en plenas vacaciones veraniegas, una reforma exprés, de coyuntura, hurtando el debate nacional sobre su pertinencia y contenido e incluso fracturando el legado del pacto constituyente, porque, a juicio de sus impulsores, así lo exigía de inmediato ofrecer confianza a los mercados financieros y conjurar el acoso del ascenso de las primas de riesgo en el actual contexto de crisis económica, según directriz proveniente de ámbitos políticos e institucionales europeos», ob. cit., pág. 177.

<sup>53</sup> Aunque podría discutirse si, habida cuenta de la incidencia de la reforma sobre aspectos clave del título preliminar, no se hubiera tenido que optar por la vía del art. 168 CE. Así lo sostuvieron dos diputados del grupo parlamentario de ERC-ICV en el recurso de amparo que presentaron ante el TC por considerar vulnerado su *ius in officium*, recurso que este inadmitió (Auto 9/2012), rechazando sin excesivas explicaciones aquel argumento.



deuda pública gozará de «prioridad absoluta», con todo lo que ello conlleva, entre otras cosas que ello se impone frente a la realización del mandato del Estado Social<sup>54</sup>. Así pues, como se razonará después, la introducción de este principio en la norma fundamental, del modo como se ha hecho, entra en contraste con el ideario constitucional derivado del Estado social, creando una tensión intraconstitucional evidente<sup>55</sup>.

Por otra parte, la reforma vino impuesta desde fuera, a partir de una carta del presidente del Banco Central Europeo al entonces presidente del Gobierno español, con el objeto de sugerirle/indicarle la adopción de toda una serie de medidas, de las cuales se derivaría igualmente (por más que la carta no la mencionara expresamente) la reforma constitucional con el contenido del actual art. 135 CE, igualmente demandada por el presidente francés y la canciller alemana. Posteriormente, en 2012, se plasmaría en el nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) la obligación (como se ha visto cumplida por España *avant la lettre*) de incluir las previsiones de este en disposiciones estatales, «preferentemente de carácter constitucional» (art. 3), de una manera por lo demás *sui generis*: recuerda Albertí Rovira cómo dicho Tratado de Estabilidad y el *Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad* (TMEDE) fueron aprobados en 2012 «fuera de los procedimientos previstos para la modificación de los tratados»<sup>56</sup>. Por otra parte, la puesta en práctica de las medidas impulsadas en este

<sup>54</sup> Algunos autores han intentado hacer una interpretación compatible entre este nuevo precepto y la realización del Estado social; es el caso de Sala Sánchez, para quien «el principio de estabilidad presupuestaria no condiciona los presupuestos básicos del Estado social, sino que conduce a una optimización de los recursos públicos en la prestación de los derechos sociales, a un condicionamiento de los fines a que aquellos –los recursos– deben ir destinados o a la ponderación necesaria entre los objetivos de la optimización de las prestaciones sociales y las disponibilidades y previsiones presupuestarias que se deben tener presentes». Pero este *desideratum* no se ha visto refrendado por la realidad estos últimos años. Vid. Sala Sánchez, P. 2014, 38. En el mismo sentido, vid. Vaquer Caballería, M. 2012, 75 ss. También en sentido crítico con la opción adoptada, y señalando el carácter absoluto de que se dota al principio de estabilidad presupuestaria vid. Aparicio Wilhelmi 2016, 13-16.

<sup>55</sup> Para Álvarez Conde, se plantea «el problema de si se produce o no un cambio del propio modelo económico constitucionalizado o de la cláusula del Estado social de Derecho. Es decir, la estabilidad presupuestaria nunca puede ser considerada como un valor constitucional, pues estos son únicamente los así configurados por la propia Constitución (...) La fórmula escogida, al establecer una “prioridad absoluta” para el pago del capital y los intereses de la deuda pública (planteamiento este que no sucede en otros países), puede llegar a condicionar todas las partidas presupuestarias, alterando, en este caso, todos los esquemas del Estado social de Derecho». Vid. Álvarez Conde, E., en VVAA 2011, 161.

<sup>56</sup> Vid. Albertí Rovira, E. 2013, pág. 65. A los mencionados tratados hay que sumar el paquete de seis medidas («Six Pack») de 2011 sobre supervisión de las políticas económicas y presupuestarias estatales y el de dos medidas («Two Pack») de 2013 sobre supervisión presupuestaria, para obtener el cuadro normativo completo de regulación de la estabilidad presupuestaria. A cambio de una supervisión estricta de las políticas presupuestarias estatales

ámbito por la UE se lleva a cabo muchas veces a través de organismos y mecanismos que tampoco están en tales tratados<sup>57</sup>. En cualquier caso, lo que se deriva de este cuadro es, como señala Aparicio Pérez, que «se pervierte el sentido de la soberanía popular como elemento sustancial de cualquier proceso de reforma y se transmuta, de esta manera, el juego constitucional. No es propiamente un supuesto de pérdida parcial de soberanía, sino que se trata, simplemente, de declarar su inexistencia»<sup>58</sup>.

El principio de estabilidad presupuestaria ya existía en nuestro sistema en leyes de 2001 y 2007. También los límites a la deuda pública y al déficit, que igualmente eran objeto de normas comunitarias, y también se prevenían las facultades del Estado para fijar límites al déficit de las administraciones. La novedad principal, aparte de fijar expresamente en la Constitución la remisión a los límites de deuda y déficit que fije la UE, es esa prioridad absoluta del pago de la deuda, que como señala Albertí Rovira, puede llevar a «limitar gravemente la capacidad de actuación del Estado, con el riesgo de conducirlo a posiciones de mayor debilidad en situaciones extremas»<sup>59</sup>.

La Constitución, pues, es sometida en su interpretación, desarrollo y aplicación a una interpretación de carácter económico que niega parte de su contenido de forma directa y hace quebrar, como recuerda Aparicio Pérez, «un principio básico del Estado social cual es el de la preferencia, como principio, de los derechos de procura existencial que se subordinan al pago de las deudas y de sus intereses»<sup>60</sup>. Además, en la medida en que los derechos sociales pretenden crear

---

por parte de la UE, con posibilidad de impartir indicaciones e imponer sanciones, se prevé un sistema de ayudas financieras (que comporta a cambio un control aún mayor) a través del MEDE. El problema es que toda esta dimensión de Unión Monetaria se ha hecho sin que exista una Unión Política, con lo que los problemas de legitimidad son evidentes. Incide también en el abandono de los procedimientos normativos previstos Chofre Sirvent, J. 2015, 636-651.

<sup>57</sup> Vid. Sobre ello Martínez Sierra, J.M., y Ferrer, C. 2015, 614 ss. Los autores hacen notar el liderazgo del Consejo Europeo y la marginación del Parlamento, la creación de métodos de trabajo imprevistos y sin control para vigilar que los Estados en crisis cumplan las recomendaciones/órdenes que se les imparten (Grupo especial, «Troika», o la intervención del FMI, sin competencia para ello). Y lo anterior es tanto más relevante por cuanto se está afectando la soberanía de los Estados y sus modelos de Estado democrático y social. Weiler ha llegado a hablar de «integración a través del miedo» («Integration through fear») por el modo como se conduce la UE ante los Estados en crisis. Vid. Weiler, J.H.H., 2012, 1.

<sup>58</sup> Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2013b, 111. Por su parte, Pegoraro se refiere a este tipo de reformas constitucionales como «impuestas». Vid. Pegoraro, L. 2013, 99. De Cabo, por su parte, llama la atención sobre cómo estas reformas que consisten «exclusivamente y de manera indiscutida [en] una reforma de ratificación de decisiones tomadas previamente en sedes distintas» suponen subvertir el concepto mismo de reforma constitucional y su finalidad. Vid. De Cabo Martín, C. 2003, 97.

<sup>59</sup> Vid. Albertí Rovira, E., en VVAA 2011, 168.

<sup>60</sup> Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2013b, 114.

condiciones efectivas de participación de la población al hacer visibles a los sectores de estos más desfavorecidos económicamente, se incide directamente también en la vertiente de Estado democrático de la forma de Estado. También padece dicha vertiente desde el punto de vista de que, al imponerse una determinada solución (la contenida en el art. 135 CE) como única y obligada, se excluye que haya otras y al mismo tiempo se excluye también el pluralismo político, base de toda constitución democrática<sup>61</sup>. Por último, son indudables los efectos que, en aplicación de los mandatos comunitarios que se constitucionalizan en el art. 135 CE<sup>62</sup>, se han producido no ya solo sobre la autonomía financiera de las CCAA, sino sobre su propia autonomía política (a través tanto de las contundentes medidas de intervención que prevé la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria<sup>63</sup>, como sobre todo de decretos-leyes del gobierno estatal en ámbitos competenciales que comparte con las CCAA y que han reducido apreciablemente el margen de estas, apoyándose en una excepcionalidad que ha sido juzgada por el TC de modo muy deferente), incidiéndose así en la organización territorial del Estado<sup>64</sup>, hasta el punto de que muta en la práctica el reparto competencial constitucional y estatutario, que deviene en muchos casos papel mojado. Conviene, pues, poner en relación todas estas piezas: reforma constitucional, efectos sobre el Estado social y los derechos sociales, efectos sobre el Estado democrático y sobre la forma territorial de Estado.

Partes relevantes de la Constitución, como las que consagran los derechos de los ciudadanos más vinculadas a su participación y, especialmente, al ámbito del Estado social, han perdido en todo o en buena parte, según los casos, normatividad, resquebrajándose así el pacto social que aquella quería representar, con la consiguiente merma de legitimación de la misma. El Estado en su conjunto

---

<sup>61</sup> En tal sentido vid. Balaguer Callejón, F. 2013, 92. Habla el autor de un entendimiento de la democracia como producto, no como proceso. «Se presenta así un producto acabado a la ciudadanía en la que ella no puede participar y tiene que limitarse a aceptarlo. Este producto se valora, en términos económicos, en función de su eficacia: si las políticas surten efecto en el plano económico entonces la democracia funciona». Lleva ello a una interpretación económica de la constitución en términos utilitaristas y de rendimiento. Ob.cit., pág. 94.

<sup>62</sup> Con amenaza incluida en la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria, de recurrir al art. 155 CE en caso de necesidad, en lo que Aparicio Pérez ha calificado de medida desproporcionada e inconstitucional (vid. 2013b, pág. 122) y la constante sujeción a control de los actos autonómicos por parte del TC recordada igualmente en la propia ley.

<sup>63</sup> Sobre ella vid. Tudela Aranda, J. 2016, 190 ss., que llama la atención por ejemplo tanto sobre la comisión de expertos enviada por el Ministerio que propondrá medidas de obligado cumplimiento para la Comunidad, como sobre la mención al art. 155 CE que la ley contiene en términos imperativos para el Gobierno si se dan determinadas circunstancias, eliminando el margen de decisión que la Constitución le otorga en dicho precepto. El TC, en su STC 215/2014, avaló la ley, si bien con el voto particular de 5 magistrados, que consideran inconstitucionales, entre otras, dichas medidas.

<sup>64</sup> Vid. sobre ello Albertí Rovira, E. 2013, 70 ss.

pierde su capacidad de *indirizzo* político<sup>65</sup>. La Constitución es cada vez más objeto de una interpretación económica, por la que sus preceptos son aplicados (o inaplicados) a la luz de una determinada concepción económica neoliberal, que en palabras de Sala Sánchez se traduce en «una devaluación de su normatividad, con la correlativa devaluación de la de sus principios, reglas o mandatos, e incluso una minoración del principio democrático, en cuanto permite que las decisiones se adopten por los poderes públicos con independencia de lo que los ciudadanos han manifestado en los procesos electorales. Son soluciones que se dan como únicas, insoslayables e incluso foráneas, en el sentido de que pueden (...) proceder de entidades privadas que, con apelación a la independencia que al parecer les otorga el mercado, pontifican y juzgan acerca de la solvencia económica de los Estados»<sup>66</sup>. Con ello, además, como ha puesto de manifiesto Aparicio Pérez, se introduce en realidad en la Constitución una nueva Constitución económica, con sometimiento expreso a las pautas y límites que dicte la UE, pero no ya la UE en sus tratados, sino en cualquier tipo de decisión o acto de sus órganos, con lo que, en palabras de aquel autor, «se pierde *in totum* el principio de primacía de la Constitución para el ordenamiento interno (que el TC alemán ha subrayado tan insistentemente) y, por otro, la Constitución pasa a ser, hacia el interior, mero vehículo de cobertura para actos jurídicos que nada tienen que ver ni con su naturaleza de ser la expresión normativizada del poder constituyente, ni con su fuente de legitimación basada en la soberanía del pueblo español (...). Se trata de integrar, a través del propio texto de la Constitución, como “constitución interna”, casi en los términos que Cánovas había dado a esta expresión, la Constitución económica dictada por la Unión Europea»<sup>67</sup>.

En definitiva, en la actualidad, como indican García Herrera y Maestro Buelga, «la economía es una forma de política por otros medios y la política aporta, en las actuales circunstancias, la regulación del mercado laboral, la contención de las finanzas públicas y la garantía de la libertad de circulación de capitales con las que establecer las condiciones idóneas de acumulación y reproducción del capitalismo financiarizado». La reforma del art. 135 CE es una muestra de cómo la política y el Derecho se ponen al servicio de la economía<sup>68</sup>. Desandar este camino, señalan los autores, pasa por volver a introducir en las Constituciones, y en las normas comunitarias que sirven de Constitución material, límites reales al fun-

<sup>65</sup> En tal sentido Aparicio Pérez, M.A., 2013b, 114.

<sup>66</sup> Vid. Sala Sánchez, P. 2014, 49-50. Por su parte, Cano Bueso habla de que se está «forzando la Constitución más allá del límite de estiramiento de sus normas y violentando, más que mutando, el sentido y alcance de sus preceptos. Estaríamos asistiendo, así, a una voladura controlada del proceso constituyente de 1978 y a una deconstrucción del consenso constitucional tan laboriosamente forjado». Vid. Cano Bueso, J. 2013, 255.

<sup>67</sup> Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2013b, 121.

<sup>68</sup> Vid. García Herrera, M.A., Maestro Buelga G. 2012, 8.

cionamiento desbocado del mercado, un papel efectivo para la iniciativa pública económica, modelos de desarrollo sostenible, nexos entre la política monetaria y la económica, respeto por los derechos sociales y garantías efectivas de su existencia y de su defensa, potenciación de la participación democrática. Solo a través de estas vías podría reanimarse el actual constitucionalismo. De lo contrario, como ha señalado Cámara Villar, «nos situamos en la fila de las reformas constitucionales estatales empleadas como una especie de propaganda de sumisión ante los mercados, siguiendo la estela de las doctrinas procedentes de los líderes políticos de Alemania y Francia. La política, que debe encauzar la economía, se ve así absolutamente condicionada, con sanción constitucional, por la economía»<sup>69</sup>.

#### 4. CONSTITUCIÓN Y MODELO TERRITORIAL

La pérdida de normatividad de la Constitución no se produce solo en este plano, sino que ya con anterioridad se había manifestado en otros. Muy tempranamente, en el ámbito del modelo territorial de Estado, con los pactos autonómicos entre UCD y PSOE de 1981. Tales acuerdos supusieron una reescritura del modelo autonómico más allá de lo que prefiguraba la Constitución, asentando un modelo autonómico homogéneo y generalizado que llevaba el fracaso ínsito en su propia formulación, por cuanto partía de una mentira evidente: considerar que todos los territorios tenían la misma voluntad de autonomía, los mismos antecedentes de búsqueda de la misma, y que todos ellos debían tendencialmente confluir hacia una estructura institucional y competencial mimética, con las indispensables diferencias derivadas de circunstancias privativas de algunos de ellos (por ejemplo la lengua propia) o de la tenencia de sistemas de financiación específicos, como si por lo demás la Constitución no contuviera un modelo de ningún tipo y dejara al legislador posterior la más absoluta libertad de decisión<sup>70</sup>.

Frente a esto, es manifiesto que la Constitución no contenía un tipo único de Comunidad Autónoma, sino que distinguía claramente dos niveles, con sendos (en lo esencial) modos de acceso, disponiéndose las instituciones que debían tener las de la vía rápida, y no diciéndose nada sobre las del resto, cuya descentraliza-

<sup>69</sup> Vid. Cámara Villar, G., VVAA 2011, 178. Además, ello se hace de modo permanente (dada la dificultad de reformar la constitución y la rigidez de esta), pese a que se trataba de medidas surgidas en una coyuntura de crisis y pensadas por tanto ante todo para afrontar dicha coyuntura. Se hace, en palabras de De Cabo, de la crisis un “elemento de máxima eficacia constituyente”. Vid. De Cabo Martín, C. 2014, 83.

<sup>70</sup> Hace notar Cano Bueso la relevancia que en esa homogeneización tuvo la incorporación de Andalucía al grupo de estatutos de la vía del 151 CE: «como se ha dicho tantas veces, el “efecto Andalucía” hizo descarrilar el modelo abierto pero claramente indiciado en la Constitución: el de las *nacionalidades* y el de las *regiones*». Vid. Cano Bueso, J. 2008, 131.

ción se deducía del texto constitucional que sería simplemente administrativa y por ello no incluiría por ejemplo parlamento<sup>71</sup>. Un modelo, pues, en absoluto único, sino formulado claramente en dos planos distintos<sup>72</sup>. Toda esta distinción constitucional fue claramente arrumbada solo tres años después de la aprobación de la norma fundamental (aprovechándose de las imprecisiones de la regulación constitucional<sup>73</sup>), con los mencionados pactos que supusieron una mutación constitucional<sup>74</sup>, para pasarse así paulatinamente a un modelo distinto de generalización del modelo autonómico y de generalización también del modelo institucional y competencial de la vía rápida a todos los territorios (culminado en las reformas estatutarias de 1992-1994 y especialmente en las de 1996-1999, de fuerte signo homogeneizador<sup>75</sup>, y todo ello acompañado cuando ha convenido del uso de mecanismos como el del art. 150.2 CE) lo que, como es de ver, ha dado en generar un modelo de autonomías cuasi-clónicas, cuando menos en lo sustancial, que se halla en la actualidad abiertamente cuestionado y en crisis<sup>76</sup>, tras el intento fallido de

<sup>71</sup> En torno a ello, vid. Aparicio Pérez, M.A. 2015, 8, y Caamaño Domínguez, F. 2014, 52 ss., quien subraya cómo la asimetría prevista en el texto constitucional era evidente en cuanto a los sujetos, la forma de acceso, el contenido y el plano institucional: «no se descentralizaba para seguir siendo en todo iguales, sino para acomodar y reconocer las diferencias, [pero] el nacionalismo de Estado nunca pudo llegar a asumir la (...) no uniformidad» (pág. 52). Por ello, concluye el autor, «la asimetría procedimental como garantía de la no uniformidad no parece que haya sido una buena idea» (pág. 77).

<sup>72</sup> En palabras de Tudela Aranda, «La vocación territorial del constituyente era asimétrica. Son varias e importantes las expresiones que sirven para sostener esta conclusión. Todas ellas se sintetizan en la diferencia entre nacionalidades y regiones. Sin esa vocación asimétrica, sin el entendimiento de que en España existen territorios con distinta sensibilidad en relación con el autogobierno, no es posible entender esta doble denominación (...). La distinción entre nacionalidades y regiones, lejos de ser un marco retórico, era una parte esencial del acuerdo constitucional». Vid. Tudela Aranda, J. 2016, 56-57. En esa homogeneización final cifra el autor una de las causas del actual fracaso del modelo autonómico.

<sup>73</sup> Como señala Aparicio Pérez, faltaba un mapa de las CCAA, no se señalaba la naturaleza política de las de régimen común, y el sistema de distribución competencial, a la hora de distinguir las competencias de los dos tipos de CCAA, se basó más en criterios temporales que materiales, entre otras imprecisiones, pero de estos vacíos no puede afirmarse la ausencia de modelo: el modelo está, y se prescindió de él por la vía política. Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2010, 69-70.

<sup>74</sup> Así la califica Aparicio Pérez, que critica por ello a las posiciones que han querido ver en la evolución posterior una especie de natural adecuación de la Constitución a través de legítimas decisiones de los partidos políticos, avaladas por las urnas, idea que también late en el Informe del Consejo de Estado de 2006 y que vendría a dar por buena una Constitución material que se impone al pacto constituyente y al propio texto constitucional, en lo que para el autor citado constituye una «falacia intelectual y jurídica». Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2010, 58-59.

<sup>75</sup> Sobre ello, vid. Tudela Aranda, J. 2016, 89-95.

<sup>76</sup> Para Albertí Rovira, «probablemente, el principal [problema del Estado autonómico] sea el de la existencia de 17 Comunidades Autónomas sustancialmente iguales en estatus y competencias, aunque con características, capacidades –demográficas y económicas– y voluntad de autogobierno muy diversas. La Constitución de 1978 no sólo no exige una estructura uni-

procederse a una nueva distinción de niveles competenciales y de contenidos estatutarios a partir de 2006, que podría haber introducido factores de variedad en el sistema autonómico<sup>77</sup>, intento abortado a partir de las impugnaciones presentadas contra el Estatuto catalán por el Partido Popular<sup>78</sup> y por el Defensor del Pueblo, resueltas por el TC de modo contradictorio en algunos aspectos relevantes a lo que el propio Tribunal había dicho tres años antes, en 2007, en su sentencia relativa a la impugnación de un aspecto concreto del estatuto valenciano.

La Constitución, pues, está muy lejos de regir hoy actualmente el modelo autonómico de Estado<sup>79</sup>. De hecho, con la sentencia 31/2010, el Tribunal Constitucional parece haber dado carta de naturaleza a este hecho a través de dos vías<sup>80</sup>. Por un lado, la interpretación que hace del Estatuto como fuente del Derecho supone rebajar completamente a aquel, convertirlo en una ley orgánica más pero, al mismo tiempo, en algo menos que una ley orgánica, por cuanto partes enteras de su contenido (derechos, competencias...) quedan condenadas a ser poco más que normas programáticas<sup>81</sup>. En segundo lugar, el Tribunal, una vez ha expulsado a los Estatutos del bloque de la constitucionalidad<sup>82</sup>, se sitúa él mismo en ese lugar en tanto que emisor

---

forme, sino que más bien presupone una organización dual y diferenciada de las Comunidades Autónomas (art. 152 CE), pero hoy, después de haberse construido todas ellas sobre la base de la igualdad respecto de las que expresaban mayor voluntad de autogobierno, parece difícil que este proceso pueda revertirse hasta aquella encrucijada de 1981». Vid. Albert Rovira, E. 2013, 88.

<sup>77</sup> Sobre dicha variedad, como se ha dicho finalmente frustrada en la práctica, vid. Cano Bueso, J. 2010, 18-24.

<sup>78</sup> Que, curiosamente, votó en las Cortes a favor de preceptos del estatuto andaluz que son idénticos a otros que impugnó del catalán, como recuerda Montilla Martos, J.A. 2015, 15.

<sup>79</sup> Y este es un problema de graves consecuencias para el sistema en su conjunto. Se puede estar de acuerdo con Cano Bueso cuando afirma que «si la Constitución territorial es un fragmento capital (en la terminología de Lassalle) de la *Constitución real* del Estado, es más que conveniente que el modelo se juridifique en la *Constitución formal*. Solo así las normas contenidas en la Constitución territorial operarán como garantía, a la vez que límite, del ejercicio de la autonomía política. (...) La conversión del *guardián de la Constitución* en instancia resolutoria de irresueltos problemas políticos es una actitud nada conveniente que debe evitarse a toda costa». Cano Bueso, J. 2010, 26.

<sup>80</sup> Y, como indica Caamaño Domínguez, sin haber dedicado en realidad «una sola línea a reflexionar sobre el papel que institucionalmente desempeñan los Estatutos en la lógica política de la Constitución, ni sobre los límites razonables que pudieran existir o las consecuencias constitucionales (...) a que podría conducir su completo e ilimitado enjuiciamiento». Vid. Caamaño Domínguez, F. 2014, 270.

<sup>81</sup> Para Montilla Martos, la STC 31/2010 supone «un punto de no retorno para esta crisis funcional del Estado autonómico (...). Al rechazarse en esta sentencia que el Estatuto pueda cumplir una función materialmente constitucional se está eliminando el pilar sobre el que de forma ciertamente singular se había asentado el reparto del poder político territorial en la España constitucional (...). Resulta necesario incorporar a la Constitución [el] reparto del poder político». Vid. Montilla Martos, J.A. 2015, 14.

<sup>82</sup> Noción por lo demás sumamente discutida, en la medida en que halla acomodo en una previsión de la LOTC (art. 28.2) que difícilmente tiene encaje en la norma fundamental y

de una jurisprudencia que se erige como única vía de construcción del modelo de Estado<sup>83</sup>, hasta el punto de que el Tribunal llega a calificarse (no se sabe si conscientemente o en un lapsus) como «poder constituyente prorrogado o sobrevenido» (STC 31/2010, FJ 57)<sup>84</sup>. Por la vía de mutar el modelo constitucional, desde un inicio; de crear en su momento el TC la figura del bloque de la constitucionalidad, después; y finalmente de desactivar (el propio TC en 2010) a los estatutos de autonomía como fuentes, la Constitución ha ido cada vez perdiendo mayor normatividad en el ámbito que tratamos<sup>85</sup>, entre otras cosas porque se ha logrado el objetivo de la descentralización pero no el de una adecuada integración territorial que atienda a las características y necesidades propias de cada territorio<sup>86</sup>.

## 5. CONSTITUCIÓN, INSTITUCIONES Y FUENTES

En el plano institucional y en el de las fuentes del Derecho que derivan de algunas de las instituciones, se advierten también grietas en el edificio de la normatividad constitucional. Por ejemplo: si la Constitución establece, como manifestación del principio democrático, la relevancia del Parlamento como centro de

---

excede de la reserva que el art. 165 CE hace a la LOTC. Vid. al respecto Aparicio Pérez, M.A. 2005, 33.

<sup>83</sup> Pese a que, como recuerda Montilla Martos, ni puede hacerlo en la práctica (su actuación es casuística y a instancia de parte) ni debe hacerlo porque con ello se sitúa en el centro de un debate político que no le corresponde a él. Vid. Montilla Martos, J.A. 2015, 47.

<sup>84</sup> En palabras de Aparicio Pérez, en la STC 31/2010 «el TC (...) tras la contundente proclamación de que la Constitución era él mismo, volvió a refundar el sistema de fuentes del Derecho y a impartir pretorianamente la justicia que mejor le cupo (...) dejando prácticamente irreconocibles las figuras de los Estatutos de Autonomía en general y el de Cataluña en particular». Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2013c, 152.

<sup>85</sup> De ahí las propuestas tendentes a constitucionalizar el modelo territorial, a fin de llevar a la norma constitucional una definición más clara de este y de sus características. En torno a ello, desde una perspectiva de reforma federal del Estado, vid. Montilla Martos, J.A. 2015, 25.

<sup>86</sup> En tal sentido, señala Aparicio Pérez que «existen dos modelos de Estado superpuestos: el modelo constitucional originario en el que se inscriben las comunidades autónomas *históricas*, además de la de Andalucía, y el modelo estatutario que podríamos llamar derivado en el que opera el resto de comunidades autónomas (salvo, evidentemente, Ceuta y Melilla). Y se trata de dos modelos cuya unificación, al haber operado en campos separados, hoy por hoy, es imposible, no sólo *de Constitutione lata*, sino también porque se mueven en relación con objetivos sociales, políticos y jurídico-constitucionales divergentes, respondiendo a dos cánones de difícil coexistencia y articulación: el de la descentralización, las segundas y el de la integración, las primeras. Vale la pena indicar algo obvio: una vez conseguida la integración, paralelamente se consigue la descentralización; *pero no al revés*». Subraya asimismo el autor que la Constitución primaba el vector de integración, que es el que más impacto tiene en la articulación política del Estado, pero que en cambio es «el que más lejano está de conseguirse mientras que el descentralizador se halla funcionando razonablemente bien». Vid. Aparicio Pérez, M.A., 2005b, 29.



la toma de decisiones que se plasman en leyes, de modo que para ello la deliberación y transacción en las cámaras por parte de los representantes de los ciudadanos es un elemento fundamental, el gobierno opta cada vez con mayor frecuencia (y especialmente cuando se trata de recortar derechos) por dictar decretos-leyes, en los que el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad es interpretado de forma invariablemente laxa e imaginativa<sup>87</sup>. Con ello se altera la finalidad que la Constitución daba a esa fuente, pero no solo eso: también muta la función de cada institución (configurada igualmente en el texto constitucional) y el funcionamiento del propio sistema parlamentario, al confinarse la función del Parlamento a la mera convalidación (y por parte únicamente del Congreso) del decreto-ley aprobado por el Gobierno<sup>88</sup>, salvo que excepcionalmente se decida la conversión o novación del mismo una vez convalidado (cosa que no será posible si no está de acuerdo la mayoría parlamentaria que da apoyo al mismo gobierno que dictó el decreto-ley<sup>89</sup>). Con ello, se hurta a las minorías la posibilidad de poder participar de manera efectiva en el proceso normativo. Si Ely, refiriéndose a la Constitución americana, subrayaba cómo esta constituía a su juicio y ante todo una técnica procedimental de gobierno que amparase a las minorías frente a la «tiranía» de las mayorías, puede apreciarse hasta qué punto con ese uso del decreto-ley y esa negación del procedimiento legislativo ordinario lo que se persigue es lo contrario: preterir a las minorías<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Modo de interpretación frente al que el TC ha reaccionado solo de modo muy esporádico (y desde luego tardío). Ya en su STC 6/1983 había relativizado los presupuestos constitucionales del decreto-ley al señalar que este es admisible «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta», términos que llevaron a una constante deferencia del TC frente a las razones esgrimidas en cada momento por el legislador. Un control efectivo de estas, con declaraciones puntuales de inconstitucionalidad, no llegaría sino a partir de 2011. Vid. a modo de ejemplo, recapitulando la doctrina del TC y realizando un control efectivo del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad, la STC 199/2015, de 24 de septiembre.

<sup>88</sup> En la línea del constante «reforzamiento de los ejecutivos y sus jefes y una correlativa desautorización de los parlamentos» que denuncia Ferrajoli. Vid. Ferrajoli. L. 2011, 46.

<sup>89</sup> Señala el art. 151.4 RCD que: «convalidado un Real Decreto-ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la Cámara. Si esta se pronunciasse a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (...)». Por tanto, no será posible la conversión o novación si la mayoría simple del Congreso no vota a favor de iniciar esa tramitación.

<sup>90</sup> El número de decretos-leyes ha sido muy elevado en los últimos años, sobre todo, en el período 2012-2014, y más teniendo en cuenta que ha sido el instrumento predilecto del gobierno para dictar normas ligadas a la crisis económica. Los primeros hitos de esta circunstancia fueron el Decreto-Ley 8/2010, sobre medidas para la reducción del déficit público; el 3/2012, sobre reforma laboral; el 12/2012, en idéntico ámbito; el 14/2012, de racionalización del gasto en el ámbito educativo, o el 16/2012, en el ámbito sanitario. En 2012, en total, se dic-

La misma devaluación del papel constitucionalmente previsto del Parlamento como centro de discusión se produce cuando los contenidos de la ley se contractualizan y su elaboración es resultado no ya de procesos participativos transparentes, sino de las presiones de fuerzas y grupos del ámbito económico tendentes a conseguir que se sancione lo que en la práctica ya se hace o lo que resulta funcional al interés particular de aquellos. Como ha expuesto Zagrebelsky, en estos casos la ley pasa de ser factor de ordenación a remedio *ex post factum*<sup>91</sup>. De Cabo incide en lo mismo al advertir que la ley deja de ser instrumento básico de regulación en las sociedades modernas por el carácter consensual que las atraviesa, el conflicto deja paso al compromiso, y el mercado y determinados particulares ganan terreno al Estado, la ley y el Derecho Público<sup>92</sup>.

Pero también, por último, la ley es cada vez más utilizada para lograr un efecto igualmente disolvente para la Constitución: para interpretar restrictivamente prescripciones constitucionales relativas a derechos (el caso de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana es un buen ejemplo) o para, en operación no menos llamativa, reinterpretar preceptos constitucionales como ha ocurrido con la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria de 2012 en que se reinterpreta el mecanismo del art. 155 CE y se le convierte en instrumento ordinario de actuación cuando se den una serie de circunstancias<sup>93</sup>.

---

taron 29 decretos-leyes. En 2013 y 2014 se dictaron cada año 17, y en 2015, 12. Como señala Cámara Villar, el uso del procedimiento legislativo de urgencia permitiría regular estas cuestiones en el Parlamento si hubiera voluntad para ello. Vid. Cámara Villar, G., «Crisis económica y Constitución. El caso de España», en García Herrera, M.A. 2012, 579.

<sup>91</sup> Vid. Zagrebelsky, G. 1995, 97.

<sup>92</sup> Vid. De Cabo Martín, C. 2001, 75-76. Sobre el peso cada vez mayor de los sectores regulados en la elaboración de la normativa que ha de regularles después vid., con referencia al sector financiero, Darnacullea Gardella, M., Salvador Armendáriz, M.A. 2010, 139-177. Las autoras llaman la atención sobre la problemática de «la falta de legitimidad democrática de los nuevos procedimientos de gestación normativa y su eventual contradicción con los postulados del Estado de Derecho». Ob.cit., pág. 176.

<sup>93</sup> Operación que, como ya se dijo *supra*, ha sido avalada por el TC (STC 215/2014) pero en una sentencia con el voto particular discrepante de 5 magistrados. Es de interés reproducir su razonamiento en este punto: «El art. 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012 establece que el Gobierno deberá poner en marcha las medidas estatales de cumplimiento forzoso, de conformidad con lo previsto en el art. 155 CE, cuando la Comunidad Autónoma incumpliere lo dispuesto en el artículo 25 (acuerdo de no disponibilidad de créditos, depósito obligatorio o ejecución de las medidas propuestas por la comisión de expertos). Su redacción en términos imperativos no deja margen alguno al Gobierno, que viene obligado a acudir al procedimiento del art. 155 CE, obviando el margen de discrecionalidad política que el Gobierno tiene constitucionalmente otorgado para recurrir a este instrumento (“podrá adoptar las medidas necesarias”). Así, la ejecución forzosa se presenta como un resultado obligado para el Gobierno en el caso de que no se atienda su requerimiento. Con ello el legislador orgánico está claramente reformulando una prerrogativa del Gobierno, reduciendo el margen que la CE le otorga, lo que, a todas luces, no puede hacer so pena de vulnerar el art. 155 CE (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12)» (apartado 2 del voto). También hacen notar que otras medidas eje-

Manteniéndonos aún en el plano institucional, cabe decir que la debilidad de la Constitución como norma es percibida de modo cada vez más general: incluso desde las propias instituciones y titulares de las mismas que debieran orientar sus actos a optimizar la eficacia de la norma constitucional. Pensemos en el caso del actual presidente del Gobierno que, siendo candidato del Partido Popular a volver a desempeñar tal papel, a finales de julio de 2016 aceptó el encargo del Rey de formar gobierno pero dejó en el aire, pese a ello, si se sometería finalmente a la investidura en el supuesto de no suscitar apoyos suficientes. Ello pese a que el art. 99.2 CE dice que «el candidato propuesto [...] expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara». El sentido imperativo del precepto («el candidato (...) expondrá») es inequívoco, y las explicaciones del partido del candidato en los días subsiguientes acerca de que la Constitución no prohíbe expresamente la retirada de aquel y su renuncia a someterse a la investidura no pueden sino considerarse una muestra de escasa consideración hacia el texto constitucional, a sabiendas de su cada vez más menguada normatividad. De haber culminado el candidato su intención de no presentarse, se hubiese abierto, desde luego, una tesitura no prevista ni regulada en la Constitución, al tiempo que se hubiera alargado artificialmente la duración del gobierno en funciones, y se hubiera puesto al Rey en una situación difícil. Pueden, ciertamente, imaginarse situaciones de fuerza mayor que imposibiliten a un candidato cumplir con su compromiso de presentarse a la investidura, pero entre las mismas no puede incluirse, ciertamente, el mero cálculo político<sup>94</sup>.

También desde el Gobierno se han tomado decisiones que menosprecian el papel que constitucionalmente le corresponde al Parlamento como órgano de control del Gobierno. La negativa del Gobierno mientras estuvo en funciones en 2016 a someterse al control parlamentario es una muestra evidente de cómo los principios del sistema se sacrifican a la conveniencia política del momento, y de cómo la posición constitucional del Parlamento se debilita. Debilidad que es en sí misma más grave si tenemos en cuenta que la Constitución privilegia notablemente la democracia representativa de modo que, si esta es, como hemos visto, rebajada, no hallará compensación en unos mecanismos de democracia directa o semidi-

---

cutivas de obligado cumplimiento por parte de las CCAA hacen que estas «qued[en] intervenida[s] en toda regla por el Estado, configurando un mecanismo equivalente al previsto en el art. 155.2 CE, según el cual “el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”. La fórmula del art. 25.2 de la Ley Orgánica 2/2012 carece de cobertura constitucional, ni en el art. 135 CE ni desde luego en el art. 155 CE, pues se concibe como una fase previa en todo caso a la utilización de este mecanismo rigurosamente excepcional, y que de forma palmaria no cumple con el requisito esencial de su aprobación por mayoría absoluta del Senado».

<sup>94</sup> En torno a ello, vid. Arbós Marín, X. 2016, 18.

recta escasos y que solo con gran dificultad podrán ser episódicamente ejercidos, y con dudoso éxito normalmente (el caso de la iniciativa legislativa popular es ilustrativo al respecto)<sup>95</sup>. Por lo demás, la ley del Gobierno establece en su artículo 26.2 que “todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales”, sin hacer distinciones entre si el Gobierno está en funciones o no. Y, sobre todo, es poco defendible desde el punto de vista democrático que un Parlamento no pueda controlar al Gobierno (esté o no en funciones) durante meses. En el Parlamento están los representantes de los ciudadanos, y este debería ser el argumento decisivo. En todo caso, la cuestión está actualmente en manos del TC, que deberá elegir una interpretación u otra.

Y si, aún dentro de las instituciones reguladas por la propia Constitución, hablamos del Consejo General del Poder Judicial, resultará patente cómo este ha sido, durante la mayor parte de su ejecutoria, utilizado como mecanismo de control del Poder Judicial por parte de los partidos políticos, a través del nombramiento de personas próximas de un modo u otro a estos. Las sucesivas reformas del sistema de elección no son sino expresión de cómo la utilización espuria del órgano ha resultado tan flagrante que ha sido preciso ir variando las formas de dominación sobre el mismo (al estilo lampedusiano, de ir cambiando para que todo siga igual)<sup>96</sup>. La última modalidad escogida, por otra parte, mediante la reforma de la LOPJ por Ley Orgánica 4/2013, presenta aspectos novedosos que, aunque el TC los haya aceptado como incardinables en la vaga regulación constitucional del órgano, en realidad suponen mutar el modelo constitucional, en el que por ejemplo nunca se planteó ni por asomo un Consejo con una mayoría de miembros con dedicación simplemente a tiempo parcial<sup>97</sup>. En cualquier caso, el problema de raíz es la escasa responsabilidad institucional que tradicionalmente han mostrado los partidos en el proceso de nombramiento de los miembros de este tipo de órganos, optando por el sistema de reparto de cuotas entre

---

<sup>95</sup> Sobre la priorización de la democracia representativa sobre las formas de democracia directa vid. Pisarello, G. 2003, 134 ss. Conecta aquella priorización con el papel central de los partidos políticos, y el sistema de financiación de los mismos en el que ellos son juez y parte, y que no solo no ha evitado sino que ha favorecido, de un lado, equívocas relaciones (por utilizar un eufemismo) entre aquellos y el sistema bancario; de otro, un notable historial de casos de corrupción. Vid. sobre el papel de los partidos Aparicio Pérez, M.A. 1999; Torres del Moral, A. 2012.

<sup>96</sup> Sobre la evolución y ejecutoria del Consejo véanse, entre otras muchas obras, Íñiguez Hernández, D. 2008; López Guerra, L. 2003. En torno a la última reforma: Serra Cristóbal, R. 2013, 277-322; Fernández Riveira, R.M. 2014, 137-182; Gerpe Landín, M., Cabellos Espiérrez, M.A. 2015, 13-44.

<sup>97</sup> En torno a ello, y a la mutación constitucional que la norma opera, vid. Gerpe Landín, M., Cabellos Espiérrez, M.A., «La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 2015, págs. 13-44.

partidos<sup>98</sup>. Con todo ello se ahonda en el descrédito de las instituciones<sup>99</sup> y este redunda en perjuicio de la propia Constitución.

También en el plano institucional, pero con trascendencia mucho mayor, no es menos significativo de la situación de debilidad normativa de la Constitución que se produzcan actos como la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, en la que este «declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república», el Parlamento se califica como «depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente» y anuncia que «esta cámara y el proceso de desconexión democrática de España no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional, [al] que se considera carente de legitimidad y de competencia» al tiempo que se dispone a iniciar un «proceso de desconexión del estado español»; son afirmaciones ciertamente incompatibles con la Constitución<sup>100</sup>. No menos sorprendente es la propuesta de

---

<sup>98</sup> Reparto de cuotas que es un mal generalizado en las actuales democracias, y que responde, como apunta Ferrajoli, a «la creciente integración de los partidos en el Estado y la consiguiente pérdida de otra separación: la separación entre partidos e instituciones y del papel de los primeros como instrumentos de la mediación representativa de las segundas con la sociedad». Habla el autor asimismo de «confusión hasta la identificación entre fuerzas políticas e instituciones públicas». Vid. Ferrajoli, L. 2011, 58.

<sup>99</sup> Lo que en el ámbito del Poder Judicial supone incidir negativamente sobre un sector que desde luego no ha constituido una prioridad real para los sucesivos gobiernos, tanto en inversiones como en el impulso de reformas normativas eficaces, de modo que con razón ha podido decirse que «no existe verdadero interés en que la instancia judicial ocupe con eficacia el espacio constitucional que tiene atribuido. En este punto podría hablarse sin exageración de un *partido transversal*, empeñado en recuperar autonomía para la política frente al Derecho y la jurisdicción». Vid. Andrés Ibáñez, P. 2003, 173. Para Aparicio Pérez, asimismo, ello se traduce en velar porque el Poder Judicial no esté en condiciones suficientes para perseguir con eficacia la corrupción política: «[ha sido] inoperante (...) el sistema judicial como sistema de control de esa corrupción o de protección de los derechos ciudadanos (desde el primer momento se ha cuidado muy especialmente en fomentar la inoperancia del llamado Poder Judicial)». Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2015, 6. Vid. Igualmente Nieto García, A. 2003, 387-391.

<sup>100</sup> Vid. sobre dicha resolución la STC 259/2015, que explica cómo si bien en la STC 42/2014, que examina la resolución del Parlament sobre el derecho a decidir, fue posible hacer una interpretación conforme de prácticamente toda ella porque tal declaración no excluía «seguir los cauces constitucionalmente establecidos para traducir la voluntad política expresada en la resolución en una realidad jurídica» (FJ 3), en cambio ello no es posible con la declaración relativa a la desconexión, que claramente parte de una «resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional» (FJ 4). El Tribunal reitera, como en 2014, que «no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda» y que frente a ello «la Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su “revisión total” (...). Es plena la apertura de la norma fundamental para su revisión formal (...) Ello depara la más amplia libertad para la expo-

la categoría de las (por así llamarlas) «leyes autoinmunes» en una de las conclusiones aprobadas en la comisión de estudio del proceso constituyente del citado Parlamento, conclusiones posteriormente ratificadas por este (Resolución del Parlamento de Cataluña 263/XI, de 27 de julio de 2016): se dice en dichas conclusiones, entre otras cosas, que «las leyes de desconexión no son susceptibles de control, suspensión o impugnación por parte de ningún otro poder, juzgado o tribunal». Leyes, por tanto, ajenas a todo control, como si en sí mismas representaran una suerte de poder constituyente originario. Ciertamente, ni la primera resolución ni las conclusiones de la comisión de estudio son normas ni poseen fuerza vinculante, pero tienen una significación política clara; el Tribunal Constitucional ha anulado la mencionada Resolución 263/XI mediante Auto 170/2016, de 6 de octubre. El proceso continúa con diversas resoluciones del Parlament<sup>101</sup>, con el correspondiente análisis del Tribunal Constitucional<sup>102</sup>, y sobre todo, culminando aquella anunciada y pretendida «desconexión», con la aprobación por parte del Parlament el 6 de septiembre de la Ley 19/2017, del referéndum de autodeterminación, y a continuación la denominada Ley fundacional de la República y de transitoriedad (Ley 20/2017, de 8 de octubre) leyes que, aparte de su contradicción evidente y frontal con la norma constitucional, fueron aprobadas con diversas irregularidades en el procedimiento legislativo, puestas de manifiesto por los letrados del Parlament y por el Consell de Garanties Estatutàries, irregularidades que menoscabaron los derechos de la minoría parlamentaria. Igualmente es de reseñar el decreto de convocatoria del referéndum que se quiere celebrar el 1 de octubre (Decreto

---

sición y defensa públicas de cualesquiera concepciones ideológicas (...). El debate público, dentro o fuera de las instituciones, sobre tales proyectos políticos o sobre cualesquiera otros que propugnaran la reforma constitucional goza, precisamente al amparo de la misma Constitución, de una irrestricta libertad» (FJ 7). No trata aquí el Tribunal la cuestión de si, pese a no contener cláusulas de intangibilidad, hay límites materiales implícitos a la reforma constitucional. Con todo, si los hay, la doctrina los refiere a la división de poderes o al sistema de derechos, no a la organización territorial del Estado. Vid. sobre ello De Vega García, P. 1985, 283 ss.

<sup>101</sup> Sobre las resoluciones y otros actos del Parlament de Catalunya en este proceso, véase Bayona Rocamora, A. 2017, *passim*. El autor señala cómo «el hecho de haber fundamentado [el Parlament] el proceso para la independencia en el principio democrático y haber relativizado al mismo tiempo el principio de legalidad, ha sido una de las razones básicas del conflicto constitucional y es uno de sus problemas principales, porque objetivamente supone relegar a un segundo plano los fundamentos del Estado de derecho y la necesidad de vehicular los proyectos políticos respetando las reglas constitucionales». También señala que la vía que está adoptando el Parlament «significaría una rotura del marco político y social en que se fundamenta el Estado. Y también supondría el riesgo de fundamentar la vía unilateral en una peculiar lectura y comprensión del principio democrático y de la relación de éste con el principio de legalidad». Ob.cit., pág. 21. Vid. También el dossier realizado por Martín Alonso, G. 2017.

<sup>102</sup> Sobre el mismo, véase con detalle Roig Molés, E. 2017, *passim*.

139/2017) y otro de normas complementarias para la realización de aquel (Decreto 140/2017), dictados ambos el propio 6 de septiembre por el gobierno autonómico, o el nombramiento por parte del Parlament de los miembros de una denominada sindicatura electoral. En el momento de cerrar este trabajo (principios de septiembre) todas estas disposiciones han sido impugnadas por el gobierno estatal ante el TC y, habiendo invocado el gobierno el art. 161.2 CE, ha recaído sobre ellas la suspensión automática que prevé el precepto.

Pero también ha de dejarse constancia del hecho de que, a lo largo de los años en que se ha desarrollado en Cataluña este proceso, iniciado por la decepción causada por la desactivación de los elementos fundamentales del Estatuto de 2006 por parte del TC en su sentencia de 2010, seguida por el «proceso participativo» del 9 de noviembre de 2014, y que llega ahora a su punto (diríase que) culminante, el gobierno central ha mostrado en todo momento una inacción proverbial a la hora de realizar propuestas que permitan revertir el progresivo alejamiento del modelo constitucional de cada vez más sectores en Cataluña. Lejos de esto, el grupo parlamentario que le da apoyo en el Congreso impulsó en las Cortes una proposición de ley de reforma de la LOTC (que se hiciera así y no mediante proyecto de ley gubernamental obedecía verosímelmente a evitar tener que someter el texto al parecer consultivo del Consejo de Estado o del CGPJ) que fue aprobada mediante Ley Orgánica 15/2015 y que constituye en sí misma un reconocimiento de la debilidad constitucional, debilidad que como se ha visto se renuncia al parecer a resolver por la vía de la reforma de la norma fundamental a partir de la consecución de consensos. La reforma de la LOTC, por la que se dota al TC de instrumentos sancionadores ante incumplimientos de sus resoluciones, es, en realidad, una solución que acumula inconvenientes, y es dudoso que alguna ventaja real. Por más que el propio Tribunal la haya avalado en su STC 185/2016 (aunque con tres votos particulares) pone a mi juicio al TC en una situación muy compleja en la que se le induce a tomar medidas contra aquellos que son destinatarios de sus resoluciones, en un sistema que tiene muy escasos referentes (y en cualquier caso con caracteres distintos) en el Derecho comparado y que convierte al Tribunal, al mismo tiempo, en juzgador, gendarme y sancionador, acumulación de papeles problemática que ha hecho que, en la práctica, el Tribunal se haya mostrado muy prudente y haya optado simplemente por hacer advertencias y dar parte a la fiscalía, evitando las medidas de mayor calado de la reforma: multa, suspensión o cumplimiento sustitutorio (ello al menos hasta el momento de cerrar este trabajo; lógicamente, en función de cómo evolucionen los acontecimientos en Cataluña, la línea del Tribunal podría eventualmente variar). Una reforma, pues, que como se dijo, supone un reconocimiento implícito de las dificultades de la Constitución para ser aplicada incluso cuando es el TC quien lleva a cabo esa aplicación a través de sus sentencias.

## 6. RECAPITULACIÓN

Con todo ello se traza un panorama poco halagüeño para la normatividad constitucional. Se ve constreñida la norma fundamental desde arriba por las disposiciones comunitarias que en combinación con la crisis frenan (cuando no convierten en ilusorias) partes importantes de la misma (Estado social) y acrecientan la crisis del sistema constitucional de derechos. Queda desconectada en buena parte de la regulación del Estado autonómico (que formó su modelo fuera de las iniciales previsiones constitucionales a través de pactos políticos) y sustituida en esa labor reguladora por el Tribunal Constitucional, «poder constituyente sobrevenido o prorrogado» (STC 31/2010). Deviene incapaz de articular modos o políticas de reconocimiento de la plurinacionalidad (no ha sido relevante a tal efecto la distinción entre nacionalidades y regiones del art. 2 CE). Se constata su imposibilidad de regular en muchas ocasiones por sí misma unas instituciones que alteran sus propias funciones con impunidad (caso, como vimos en los ejemplos citados *supra*, de la relación gobierno-parlamento). Su regulación se ve «imaginativamente» reinterpretada cuando órganos como el TC reciben atribuciones no previstas en el texto constitucional y altamente problemáticas, o cuando se reinventa el modelo de CGPJ dotándolo de una estructura interna inédita, en un órgano además tradicionalmente mediatizado por los partidos políticos. O, en fin, con el tiempo ha dejado de poder cumplir suficientemente la función de integración de la comunidad política bajo un proyecto común compartido, capaz de cohesionar de modo satisfactorio a la sociedad, como es de ver en la actualidad en relación con el caso de Cataluña.

Solo la perspectiva de una reforma constitucional pudiera intentar reavivar un texto que tiende a la anomia<sup>103</sup>, y que se aleja paulatinamente de la realidad, con lo que ello conlleva<sup>104</sup>. De lo contrario, pudiera cernirse sobre la Constitución

---

<sup>103</sup> En opinión de Aparicio Pérez, nos hallamos ante «un momento –esperemos que transitorio– de completa anomia constitucional» por cuanto «ni los fines del Estado fijados constitucionalmente se cumplen, ni los valores que se defienden para su ordenamiento jurídico cuentan con efecto alguno, ni las instituciones cumplen con las atribuciones que normativamente debían desempeñar». Vid. Aparicio Pérez, M.A. 2015, 10. Para López Guerra, nuestra Constitución «hoy en día se revela como una Constitución inerte, inerte en la medida en que no ha sabido utilizar el Título X de la Constitución y se comporta como un peso muerto, sin que haya forma de incluir elementos de *vitalidad* en ese texto». Vid. López Guerra, L. 2008, 88.

<sup>104</sup> Como recuerda Cano Bueso, «cuando se produce esta discordancia entre *normalidad* y *normatividad*, entre realidad política y formalidad jurídica, no es peor para la realidad sino que se resiente el carácter preceptivo de la norma. Y es entonces cuando encontramos el terreno abonado para detectar sin esfuerzo todo un catálogo de prescripciones virtuales, una suerte de preceptos carentes de operatividad y vigencia, letra muerta desconectada por completo



la valoración que Calamandrei emitiera en 1956 sobre la Constitución italiana tras sus primeros años de vigencia: «la fachada de la Constitución se mantiene pero, de seguir así las cosas, cabe temer que en algún momento, cuando ya sea demasiado tarde para remediarlo, caeremos en la cuenta de que, como en las casas invadidas por las termitas, bajo la apariencia de una estructura no queda más que polvo»<sup>105</sup>.

Pero la dificultad de la reforma<sup>106</sup> y la situación política en España no invitan al optimismo. Si la inacción en cuanto a la reforma constitucional prosigue, o si por ejemplo esta se acaba realizando completamente de espaldas a la realidad plurinacional de España<sup>107</sup> (o al reconocimiento efectivo de hechos diferenciales y a la aceptación de un determinado grado de asimetría para reconducir desde la Constitución, y no desde fuera, el modelo de Estado); si se sigue sin clarificar un modelo de distribución competencial que lleva ínsitos una serie de mecanismos que van reduciendo paulatinamente el ámbito autonómico de actuación; si no se ponen las bases constitucionales de un sistema de financiación territorial que produzca menos disfunciones; o si tal reforma se hace sin atender al necesario reforzamiento de los derechos (especialmente los sociales) o a la necesidad de reparar las disonancias detectadas en el sistema institucional, cabe el peligro, ciertamente, de que en vez de una reanimación de la Constitución se acabe haciendo una autopsia.

---

de la realidad social». Vid. Cano Bueso, J. 2008, 136. Igualmente subraya De Cabo que «la naturaleza de la Constitución consiste en tener vigencia a partir de su conexión con la realidad, de manera que esta conexión con lo real afecta no solo al ser de la Constitución sino a su existencia, en cuanto solo puede considerarse como tal Constitución en tanto se vincula e incide en la realidad no solo en el momento en que aparece sino de manera permanente». Vid. De Cabo Martín, C. 2003, 73.

<sup>105</sup> Vid. Calamandrei, P. 2013.

<sup>106</sup> Basada no solo en las propias complicaciones del proceso de reforma, especialmente del recogido en el art. 168 CE, o en las tradicionales dificultades entre los grandes partidos en España para ponerse de acuerdo en esta materia (salvo en el caso de la reforma del art. 135 CE, naturalmente, o de la simbólica primera reforma del art. 13 CE) sino a causa de una especie de concepción sacralizadora de la Constitución presente aún en determinados sectores, por la que la inmutabilidad de aquella sería una especie de forma de mostrarle respeto; como apuntara De Cabo, en esta concepción «se trata de buscar el fortalecimiento de la vigencia constitucional a través de una vía irracional –sentimental– que no le corresponde (...) y (...) se aleja al pueblo de su Constitución cuando parece más acorde con su fundamento democrático aproximarlos a ella implicándolos con la frecuencia necesaria en los problemas y cambios que demanden su reforma constitucional». Vid. De Cabo Martín, C. 2003, 25.

<sup>107</sup> Partiendo de ese reconocimiento del hecho nacional Tudela Aranda formula desde una perspectiva federal una propuesta (referida a Cataluña y el País Vasco) por la que mediante una cláusula constitucional específica se reconociera a esas comunidades un ámbito competencial propio en materias como educación, lengua, poder judicial o régimen tributario. Vid. Tudela Aranda, J. 2016, 307 ss.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, B. (1998). «Soberanía constitucional e integración europea», *Fundamentos*, 1.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2013). «El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2011). «La reforma del art. 135. Encuesta sobre la reforma constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2003). «Veinticinco años de Administración de Justicia y Constitución», en Capella Hernández, J.R., *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (1993). «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Cámara Villar, G., y Cano Bueso, J., *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma andaluza*, Parlamento de Andalucía/Tecnos.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (1999). «Los partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (algunos comentarios marginales)», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 11.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2005). «Reforma estatutaria y reforma constitucional», en Terol Becerra, M., coord., *El Estado autonómico in fieri*, Sevilla, IAAP.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2005b). «La adecuación de la estructura del estado a la constitución (reforma constitucional vs. Reforma de los estatutos)», *Revista Catalana de Dret Públic*, 31.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2010). «Reforma estatutaria y mutación constitucional», *Iura Vasconiae*, 7.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2013). «Algunas notas sobre el contenido del Derecho Constitucional en España», en Arbós Marín, X., Aparicio Wilhelmi, M., Barceló Serramalera, M., coords., *La función del Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2013b). «La reforma constitucional española en materia de estabilidad presupuestaria», en Escuredo Rodríguez, R., Cano Bueso, J., dirs., *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del estado de bienestar*, Universidad de Almería, Almería.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2013c). «De los paradigmas del Derecho Político a los paradigmas del Derecho Constitucional», en Arbós Marín, X., Aparicio Wilhelmi, M., Barceló Serramalera, M., coords., *La función del Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (2015). «Elementos políticos y sociales de la actual crisis constitucional», texto escrito de la conferencia pronunciada por el autor en la Universidad de Girona el 22 de septiembre de 2015.
- APARICIO WILHELMI, M. (2016). «Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional», *Revista de Derecho Social*, 76, 2016.
- ARBÓS MARÍN, X. (2016). «La Constitución y Rajoy», *La Vanguardia*, 31 de julio de 2016.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013). «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», *REDC*, 98.

- BAYONA ROCAMORA, A. (2017). «El futur polític de Catalunya. El paper del Parlament», *Revista Catalana de Dret Públic*, 54.
- BALDASSARRE, A. (1989). *Diritti Sociali*, en *Enciclopedia Giurídica*, vol.XI, Roma.
- BOBBIO, N. (1987). *El futuro de la democracia*, FCE, México.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2014). *Democracia federal: apuntes sobre España*, Turpial, Madrid.
- CALAMANDREI, P. (1956). *La costituzione inattuata*, Avanti, Milano-Roma.
- CANO BUESO, J. (2008). «Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional. Comisión sobre el Estado Autónomo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 21.
- CANO BUESO, J. (2010). «La reforma de los Estatutos y el acomodo de las nacionalidades a la Constitución del Estado», *Iura Vasconiae*, 7.
- CANO BUESO, J. (2013). «Autonomía política y derechos sociales», en Escuredo Rodríguez, R., Cano Bueso, J., dirs., *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del estado de bienestar*, Universidad de Almería, Almería.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (2003). «Una soberanía apacentada», en id., coord., *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid.
- CHOFRE SIRVENT, J. (2015). «La UE ante la crisis económica», en García Herrera, M.A., et alt., coords., *Constitucionalismo crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CORCUERA ATIENZA, J. (2015). «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», en García Herrera, M.A., et alt., coords., *Constitucionalismo crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- COSSÍO DÍAZ, J.R. (1989). *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid.
- DARNACULLETA GARDELLA, M., Salvador Armendáriz, M.A. (2010). «Nuevas formas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, 183.
- DE CABO MARTÍN, C. (1986). *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona.
- DE CABO MARTÍN, C. (1993). «La crisis del Estado social», en Cámara Villar, G., y Cano Bueso, J., *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma andaluza*, Parlamento de Andalucía/Tecnos.
- DE CABO MARTÍN, C. (1998). en «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1.
- DE CABO MARTÍN, C. (2001). *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid.
- DE CABO MARTÍN, C. (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid.
- DE CABO MARTÍN, C. (2008). «Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional: exposiciones introductorias», *Teoría y Realidad Constitucional*, 21.
- DE CABO MARTÍN, C. (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid.
- DE CABO MARTÍN, C. (2014). *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1998). «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *REP*, 100.

- ESTÉVEZ ARAUJO, J.A. (2003). «Cesiones de soberanía: la OTAN, la UE y la OMC», en Capella Hernández, J.R., *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (2014). «¿Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial». *Revista de Derecho Político*, 91.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011b). *Principia Iuris*, vol. 2, Trotta, Madrid.
- GARCÍA HERRERA, M.A., Maestro Buelga, G. (2012). «Constitución y capitalismo financiarizado: por un constitucionalismo crítico», *Jueces para la democracia*, 74.
- GARCÍA HERRERA, M.A., y Maestro Buelga, G. (1988). «Regulación constitucional y posibilidad del Estado social», *RVAP*, 22.
- GARRORENA MORALES, A. (1997). «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51.
- GERPE LANDÍN, M., Cabellos Espiérrez, M.A. (2015). «La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103.
- HÄBERLE, P. (1972). «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30.
- HESSE, K. (1997). «Constitución y Derecho Constitucional», en Benda/Maihofer/Vogel/Hesse/Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons/IVAP, Oñati.
- IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D. (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson Civitas, Cizur Menor.
- JÁUREGUI BERECIARTU, G. (2000). *La democracia planetaria*, Nobel, Oviedo.
- JIMENA QUESADA, L. (2012). «La jurisprudencia europea sobre derechos sociales», UNAM, México, disponible en línea en <http://goo.gl/kUwZJR>.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2003). *El Consejo General del Poder Judicial: evaluación y propuestas de reforma*, Fundación Alternativas, Madrid.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2008). «Orientación actual del Derecho Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 21.
- MAESTRO BUELGA, G. (2015). «Del Estado social a la forma global de mercado», en García Herrera, M.A., et al., coords., *Constitucionalismo crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN ALONSO, G. (2017). «Dossier sobre el procés sobiranista de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Públic*, 54.
- MARTÍNEZ SIERRA, J.M., y Ferrer, C. (2015). «La nueva gobernanza económica de la UE contra el principio democrático y el Estado social», en García Herrera, M.A., et al., coords., *Constitucionalismo crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MATÍA PORTILLA, F.J. (1999). *Parlamentos nacionales y derecho comunitario derivado*, CEPC, Madrid.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (2015). «El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos», en García Herrera, M.A., et al., coords., *Constitucionalismo crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTILLA MARTOS, J.A. (2015). *Reforma federal y estatutos de segunda generación*, Thomson Reuters, Cizur Menor.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2016). *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (2003). «Mecanismos jurídicos de control del poder», en Capella Hernández, J.R., *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid.
- OLIVAS, E. (1991). *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid.
- PACE, A. (1990). *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni, Parte Generale*, CEDAM, Padova.
- PEGORARO, L. (2013). «Constituciones y reformas constitucionales impuestas o condicionadas», en Escuredo Rodríguez, R., Cano Bueso, J., dirs., *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del estado de bienestar*, Universidad de Almería, Almería.
- PISARELLO, G. (2003). «Constitución y gobernabilidad», en Capella Hernández, J.R., *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid.
- PISARELLO PRADOS, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.
- PONCE SOLÉ, J. (2013). *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, INAP, Madrid.
- PORRAS NADALES, A. (1998). *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona.
- PRIETO SANCHIS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- PRIETO SANCHIS, L. (2016). «Los derechos sociales como derechos fundamentales», *Jueces para la democracia*, 86.
- ROIG MOLÉS, E. (2017). «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc», *Revista Catalana de Dret Públic*, 54.
- RUBIO LLORENTE, F. (1997). «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», en Rubio Llorente, F. / Daranas Peláez, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, F. (1997). «Sobre la Constitución», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol.1, Tecnos, Madrid.
- SALA SÁNCHEZ, P. (2014). «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», *Revista Española de Control Externo*, 46.
- SERRA CRISTÓBAL, R. (2013). «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de consejo más integrador e independiente», *Teoría y Realidad Constitucional*, 31.
- TORRES DEL MORAL, A. (2012). *Estado de Derecho y democracia de partidos*, UNED, Madrid.
- TUDELA ARANDA, J. (2016). *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Marcial Pons, Madrid.
- VAQUER CABALLERIA, M. (2012): «Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad», en *Informe Comunidades Autónomas*. Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- VVAA. (2011). «La reforma del art. 135. Encuesta sobre la reforma constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011.
- WEILER, J.H.H. (2012). «Integration through fear», *European Journal of International Law*, 23, 2012.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1995.